



ESTUDOS DE DIREITO DO AMBIENTE E DE DIREITO DO URBANISMO

Seleccção de intervenções no
Curso de Pós-graduação de Especialização
em Direito do Ambiente,
do Ordenamento do Território e do Urbanismo

Coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa e Carla Amado Gomes



INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ESTUDOS DE DIREITO DO AMBIENTE E DE DIREITO DO URBANISMO

Seleccção de intervenções no Curso de Pós-graduação
de Especialização em Direito do Ambiente,
do Ordenamento do Território e do Urbanismo

Coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa e Carla Amado Gomes

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt

Novembro de 2011

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

E-Mail: icjp@fd.ul.pt

ISBN: 978-989-97410-7-2

Nota de apresentação

O ICJP lançou o Curso de Pós-Graduação de Especialização em Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo, no formato de sessões semanais ministradas por especialistas no ano lectivo de 2007-2008, sob a coordenação dos Professores Doutores Fausto de Quadros e Maria da Glória Dias Garcia. O modelo anterior, com um tronco de disciplinas comuns no primeiro semestre e especialização no segundo, regidas por docentes da FDUL, fora de certa forma ultrapassado com a introdução do mestrado em Ciências Jurídico-Administrativas, ao nível do 2º Ciclo de Estudos, levando o ICJP a repensar o formato. Foi assim que nasceu a Pós-Graduação a que este livro digital se reporta.

A Pós-Graduação foi-se renovando e diversificando ao longo dos anos, tendo chegado a integrar um módulo de Direito do Turismo (2008-2009). Foi nesse ano que o Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa assumiu a coordenação, tendo passado a contar com a colaboração da Prof.^a Doutora Carla Amado Gomes a partir do ano lectivo seguinte. Nos anos lectivos de 2009-2010 e 2010-2011, a dimensão do Direito Ambiental foi reforçada e o Direito do Turismo desapareceu. O interesse principal, reiteradamente manifestado pelos pós-graduandos em inquéritos de satisfação periodicamente realizados, residia, todavia, no Direito do Urbanismo. Numa tentativa de ir ao encontro das melhores expectativas, práticas e teóricas, do público interessado, o ICJP reformulou este ano lectivo a Pós-Graduação, centrando-a no Direito do Urbanismo e Construção, e abdicando assim da perspectiva ambiental (de resto, bem representada nos 1.º e 2.º Ciclos de ensino na FDUL).

Numa tentativa de fixar a memória da Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo tal como se realizou de 2007 até 2011, reuniram-se alguns textos distribuídos pelos especialistas que participaram nas várias sessões do Curso. As áreas de incidência principalmente representadas são o Ambiente e o Urbanismo e a ordem de publicação obedece a esta *summa divisio*.

Não pode deixar aqui de agradecer-se a todos os docentes e especialistas que participaram na Pós-Graduação ao longo dos anos e a enriqueceram com o seu saber e experiência. Do mesmo passo, um agradecimento é devido à Dr.^a Telma Oliveira, Secretária do ICJP, pelo empenho e dedicação que sempre dedica às iniciativas do ICJP e cuja simpatia e competência muito contribuem para a adesão do público.

Lisboa, Novembro de 2011

ÍNDICE

[O lugar do Direito na protecção do ambiente](#)

Maria da Glória Dias Garcia

[Ambiente: saber científico, política e Direito](#)

Maria da Glória Dias Garcia

[A avaliação de impacto ambiental e os seus múltiplos – breve panorâmica do quadro normativo eurocomunitário e apontamentos de jurisprudência](#)

Carla Amado Gomes

[A avaliação de impacto ambiental na formação e execução dos contratos públicos](#)

Miguel Assis Raimundo

[O procedimento de licenciamento ambiental revisitado](#)

Carla Amado Gomes

[O Ministério Público e a defesa do ambiente](#)

António Leones Dantas

[Ambiente, Ordenamento do território e Urbanismo na Provedoria de Justiça](#)

Miguel Martinho

[Seleção de jurisprudência constitucional em Ordenamento do território e Urbanismo](#)

Esperança Mealha

[Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação \(perequação\)](#)

Fernanda Paula Oliveira

[Das cedências e compensações para o domínio \(público\) municipal](#)

Fernanda Paula Oliveira

[A contratualização no Direito do Urbanismo](#)

Alexandra Leitão

[A propósito dos actos precários e dos actos provisórios – análise de alguns actos jurídicos previstos no RJUE](#)

Filipa Calvão

[Notas sobre a alteração da licença urbanística](#)

Luís Pereira Coutinho

[Urbanismo, financiamento público e fiscalidade](#)

Carlos Lobo

**CURSO PÓS-GRADUADO DE ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E DO URBANISMO**

Ano lectivo 2007-2008

Coordenação:

Professores Doutores Fausto de Quadros e Maria da Glória Dias Garcia

PROGRAMA

1.º Semestre

Planeamento Urbanístico – Prof. Doutor Eng. Sidónio da Costa Pardal e Mestre José Mário Ferreira de Almeida

Direito das Expropriações e outras restrições de utilidade pública – Mestre Cláudio Monteiro

Finanças e Fiscalidade do Urbanismo – Mestre Carlos Lobo

2.º Semestre

Direito da Edificação e da Urbanização – Mestre André Folque

Direito e Política dos Solos e da Habitação – Mestre João Miranda

Contencioso Urbanístico – Mestre António Duarte de Almeida

CICLO DE CONFERÊNCIAS

Sessão de Abertura

I.

19/10/2007 (18h-21h)

Palavras de Abertura:

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Direito de Lisboa

Perspectivas europeia e nacional da política de ordenamento do território. A importância da digitalização dos planos.

Conferencistas:

Prof. Doutor Manuel Lopes Porto (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Prof. Doutor Jorge Gaspar (Investigador do CEG – Centro de Estudos Geográficos da Universidade de Lisboa)

[Voltar ao índice](#)

Prof. Doutora Maria José Vale (Faculdade de Engenharia da Universidade Católica Portuguesa)

II.

26/10/2007 (18h-19h30m)

Planeamento da orla costeira

Conferencista:

Mestre José Mário Ferreira de Almeida (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado)

III.

2/11/2007(18h-19h30m)

A execução dos planos e a perequação como meio jurídico de promoção da justiça. Problemas e soluções.

Conferencista:

Mestre Fernanda Paula Oliveira (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

IV.

9/11/2007(18h-19h30m)

A contratualização no direito do urbanismo.

Conferencista:

Mestra Alexandra Leitão (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

V.

16/11/2007(18h-19h30m)

O controlo jurídico prévio das operações urbanísticas. E a legalização das operações urbanísticas nascidas à margem da lei

Conferencista:

Mestre Sofia Galvão (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada)

Sessão Aberta

VI.

23/11/2007 (18h-21h)

A segurança das construções. A estética das construções.

Conferencistas:

Prof. Doutor Manuel Correia Fernandes (Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto)

[Voltar ao índice](#)

Prof. Doutor José Aguiar (Faculdade de Arquitectura da Universidade Técnica de Lisboa)

Prof.^a Doutora Maria da Glória Garcia

Sessão Aberta

VII.

11/01/2008 (18h-21h)

A salubridade das construções e as construções «amigas» do ambiente. A certificação das construções «amigas» do ambiente.

Conferencistas:

Mestre José Eduardo Figueiredo Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Prof. Doutor Guilherme Carrilho da Graça (Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa, Consultor)

Prof.^a Doutora Maria da Glória Garcia (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

VIII.

25/01/2008 (18h-19h30m)

A recuperação do património histórico-cultural

Conferencista:

Mestre João Martins Claro (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogado)

IX.

07/03/2008 (18h-19h30m)

Fiscalização das operações urbanísticas e responsabilidade urbanística.

Conferencista:

Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

X.

14/03/2008 (18h-19h30m)

Direito penal e urbanismo

Conferencista:

Mestre Teresa Serra (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada)

XI.**04/04/2008 (18h-19h30m)****O regime jurídico da tutela das autarquias locais. Em especial, a dissolução de órgão autárquico e a perda de mandato de titular de órgão autárquico por razões urbanísticas**

Conferencista:

Dr. João Amaral e Almeida (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Advogado)

XII.**11/04/2008 (18h-19h30m)****Providências cautelares em matéria de urbanismo**

Conferencista:

Prof. Doutora Carla Amado Gomes (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Sessão de fecho**XIII.****18/04/2008 (18h-21h)****Cidade e qualidade de vida urbana. Política e direito.**

Conferencistas:

Prof. Doutor Nuno Portas (Faculdade de Arquitectura da Universidade do Porto)

Prof. Doutor Fausto de Quadros (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Palavras de Fecho do Curso:

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito de Lisboa

**CURSO PÓS-GRADUADO DE APERFEIÇOAMENTO SOBRE
DIREITO DO ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO,
DO URBANISMO E DO TURISMO**

Ano lectivo 2008-2009

Professor Coordenador: Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa

PROGRAMA

05/11/2008

I. Abertura do curso e Introdução ao Direito do Ordenamento do Território

Sessão de abertura:

- Intervenção do Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa

II. Direito do Ordenamento do Território

1.ª Sessão: Da vinculatividade e das relações entre instrumentos de gestão territorial – Prof. Doutor Fernando Alves Correia

12/11/2008

2.ª Sessão: Servidões e Restrições de Utilidade Pública – Mestre Bernardo Azevedo

19/11/2008

3.ª Sessão: A intervenção dos particulares na elaboração de instrumentos de gestão territorial – Mestre João Miranda

26/11/2008

4.ª Sessão: Da avaliação de impacto ambiental prévia à aprovação de instrumento de gestão territorial – Prof.ª Doutora Maria da Glória Garcia

03/12/2008

5.ª Sessão: Da avaliação de impacto ambiental pós-plano – Prof. Doutora Maria do Rosário Partidário

10/12/2008

6.ª Sessão: Da dinâmica dos instrumentos de gestão territorial – Mestre Rodrigo Esteves de Oliveira

17/12/2008

7.ª Sessão: Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação – Mestre Fernanda Paula Oliveira

07/01/2009

8.ª Sessão: Do direito à indemnização pela entrada em vigor de instrumento de gestão territorial – Mestre Dulce Lopes

[Voltar ao índice](#)

14/01/2009

9.ª Sessão: Da impugnação de norma regulamentar contida em instrumento de gestão territorial – Dr. Mário Esteves de Oliveira

21/01/2009

III. Direito da Edificação e da Urbanização

10.ª Sessão: Introdução e descrição crítica dos procedimentos de aprovação de operações urbanísticas – Dr. João Pereira Reis

28/01/2009

11.ª Sessão: Da realização de obras por ente público – Mestre Cláudio Monteiro

04/02/2009

12.ª Sessão: Das consultas e entidades exteriores ao município – Mestre Mafalda Carmona

11/02/2009

13.ª Sessão: Da contratualização – Mestre Alexandra Leitão

18/02/2009

14.ª Sessão: Das cedências e compensações para o domínio público municipal – Mestre Fernanda Paula Oliveira

25/02/2009

15.ª Sessão: Do procedimento de alteração de licença de operação urbanística – Prof. Doutor Luis Pereira Coutinho

04/03/2009

16.ª Sessão: Da execução das obras de urbanização – Dr. Filipe Abecasis

11/03/2009

17.ª Sessão: Da recepção das obras de urbanização – Mestre João Martins Claro

18/03/2009

18.ª Sessão: Das medidas de tutela da legalidade urbanística – Prof. Doutor Pedro Gonçalves

25/03/2009

19.ª Sessão: Da validade e eficácia dos actos de licenciamento e das garantias dos particulares – Mestre André Salgado de Matos

01/04/2009

20.ª Sessão: Taxas – Prof. Doutor José Casalta Nabais

08/04/2009

IV. Direito do Turismo

21.ª Sessão: Das alterações ao Regime Jurídico da Instalação e Funcionamento dos Empreendimentos Turísticos – Dr. Pedro Sáragga Leal

15/04/2009

22.ª Sessão: Dos tipos de empreendimentos turísticos e suas características prototípicas (1.ª parte) – Mestre Paulo de Moura Marques

22/04/2009

23.ª Sessão: Dos tipos de empreendimentos turísticos e suas características prototípicas (2.ª parte) – Mestre Paulo de Moura Marques

29/04/2009

24.ª Sessão: Da gestão dos empreendimentos turísticos – Dr. José Miguel Júdice

06/05/2009

25.ª Sessão: Da importância dos PIN no desenvolvimento de empreendimentos turísticos estruturantes – Dr. Basílio Horta

13/05/2009

26.ª Sessão: Regime Jurídico dos PIN (PIN +) – Mestre Manuel da Silva Gomes

20/05/2009

27.ª Sessão: Actividades de turismo de natureza e o regime da REN – Prof. Doutor Paulo Correia

27/05/2009

28.ª Sessão: *Rede Natura* – Dr. Tiago Caldeira Antunes

03/06/2009

29.ª Sessão: PROTAL – Secretário de Estado do Ordenamento do Território – Prof. Doutor João Ferrão

V. Debate e Encerramento do Curso:

Projectos de Desenvolvimento Turístico vs Regras Urbanísticas e Ambientais

**CURSO PÓS-GRADUADO DE APERFEIÇOAMENTO SOBRE
DIREITO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO,
DO URBANISMO E DO TURISMO**

Ano lectivo 2009-2010

PROGRAMA

*Coordenação: Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa e
Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes*

I. Direito do Ambiente

Abertura no dia 18 de Novembro de 2009

**Colóquio sobre Responsabilidade Civil por dano ecológico
(18, 19 e 20 de Novembro de 2009)**

25/11/2009

1.ª sessão: O regime da avaliação de impacto ambiental
Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes

2/12/2009

2.ª sessão: O regime do licenciamento ambiental
Dr. Pedro Delgado Alves

9/12/2009:

3.ª sessão: O regime do licenciamento industrial
Dr. Tiago Antunes

16/12/2009

4.ª sessão: O regime do licenciamento pecuário
Mestre Dinamene Freitas

6/01/2010

5.ª sessão: O regime da REN
Dr. Rui Lanceiro

13/01/2010

6.ª sessão: O regime do comércio de licenças de emissão de CO2
Dr. Tiago Antunes

20/01/2010

7.ª sessão: O regime da responsabilidade civil por dano ecológico
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

27/01/2010

8.ª sessão: O contencioso ambiental
Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes

[Voltar ao índice](#)

II. Direito do Ordenamento do Território

3/02/2010

9.ª Sessão: Da vinculatividade e das relações entre instrumentos de gestão territorial – Mestre André Folque

10/02/2010

10.ª Sessão: Servidões e Restrições de Utilidade Pública – Mestre Bernardo Azevedo

17/02/2010

11.ª Sessão: A intervenção dos particulares na elaboração de instrumentos de gestão territorial – Mestre João Miranda

24/02/2010

12.ª Sessão: Da avaliação de impacto ambiental prévia à aprovação de instrumento de gestão territorial – Prof.ª Doutora Maria da Glória Garcia

03/03/2010

13.ª Sessão: Da avaliação de impacto ambiental pós-plano – Prof. Doutora Maria do Rosário Partidário

10/03/2010

14.ª Sessão: Da dinâmica dos instrumentos de gestão territorial – Mestre Rodrigo Esteves de Oliveira

17/03/2010

15.ª Sessão: Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação – Mestre Fernanda Paula Oliveira

24/03/2010

16.ª Sessão: Do direito à indemnização pela entrada em vigor de instrumento de gestão territorial – Mestre Dulce Lopes

31/03/2010

17.ª Sessão: Da impugnação de norma regulamentar contida em instrumento de gestão territorial – Dr. Mário Esteves de Oliveira

III. Direito da Edificação e da Urbanização

21/04/2010

18.ª Sessão: Introdução e descrição crítica dos procedimentos de aprovação de operações urbanísticas – Dr. João Pereira Reis e Dr. Rui Ribeiro Lima

28/04/2010

19.ª Sessão: Da realização de obras por ente público – Mestre Cláudio Monteiro

05/05/2010

20.ª Sessão: Das consultas e entidades exteriores ao município – Mestre Mafalda Carmona

12/05/2010

21.ª Sessão: Da contratualização – Mestre Alexandra Leitão

19/05/2010

22.ª Sessão: Das cedências e compensações para o domínio público municipal – Mestre Fernanda Paula Oliveira

26/05/2010

23.ª Sessão: Do procedimento de alteração de licença de operação urbanística – Prof. Doutor Luis Pereira Coutinho

02/06/2010

24.ª Sessão: Da execução das obras de urbanização – Dr. Filipe Abecasis

09/06/2010

25.ª Sessão: Da recepção das obras de urbanização – Mestre João Martins Claro

16/06/2010

26.ª Sessão: Das medidas de tutela da legalidade urbanística – Prof. Doutor Pedro Gonçalves

IV. Direito do Turismo**23/06/2010**

27.ª Sessão: Do Regime Jurídico da Instalação e Funcionamento dos Empreendimentos Turísticos – Dr. Pedro Sáragga Leal

30/06/2010

28.ª Sessão: Dos tipos de empreendimentos turísticos e suas características prototípicas (1.ª parte) – Mestre Paulo de Moura Marques

07/07/2010

29.ª Sessão: Dos tipos de empreendimentos turísticos e suas características prototípicas (2.ª parte) – Mestre Paulo de Moura Marques

14/07/2010

30.ª Sessão: Da gestão dos empreendimentos turísticos – Dr. José Miguel Júdice

21/07/2010

31.ª Sessão: Regime Jurídico dos PIN (PIN +) – Mestre Manuel da Silva Gomes

28/07/2010

32.ª Sessão: Rede Natura e ecoturismo – Dr. Tiago Caldeira Antunes

ADENDA

Aulas extras:

Dia 18 de Janeiro de 2010 (segunda-feira)

Mestre Miguel Raimundo

A relevância da AIA na formação e execução dos contratos públicos

Dia 25 de Janeiro de 2010 (segunda-feira)

Mestre António Sequeira Ribeiro

O regime das contra-ordenações ambientais

Dia 26 de Abril de 2010 (segunda-feira)

Mestre Jorge Alves Correia

A contratação pública no Direito do Urbanismo: admissibilidade e limites

Dia 3 de Maio de 2010 (segunda-feira)

Mestre Miguel Raimundo

Promoção imobiliária de iniciativa pública: uma análise a partir do Direito da Contratação Pública

Dia 31 de Maio de 2010 (segunda-feira)

Prof.ª Doutora Filipa Urbano Calvão

Actos precários e actos provisórios no Direito do Urbanismo

**CURSO PÓS-GRADUADO DE APERFEIÇOAMENTO SOBRE
DIREITO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO
E DO URBANISMO**

Ano lectivo 2010-2011

PROGRAMA

*Coordenação Científica: Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa e
Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes*

Módulo I. Direito do Ambiente

Abertura no dia 20 de Outubro de 2010

Colóquio sobre *Ambiente & Energia* (dias 20 e 21 de Outubro de 2010)

27/10/2010

1.ª sessão: O "direito ao ambiente": a vertente procedimental
Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes

3/11/2010

2.ª sessão: O regime da avaliação de impacto ambiental
Prof.ª Doutora Alexandra Aragão

10/11/2010

3.ª sessão: A relevância da AIA na formação e execução dos contratos públicos
Mestre Miguel Raimundo

17/11/2010

4.ª sessão: O regime do licenciamento ambiental
Dr. Tiago Antunes

18/11/2010

5.ª sessão: O Ministério Público e a defesa do ambiente
Dr. António Leones Dantas (Procuradoria-Geral da República)

24/11/2010

6.ª sessão: O regime do licenciamento industrial
Dr. Tiago Antunes

15/12/2010

7.ª sessão: O regime das contra-ordenações ambientais
Mestre António Sequeira Ribeiro

[Voltar ao índice](#)

16/12/2010

8.ª sessão: A acção das ONGAs na protecção do ambiente: alguns casos paradigmáticos

Prof. Doutor Francisco Ferreira (Quercus)

5/01/2011

9.ª sessão: O regime da protecção da natureza

Dr. José Mário Ferreira de Almeida

12/01/2011

10.ª sessão: O regime da responsabilidade civil por dano ecológico

Dr.ª Heloísa Oliveira

19/01/2011

11.ª sessão: O contencioso ambiental

Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

20/01/2011

12.ª sessão: A jurisprudência ambiental no contencioso da União Europeia

Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes

26/01/2011

13.ª sessão: A fiscalidade ambiental

Prof. Doutor Carlos Lobo

Módulo II. Direito do Ordenamento do Território**2/02/2011**

14.ª sessão: Da vinculatividade e das relações entre instrumentos de gestão territorial

Mestre André Folque

09/02/2011

15.ª sessão: Servidões e Restrições de Utilidade Pública

Mestre Bernardo Azevedo

16/02/2011

16.ª sessão: A intervenção dos particulares na elaboração de instrumentos de gestão territorial

Mestre João Miranda

17/02/2011

17.ª sessão: Ordenamento do território e Urbanismo no Tribunal Constitucional

Mestre Esperança Mealha (Tribunal Constitucional)

23/02/2011

18.ª sessão: Da avaliação de impacto ambiental prévia à aprovação de instrumento de gestão territorial

Prof.ª Doutora Maria da Glória Garcia

2/03/2011

19.ª sessão: Da avaliação de impacto ambiental pós-plano

Prof. Doutora Maria do Rosário Partidário

09/03/2011

20.ª sessão: Da dinâmica dos instrumentos de gestão territorial

Mestre Rodrigo Esteves de Oliveira

16/03/2011

21.ª sessão: Execução dos instrumentos de gestão territorial e mecanismos de compensação

Prof.ª Doutora Fernanda Paula Oliveira

17/03/2011

22.ª sessão: Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo na Provedoria de Justiça

Dr. Miguel Martinho (Provedoria de Justiça)

23/03/2011

23.ª Sessão: Do direito à indemnização pela entrada em vigor de instrumento de gestão territorial

Mestre Dulce Lopes

30/03/2011

24.ª Sessão: Da impugnação de norma regulamentar contida em instrumento de gestão territorial

Dr. Mário Esteves de Oliveira

06/04/2011

25.ª Sessão: O princípio da cooperação entre administrações públicas no Direito do Ordenamento do Território

Dr. Rui Lanceiro

Módulo III. Direito da Edificação e da Urbanização**13/04/2011**

26.ª sessão: Introdução e descrição crítica dos procedimentos de aprovação de operações urbanísticas

Dr. João Pereira Reis e Dr. Rui Ribeiro Lima

27/04/2011

27.ª sessão: Da realização de obras por ente público
Mestre Cláudio Monteiro

04/05/2011

28.ª sessão: Da contratualização
Prof. Doutora Alexandra Leitão

11/05/2011

29.ª sessão: Promoção imobiliária de iniciativa pública: uma análise a partir do Direito da Contratação Pública
Mestre Miguel Raimundo

18/05/2011

30.ª sessão: Do procedimento de alteração de licença de operação urbanística
Prof. Doutor Luis Pereira Coutinho

19/05/2011

31.ª sessão: Ambiente e Urbanismo nos tribunais administrativos
Dr.ª Dora Lucas Neto (TAC Lisboa)

25/05/2011

32.ª sessão: Da recepção das obras de urbanização
Mestre João Martins Claro

01/06/2011

33.ª sessão: Actos precários e actos provisórios
Prof.ª Doutora Filipa Urbano Calvão

08/06/2011

34.ª sessão: Urbanismo e reabilitação urbana: notas sobre o novo regime
Prof.ª Doutora Suzana Tavares da Silva

15/06/2011

35.ª sessão: Das cedências e compensações para o domínio público municipal
Prof.ª Doutora Fernanda Paula Oliveira

16/06/2011

36.ª sessão: Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo: a visão do Advogado
Dr. Leonel Lobo Antunes (Carlos Sousa Brito & Associados)

22/06/2011

37.ª sessão: Das medidas de tutela da legalidade urbanística
Prof. Doutor Pedro Gonçalves

[Voltar ao índice](#)

O LUGAR DO DIREITO NA PROTECÇÃO DO AMBIENTE¹**1. Ecologia e justiça ambiental**

Com a identificação, pela observação e pela investigação, da «questão ecológica», as ciências em geral não se limitaram a autonomizar um objecto específico de conhecimento, determinante do nascimento de uma nova ciência, a ecologia; tornaram também clara a necessidade de intervir politicamente no sentido de a «controlar».

Sob outro ângulo de análise, podemos afirmar que peritos de várias áreas científicas, na conjugação dos conhecimentos que foram adquirindo sobre o modo como a realidade ambiental, na sua complexidade e diversidade, se comporta e evolui, foram dando origem a uma comunidade científica unificada por um mesmo sentimento de desconforto: o ambiente está crescentemente a degradar-se e a tornar-se uma ameaça para o futuro da vida na Terra.

A conclusão a que se chegou mostra que este desconforto não é neutro. Em primeiro lugar, gera-se num quadro eticamente comprometido, já que é a degradação da vida, e logo, da vida humana, que está em causa, quando não, a prazo, a sua extinção. Em segundo lugar, é um desconforto gerado num âmbito relacional alargado, que põe em causa as fronteiras políticas dos Estados e, bem assim, os limites de compreensão dos direitos subjectivos e inerentes deveres. Em terceiro lugar, é um desconforto que se projecta num profundo «sentimento de injustiça» já que é o bem-estar de uns, ou a sua qualidade de vida, que retira a qualidade de vida aos outros. Isto porque a degradação ambiental tem um «culpado», um culpado identificado: o homem. Predador voraz, insaciável, da natureza, o homem, na sociedade técnica e consumista em que vivemos, tornou-se predador de si próprio.

¹ O título da intervenção coincide com o título da obra da Autora «O lugar do direito na protecção do ambiente», publicado pela Almedina, em 2007. As referências bibliográficas bem como os desenvolvimentos dos temas simplesmente aflorados nesta intervenção podem, assim, encontrar-se naquela obra para a qual globalmente remetemos.

Daqui à divulgação de alertas, à difusão de constantes chamadas de atenção para as consequências da manutenção, quando não da aceleração, de certos comportamentos sociais lesivos do ambiente foi um passo. A este, de imediato outro se associou: o das propostas de intervenção do poder político, concretamente o estadual, destinadas a conter e, mesmo, alterar os comportamentos lesivos, reequilibrando o sistema de justiça social afectado.

Só que este último passo, o das propostas de intervenção do poder político, se abre caminho à resolução do problema anterior, pôs a nu um novo problema, e não de menor importância: o reequilíbrio do sistema de justiça social de que falamos tem uma escala espacial desconhecida, porque coloca em relação sociedades politicamente diferentes – *a justiça ambiental gera-se num plano intrageracional*. Além disso, põe em relação as gerações presentes com as futuras, gerações que, pela própria natureza das coisas, não interagem fisicamente, dando origem aquilo a que chamamos *justiça intergeracional*. Ora esta alteração de escala, espacial e temporal, dificulta o reequilíbrio do sistema de justiça social, para mais uma alteração determinada pela acção do poder político democrático.

As razões desta dificuldade são várias.

Uma primeira razão reside na ignorância sobre a «*questão ecológica*». Com efeito, apesar do muito que os cientistas hoje já sabem sobre os fenómenos ambientais e o seu desenvolvimento futuro, a dimensão do que ignoram não é menor, pelo que a intervenção considerada «*necessária*» nada terá de evidente ou indiscutível. Estará sempre envolta em incertezas. Estará sempre envolta em dúvidas, quer quanto às melhores propostas de solução, quer quanto às exactas consequências de cada intervenção.

Poderá, no entanto, contrapor-se que nada do que se diz é novo, uma vez que sempre os homens ignoraram o futuro e, nesse sentido, todas as suas acções se tiveram de considerar de consequências incertas, acarretando vários riscos. Mas o raciocínio não pode ficar por aqui. É que a incerteza no

âmbito do desenvolvimento ambiental, os riscos que as acções humanas podem provocar aos equilíbrios do ambiente são tais que a experiência da ignorância de tempos idos de pouco nos serve hoje.

Com efeito, centrando a atenção no risco ambiental, diremos que ele se distingue dos anteriores, em primeiro lugar, pela dimensão. A sua grandeza é tal que deixar a cada um a capacidade de o gerir implica acreditar na existência de poderes que individualmente os homens não detêm. Em segundo lugar, o risco ambiental distingue-se dos anteriores pelo momento em que se manifesta. É que, não raras vezes, é no momento em que se transforma em dano que o risco se manifesta. Ora, se é assim, então os comportamentos humanos passam a ser considerados lances de jogos de fortuna e azar, o que acentua a escala da incerteza em que nos movemos.

Uma segunda razão que dificulta o reequilíbrio do sistema de justiça social emerge do facto de ser hoje claro que o pensamento teórico dos cientistas, dos peritos em geral, ganha – e muito – se for entrelaçado com o conhecimento e a experiência do local, o conhecimento e a experiência que a vivência das situações e a proximidade dos fenómenos permitem. Falamos do conhecimento tecido em percepções sensitivas, em comparações de fenómenos no local onde se geram, e de todo um conjunto de experiências situadas – sociais, culturais, históricos, económicos... – indispensáveis à compreensão das complexidades que as situações comportam nas suas sinergias. O conhecimento teórico e a experiência prática tendem, por isso, a interligar-se. Esta aliança, porém, nem sempre se revela tarefa fácil, desde logo por ausência de uma linguagem comum, que torne o diálogo fluente e enriquecedor.

Mas a ligação necessária entre teóricos e práticos evidencia uma realidade que se julga ser capaz de sustentar novas solidariedades: a ignorância cognitiva não está só do lado de quem é analfabeto ou, mais amplamente, do homem comum, daquele que não é cientista. A ignorância atinge todos, cientistas e não cientistas. Ninguém lhe pode fugir. A sociedade da incerteza é também a sociedade da ignorância.

Uma terceira razão para a aludida dificuldade do reequilíbrio do sistema de justiça social reside numa realidade que a psicologia cognitiva recentemente mostrou (DANIEL KAHNEMANN e AMOS TVERSKY): o homem, ao longo dos tempos, só adestrou a memória e tem, por isso, dificuldade em lidar com previsões e probabilidades. As capacidades do cérebro ligadas à previsão de acontecimentos e à análise das probabilidades estão, por isso atrofiadas, e desenvolvê-las exige tempo. Tempo que a resolução da «questão ecológica» parece não nos estar a querer dar... Daí que, comportando a acção humana sempre potenciais danos, a sua partilha por toda a sociedade se apresente como consequência.

Em quarto lugar, a legitimação da intervenção política, no quadro da ignorância e incerteza em que se situa, acarreta particulares problemas. É que o tempo curto da acção adequada ao controlo da «questão ecológica» é exigido pela específica intencionalidade que move essa acção. Vale isto dizer que a manutenção da vida no longo prazo demanda hoje urgência na acção. O princípio jurídico-constitucional da sustentabilidade ambiental do desenvolvimento económico e social inscreve-se neste âmbito e os comportamentos que, de seguida, este princípio, na sua indeterminação, impõe, multiplicam-se.

Ora a incomodidade do agir urgente, sob pressão, aliada ao agir diferente, que sai da rotina, não corresponde, no momento da decisão, à percepção de que o comportamento é, em si, correcto ou justo. Porque a correcção da acção, se avaliada pelos efeitos, só no tempo longo, geracional, pode ser percebido e, mesmo aí, diluído em múltiplas acções conjuntas. Quem tem de alterar, sob o signo da urgência, comportamentos ou expectativas de vida, sofre o desconforto da pressão da decisão, a incomodidade da alteração comportamental, e sofre ainda o facto de desconhecer se daquele desconforto e desta incomodidade resultaram os efeitos pretendidos. Para além de nunca afastar a dúvida quanto a saber se o efeito a alcançar com a acção que desenvolveu sempre se produziria sem ela. Por outras palavras, a acção dirigida a produzir certo resultado tido por ambientalmente

significativo, pode não o atingir e, mesmo que o atinja, pode nunca ser percebido por quem agiu com essa intenção. A insuficiência e a incerteza dos conhecimentos que fundamentam a acção transmitem-se às suas consequências, tornando difícil a modelação do que é a «*justiça*» ou de qual o comportamento que se deve ter por «*justo*»

Uma coisa parece, porém, certa. Se a intenção de agir não for sustentada num forte sentimento de justiça, uma justiça funda e alargada, capaz de absorver a incerteza, a confiança na acção política esboroa-se.

Sob outro ângulo de análise, diremos que as políticas ambientais impostas por este sentimento, alargado e aprofundado, de justiça, exigem uma base generalizada de confiança da parte da comunidade, sem o que se não podem realizar.

2. Ecologia, política e direito.

Ao que vem de dizer-se acresce o facto de o Estado moderno pós-liberal se moldar como Estado-Legislação. Ora das leis, enquanto normas jurídicas concretas, podem resultar riscos para o ambiente. E por duas ordens de razões. De um lado, na sequência de um *deficit* generalizado de execução das normas contendo padrões elevados de conduta. Tendo em conta as expectativas que tais normas criam junto dos destinatários, a sua não execução é factor de incerteza. De outro lado, a própria norma pode produzir objectivamente incerteza, se definir condutas que se venha a verificar serem em si mesmas ambientalmente lesivas. A incerteza *atravessa o direito*, impedindo que as fronteiras do legal/ilegal coincidam com as fronteiras da justiça/injustiça, o que nos permite concluir que o direito, pelo menos o direito vertido na norma legal, pode não ser fonte de confiança na sociedade.

E a interrogação eleva-se: é este o lugar do direito na protecção ambiental? Pertence-lhe ser instrumento de alteração comportamental, uma alteração não suportada por conhecimentos científicos e técnicos seguros nem pelo tempo cultural de maturação necessário à conformação da justiça?

3. Novas tecnologias, mutações científicas e direito.

A procura de formas de produção dos bens e serviços adequadas à escassez de recursos naturais, o investimento científico em energias alternativas, na reutilização e reciclagem dos materiais e a mudança de relacionamento do homem com a natureza correspondem a alterações profundas de comportamento social. Além disso, a pressão que as descobertas científicas exercem sobre o comportamento dos materiais inertes ou as sinergias dos sistemas de vida, o tratamento dos resíduos e a sua reciclagem ou reutilização é tão forte e presente que forçam o aparecimento de novas técnicas, tornando obsoletas as antigas. O dispêndio de energias humanas e recursos económicos para proceder à substituição das técnicas antigas cria obstáculos à mudança. Mas a injustiça sentida pela comunidade de peritos que justificou o alerta junto dos políticos e da comunidade em geral no sentido de, em conjunto, controlarem a «questão ecológica», não se satisfaz com uma única alteração de comportamentos. Acompanha uma dinâmica de alterações, uma ideia de permanente substituição de técnicas disponíveis por outras melhores.

O apelo ao direito e à norma legal para, com a sua autoridade e força coerciva, alterar comportamentos, renova-se, o que justifica que acompanha a evolução científica e tecnológica nas propostas de solução para a «questão ecológica». Mas, se é assim, então a instrumentalização do direito é a consequência.

São duas as realidades que, neste enquadramento, se pretende incorporar no direito. De um lado, os efeitos práticos que resultam da adopção do comportamento definido na norma; de outro, os conhecimentos científicos e técnicos que permitem a modelação do comportamento devido.

Ora a incorporação dos efeitos a produzir no comportamento juridicamente definido altera o modo de compreender o direito. É que o cumprimento estritamente técnico-jurídico da norma, importante para aferir a validade jurídica da acção, passa a não bastar. Para além dele torna-se necessário

apreciar se os efeitos da conduta devida coincidem com as expectativas criadas com a definição do comportamento. O juízo técnico-científico (=ecológico) enlaça-se no juízo técnico-jurídico. Sem aquele este fica esvaziado, já que são os conhecimentos ecológicos que determinam o conteúdo do comportamento juridicamente devido. A norma passa a conter um programa finalístico e a conduta juridicamente devida passa a ser avaliada também em razão do sucesso ou insucesso de realização do objectivo.

Acresce que esta avaliação a que se alude envolve – também ela – incerteza científica, uma incerteza idêntica à que presidiu à definição do próprio comportamento jurídico através da norma. Essa incerteza corresponde à ideia de que a definição da norma não resulta de verdades evidentes. E tão-pouco se apoia em verdades evidentes se apoia a avaliação dos efeitos do cumprimento dessa norma. O erro é possível, e, sendo possível, isso significa que o erro franqueia as portas do direito entendido como norma legal. Uma coisa parece adquirida: se a norma é portadora de incerteza e a avaliação dos resultados fácticos, suportada por conhecimentos científicos mais avançados, permite aperfeiçoá-la, até que novas descobertas científicas tenham lugar, isso mostra que a dinâmica evolutiva dos conhecimentos científicos força a sua entrada no sistema jurídico.

A estreita ligação da norma jurídica ambiental à ciência e à técnica, de certo modo a sua dependência em relação a estas, atribui à norma jurídica um acentuado conteúdo técnico e científico. E não surpreende, por isso, que dessa ligação resultem processos de «*avalanche legislativa*» ou «*inflação legislativa*». A norma é arrastada para um turbilhão de revogações, totais e parciais, procurando acompanhar a dinâmica das descobertas científicas e técnicas, com a agravante de chegar, em regra, com atraso à realidade a que se destina, por força dos lentos processos político-jurídicos de elaboração jurídica.

A consequência desta aliança entre ciência, técnica e direito é, de um lado, o esbatimento da axiologia ou carga valorativa que desde sempre tem

presidido ao direito enquanto sistema normativo; de outro, a perda da sua reconhecida função condutora. O direito é ultrapassado pela ciência e pela técnica, quando não pelos próprios acontecimentos fácticos, que se impõem ao direito, no que vem já sendo apelidado por «*normatividade dos factos*». São estes que ditam o direito, o comportamento devido.

Perante o que vem de ser dito, o que fazer? Por outras palavras, como recuperar para o direito o seu lugar, o lugar de uma axiologia fundante de uma justiça intra e intergeracional que seja o motor ou força motriz da nossa continuidade de vida?

4. Responsabilidade ética pelo futuro e direito

Entendemos que tudo passa por o direito se reflectir e reformular eticamente.

Tendo o homem assumido que o desenvolvimento económico e social não pode fazer-se com desrespeito pelas gerações futuras e que este é um problema de justiça que ao direito compete resolver, não admira que a análise sob o ponto de vista ontológico, a análise das questões do ser e do dever ser, regresse à reflexão. Para HEIDEGGER, pensar é «*dizer a silenciosa palavra do ser*» e é o único «*fazer*» autêntico do homem. Entendemos que pensar e reflectir o ser e o dever ser equivale, neste sentido, à antecipação necessária de e à preparação para a «*viragem*» dentro da compreensão nova do direito.

Nesta reflexão, e partindo do pensamento do filósofo HANS JONAS, resulta o enraizamento ético no homem de um novo dever ser, um dever ser que abre caminhos de sustentabilidade ambiental do desenvolvimento económico e social, um dever ser perante o futuro. Falamos da *responsabilidade ética pelo futuro*.

Incorporando a inquietação pelo destino do homem na Terra, a ética está presente nos horizontes espaciais onde o homem se encontra, desdobrada numa ética racional (*ética dos fundamentos*) e numa ética interdisciplinar, argumentativa (*ética do debate*). Ambas confluem na modelação da justiça

ambiental, tornando-se cada homem, cada um de nós, responsável, na sua existência, pela permanência da «*humanidade*» e, logo, pela permanência da vida.

A acção responsável de cada um modela-se na solidariedade que funda uma partilha, sincrónica e diacrónica, do bem e do mal, uma solidariedade que dá à responsabilidade uma dimensão comunitária, já que cada um, na singularidade do agir, participa de uma tarefa que a todos respeita.

Por outro lado, assim concebida, esta acção responsável distancia-se da acção responsável tradicional, ligada à culpa, nascida de uma causalidade já exercida. É que a responsabilidade pelo futuro, ao contrário da responsabilidade tradicional, mobiliza para a acção e sustenta eticamente o agir humano, uma acção que, pelos valores que a fundam, gera prudência no agir, atenção aos detalhes, empenhamento, precauções (*better safe than sorry*). Gera no interior de cada um de nós múltiplos deveres em razão dos outros ou em solidariedade para com eles, o que limita, consequentemente, a nossa liberdade. A incerteza e a ignorância científica e técnica têm, assim, na precaução do agir, na participação empenhada e informada uma resposta ética.

Com o que, por esta via também, se convoca uma compreensão mais funda e alargada da justiça, uma justiça entendida, com CASTANHEIRA NEVES, como «*suprema axiologia da existência humana comunitária*». Nesta, o espaço e o tempo adquirem um sentido novo, transformados em local e momento privilegiados do agir pessoal. Ao mesmo tempo, a responsabilidade do cidadão enlaça-se na responsabilidade do Estado que de Estado de Direito tende a evoluir para um Estado de Justiça Ambiental.

E o problema eleva-se, de novo: terá o direito, entendido como sistema normativo, capacidade para abarcar e assimilar esta nova ética do futuro? Não implicará esta nova ética do futuro uma reflexão que abra horizontes a um paradigma de direito fundado porventura mais na ideia de construção da

confiança numa sociedade de incerteza do que na tradicional ideia de uma realidade portadora de paz e justiça a conflitos, através dos tribunais?

5. Desenvolvimento com futuro, economia, política e direito

Vinda do outro lado do Atlântico e da área da economia, em especial da economia política, a teoria da «*public choice*» tem vindo a propor a refundação do Estado, na base de uma nova Constituição, o que aponta para a reinvenção do poder político e do direito, no seu relacionamento recíproco.

Em nosso entender, o mérito desta proposta reside em dois momentos. Em primeiro lugar, no facto de chamar a atenção para os desvios e incongruências do actual agir político quando comparado com o pensamento jurídico que lhe dá forma e o informa; em segundo lugar, no facto de realçar que a «*questão ecológica*» está condenada a não ter solução se a forma de agir tradicional se mantiver.

E, de novo, fica claro, agora pela via da reflexão político-económica, que o controlo da «*questão ecológica*» passa pelo abandono da ética do bem-estar, utilitarista, e sua substituição por uma ética de responsabilidade.

A resposta que a ciência económica tende a dar à «*questão ecológica*» passa, deste modo, pela mudança comportamental dos cidadãos, enquanto consumidores, e dos agentes económicos, enquanto capazes de interiorizar uma responsabilidade social (*corporate responsibility*), volvida em intervenção cívica, bem como do Estado, tornado «*Estado incitativo*», que se não impõe autoritariamente através da norma mas que recomenda condutas, estimula a adopção de comportamentos, difunde orientações. Um Estado que não proíbe nem impõe comportamentos, agente de uma mudança que lhe não pertence porque corresponde a uma liberdade que não detém nem pode deter, porque não lhe pode ser delegada, já que o seu exercício se gera na incerteza.

Está em causa substituir as opções utilitaristas racionais por escolhas de futuro, «*amigas*» do ambiente, edificadas por sobre acções diversificadas e criativas, cuja coerência interna tem por pilar a intenção de conferir durabilidade ao desenvolvimento económico e social e cuja coerência externa deve ser assegurada por uma nova forma de exercer o poder político, nos múltiplos degraus em que se tem de manifestar, do interestadual ao estadual, do regional ao local. Falamos do poder de «*governace*» ou *governança*. Está em causa uma mudança que a todos envolva, na diferença intrínseca que todos separa, a fim de evitar o fenómeno da boleia (*free-riding*) e de impedir que o poder político possa ser capturado por interesses económicos. Está em causa uma mudança, por fim, capaz de incutir e difundir confiança, garantindo os valores da comunidade, mas abrindo-se permanentemente a novas compreensões de justiça.

O que tudo conflui num Estado com um agir diferente, não tanto através da lei mas muito mais através da definição e acompanhamento de políticas públicas, desde logo as políticas públicas ambientais, exercendo o Estado o poder de *governança*, flexível, ajustado à mudança, adaptando-se-lhe sem particulares angústias, introduzindo coerências, pilotando a acção comunitária.

Esta reconstrução do discurso do Estado na acção concreta não implica, porém, em nosso entender, e contrariamente à proposta da «*public choice*», um novo acto instituidor, já que esta reconstrução do discurso encontra fundamento na Constituição. É que a realização do direito fundamental ao ambiente, um direito de solidariedade, pertencente à 4ª geração de direitos, reconhecido expressamente na Constituição, implica uma nova forma de agir politicamente, através de um poder estadual novo, o *poder de governança*, traçando, acompanhando e executando políticas públicas, voltadas para o futuro. Um poder que, sendo necessariamente flexível, se não pode ancorar em normas jurídicas rígidas mas muito mais em princípios estruturantes da acção, de acordo com um direito que, de há uns tempos a esta parte, venho apelidando *direito das políticas públicas*.

Em suma, a acentuação do futuro na acção presente não deve ser aceite acriticamente como sinal dos tempos, ou «condição mundanal» (CASTANHEIRA NEVES). Se a relação comunitária é condição de realização da pessoa e esta é a condição básica do direito – relações intersubjectivas –, a sua «condição ontológica», então as políticas públicas, em especial as políticas públicas ambientais, têm de traduzir uma abertura ao mundo, no qual «o homem se assume como tarefa de si próprio», nos diferentes presentes. Uma abertura ao mundo que o futuro reflecte em contínuo e se constrói no presente em deveres de agir exigidos pela dinâmica do direito, um direito que cada vez mais terá de abandonar a fórmula da norma jurídica rígida, a aplicar ao caso concreto, e tenderá a manifestar-se através de princípios que dirigem a acção. Estamos a pensar no princípio do desenvolvimento sustentável, no princípio da precaução, no princípio da responsabilidade pelo futuro, no princípio da colaboração interestadual, no princípio da coerência...

Só depois de fundar na existência ou na coexistência humana uma solidariedade «radical» que integre os diferentes futuros do homem-pessoa, poderá o homem encontrar no direito, em especial nos princípios estruturantes da acção, na indeterminação impositiva de condutas com que se manifestam, a resposta a essa solidariedade «radical», construindo a confiança numa sociedade que se sabe ser caracterizada pela incerteza.

Uma resposta que assim virá de um direito que se vai dizendo muito mais do que um direito que se tem como dito. Um direito que poderá absorver sem angústias nem atrasos os avanços científicos e técnicos, que poderá sustentar-se, sem perda de identidade, numa ética que apela ao empenhamento e à acção, que poderá incorporar os contributos da análise económica sem neles se dissolver, que poderá contracenar com a acção política conduzindo-a valorativamente sem a espartilhar.

Este é o lugar que entendo dever ser o do direito na protecção do ambiente, sem contudo repudiar, antes pressupor, com EDGAR MORIN, que «o único conhecimento que importa é o que se alimenta de incerteza e o único

pensamento que vive é o que se mantém à temperatura da sua própria destruição».

Lisboa, 15 de Outubro de 2008

MARIA DA GLÓRIA F.P.D. GARCIA

**PROFESSORA CATEDRÁTICA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

[Voltar ao índice](#)

AMBIENTE – SABER CIENTÍFICO, POLÍTICA E DIREITO

1. Se a reflexão sobre o passado tranquiliza, ao permitir encontrar um sentido para o mundo em que vivemos¹, a reflexão sobre o futuro inquieta-nos, porque consciencializa a incerteza sobre o amanhã. Em qualquer dos casos, o presente fica relativizado. No entanto, é no presente que o absoluto se revela. Tenha êxito ou fracasso, em razão dos objectivos que o movem, o comportamento humano encerra, ao acontecer, um irremediável absoluto. Mas, pela natureza das coisas, o presente não se deixa reflectir. A reflexão incide ou sobre um acontecimento que ainda está para vir ou sobre um indiscutível acontecimento passado, isto é, ou é uma reflexão prospectiva ou uma reflexão histórica.

Daí que, embora o presente seja relativizado na reflexão científica, é para o presente que os cientistas trabalham, seja os que se debruçam sobre o passado, evidenciando erros de comportamento que não devem voltar a cometer-se², seja os que perscrutam o futuro, procurando prevenir riscos e alertar para os perigos de certos comportamentos. Em síntese, o trabalho científico se, na essência, descompromete quem o empreende na relatividade sobre que incide, responsabiliza pelas consequências, porque é no presente e no absoluto do seu acontecer que se jogam os resultados desse trabalho.

2. Aos cientistas se deve a chamada de atenção para a crescente degradação do meio ambiente, a perda de biodiversidade e a importância desta para o equilíbrio da vida no planeta, a natureza esgotável de certos

¹ Recordamos aqui as palavras do historiador norte-americano WILLIAM McNEILL que quisemos ter presente a abrir o nosso *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, UCP, 1994: «O que me preocupa é fazer com que o mundo faça sentido».

² Sobre o critério da refutabilidade ou falsificabilidade e o da testabilidade, KARL POPPER, «Ciências: problemas, objectivos, responsabilidades» in *O Mito do Contexto. Em defesa da ciência e da racionalidade*, ed. 70, pp.109 e ss.

recursos naturais, os efeitos da ausência de tratamento dos lixos, particularmente os tóxicos, o sobreaquecimento da Terra e as angustiantes consequências a prazo... E a lista cresce cada dia que passa, multiplicando sinais de alerta, em grande parte resultado das comodidades que, em especial, a civilização ocidental tem vindo a desfrutar....

A estes alertas vermelhos, envoltos em manto de perigo, um perigo difuso e não facilmente perceptível pela comunidade não científica, juntaram-se outros alertas vermelhos, num movimento contrário, enquanto detectados pela comunidade não científica, a partir da divulgação pública de descobertas dos peritos, seja sobre o genoma humano, seja sobre a clonagem, seja sobre o código genético dos animais... Agora, é a comunidade em geral a sentir desconforto perante um poder que não domina e a esmaga pelo abismo entre o que conhece e o que desconhece. Um desconforto instalado pela percepção do risco associado a essas descobertas, o risco de «manipular» a vida, sob as suas mais diversas formas, desconforto a que os filósofos da ética têm vindo a dar voz.

3. Qualquer que seja, porém, a via que se siga, o discurso científico aparece como discurso de poder³, ligado não tanto a esta ou àquela comunidade mas à comunidade em sentido universal, um discurso dirigido a alertar, mas também a rasgar caminhos, um discurso destinado a questionar, mas também a aconselhar, um discurso tendente a tranquilizar mas também a angustiar, um discurso que pretende ser promotor de vida mas que a pode subjugar.

Salvaguardado o contexto e as distâncias de tempo e dimensão social, o discurso científico traz à memória a definição que do poder político deu JOHN LOCKE: um «poder de vida e de morte» (*absolute Power of Life and Death*), por isso mesmo entendido como o poder supremo na Terra⁴.

³ A FRANCIS BACON, o filósofo da ciência, se deve ter alertado para o conhecimento como poder, uma ideia que KARL POPPER apelida de «perigosa» por traduzir o domínio do homem sobre a natureza. KARL POPPER, «Ciência: problemas....» in *O Mito do Contexto...*, p. 113.

⁴ *Two treatises of government*, ed. by Peter Laslett, Cambridge University Press, 1988, fac simile, p. 362. A ligação entre poder político e poder supremo foi também feita por THOMAS HOBBS, que do poder político disse «is as great as possibly men can be imagined to make it». Ver *Leviathan or The matter, form and power of a common*

A importância do saber teórico para o desenrolar da vida em comunidade não é uma descoberta de hoje, nem se pode afirmar que só hoje foi compreendida a sua dimensão de poder, concretamente de poder político.

PLATÃO, A DEFESA DO REI-FILÓSOFO E O SABER PERICIAL

4. Com efeito, desde sempre os sábios estiveram rodeados de mistério, bastando para tal pensar na efabulada ou exteriorizada extravagância pessoal (ainda hoje o cientista se confunde com o mágico ou o druida), ou no receio de novidades perturbadoras para ideias instaladas, particularmente religiosas (COPÉRNICO e GALILEU).

Mas é no plano político, e na Antiguidade Clássica grega, onde as raízes culturais da nossa sociedade democrática ocidental se encontram, que a evidência comunitária do poder dos sábios atingiu o auge. O regime do rei-filósofo, escolhido por PLATÃO como o regime político ideal, chamou a atenção para a decisiva importância de aliar o poder socialmente mais elevado na comunidade, o poder político, ao saber da ciência. Por outras palavras, PLATÃO, em “*A República*”⁵, chamou a atenção para a necessidade de conciliar a verdade científica com a justiça social no exercício do poder supremo na cidade. O rei tinha de ser o detentor do saber teórico e seria esse saber que o guiaria na busca da justiça, enquanto exercia, na prática, o poder – por isso o regime político ficou conhecido como *sofiocracia* ou o regime em que a sabedoria está no poder.

5. Na idealizada cidade do rei-filósofo, o governo estava nas mãos de um só, possuidor de um saber de vocação integral, que se ajustava bem à construção da unidade da justiça, fonte de coesão na multidão diferenciada de homens e mulheres que compõem a cidade. A liberdade circunscrevia-se

*weath ecclesiasticall and civil, London, 1651, ed. by Michael Oakeshott, Basil Blackwell, Oxford, p. 136. A aproximação entre os dois autores, a propósito desta particular compreensão do poder político, pode ver-se em PETER LASLETT, nas notas que antecedem a edição facsimilada de *Two Treatises...*, citada, pp. 67 e ss., e DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Ciência Política*, vol. II, Lisboa, 1991, p. 163.*

⁵ Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª edição, pp. 361-362.

aos sábios e à sua procura da verdade, e aí se consumia, em exclusividade. Era a liberdade como forma de desenvolvimento do saber e como modo de atingir a justiça, imposta aos súbditos. Para estes, o constrangimento era condição indispensável do justo, um justo que não lhes competia discutir e do qual não podiam legitimamente discordar. Só a sabedoria legitimava a condução da sociedade, porque só ela permitia configurar a justiça.

Longe do acesso ao saber, com tarefas estritas e hierarquizadas em grupos diversificados, os homens e mulheres da cidade idealizada por PLATÃO só conheciam obrigações, funcionalizados às aptidões naturais que lhe eram reconhecidas pelos sábios e para as quais estavam, por serem aptidões naturais, predestinados. Mas PLATÃO não eliminou nos sábios a capacidade de se enganarem, por outras palavras, não lhes retirou a dimensão humana. Era, aliás, essa dimensão e correspondente possibilidade de cometerem erros que abria a porta à degenerescência cíclica do regime do rei-filósofo.

6. A distância entre o ideal platónico de cidade e a sociedade democrática dos dias de hoje é abissal. E em múltiplos aspectos. Desde logo, se há valor que o século XX elevou politicamente esse é a liberdade. Sem liberdade, não há justiça social, tão simplesmente porque não há respeito pela pessoa e inerente dignidade. Impor a outros uma concepção de justiça social, ainda que gerada na liberdade da procura do saber, como pretendia PLATÃO, envolve desrespeito por todos quantos são obrigados a aceitá-la, sem alternativa.

Mas, se é assim, então lembrar PLATÃO e o seu rei-filósofo tem sentido, hoje? Entendemos que sim.

7. Com efeito, por sobre as diferenças entre a idealização política autocrática e a realidade social democrática do nosso quotidiano, por sobre as diferenças entre o conceito mesmo do saber da Antiguidade Clássica, um saber cosmológico, que busca a integralidade, e o conceito do saber pericial altamente especializado, diversificado e complexo dos dias de hoje, há uma similitude que importa ressaltar. Em ambos os casos, com maior ou menor

consciência, o saber é basilar à construção da justiça política, à justiça da cidade. Na especificidade dos respectivos saberes, os cientistas são hoje reclamados, todos e sem excepção, cada um enquanto portador de uma parte de conhecimento necessário à integralidade do saber disponível, à maneira clássica, a desempenhar papel chave na construção do justo. A busca da verdade que caracteriza a actividade do cientista torna-se, tal como na cidade idealizada de PLATÃO, parte essencial da procura da justiça social, política.

As decisões políticas, desde a assinatura do Tratado de Quioto à decisão de instalar uma incineradora em determinado local, passando pelo financiamento da investigação sobre o transplante simultâneo de pulmões e coração, pela criação de um observatório internacional de estudo sobre o crescente fenómeno do terrorismo ou pela abertura de um inquérito a um alegado desfalque de um banco, exigem uma fundamentação que só é possível por apelo a conhecimentos científicos, especializados e altamente complexos, um conhecimento caracterizado pela procura da verdade científica dos factos. Sem um tal esforço, as decisões de poder não são fundamentadas e, logo, são ilegítimas⁶.

A BUSCA DA VERDADE E A PROCURA DA JUSTIÇA NA CIDADE

A DECISÃO POLITICAMENTE LEGITIMADA E CIENTIFICAMENTE FUNDADA

8. Uma diferença essencial se apresenta, e não de somenos importância, na ponte que se acabou de lançar sobre vinte e cinco séculos de história. Essa diferença respeita à razão determinante da imprescindível aliança entre a

⁶ Por isso se fala hoje do crescente poder dos cientistas, em razão dos conhecimentos especializados que possuem, e a *sofiocracia* de PLATÃO seja lembrada. Ver HANS JONAS, «*Une éthique pour la nature*», ed. Desclées de Bronwer, 1993, p. 62. Este autor não apela ao governo sofocrático mas ao necessário conselho dos peritos por parte de quem governa. Insurgindo-se contra o «*regime dos que sabem*» (*kein Regime der Besserwissenden*), ver REINHOLD ZIPPELIUS, «*Politik und Sachverstand*» in *Planung-Steuerung-Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag*, Duncker Humblot, Berlin, 2006, pp. 185-196, em especial, 192. Desmistificando o problema através do alargamento do saber ou da capacidade de saber, KARL POPPER afirma: «*Creio que todos os seres humanos são filósofos, ainda que alguns mais do que outros*». In *Sociedade aberta. Universo aberto*, publ. Dom Quixote, 1991, p.9.

busca da verdade e a procura da justiça social, da íntima ligação entre o filósofo, no sentido clássico do termo, e o político.

Enquanto o rei-filósofo nasce como ideia, em resultado do esforço teórico de encontrar o motor de uma organização social que se projecte unitariamente agregando as diferenças da multidão, a importância do conhecimento científico na decisão política nos dias de hoje nasce da leitura de uma realidade feita por quem é possuidor de conhecimentos especializados e impõe-se por pressão dos factos, compreendidos por quem tem conhecimentos para os interpretar. É essa leitura e esta compreensão que alertam para o sentido dramático da evolução social, no seu relacionamento com o ambiente natural, e mostram a urgência de medidas políticas concertadas a nível global.

Mais. Perante a grandeza da ameaça ambiental, há cada vez mais a percepção, consciencializada pela reflexão científica, de que a escolha do momento oportuno para agir, bem como o modo de agir e a eficácia desse agir são componentes indispensáveis do acontecer presente, aquele absoluto em que o destino de todos repousa.

9. Compreende-se que a aliança entre os cientistas dos mais diferentes domínios e os políticos irrompa no cenário social, qual «*deus ex machina*» do teatro clássico grego⁷. E compreende-se que essa aliança se apresente a pressionar a acção. Move-a uma ideia salvífica e, como todas as ideias salvíficas, engendra em redor o vazio de reflexão, para permitir a concentração máxima de atenção e de reflexão no fim a atingir. A finalidade, a necessidade, a possibilidade tendem a sobrepor-se à validade da acção, num turbilhão de que, em regra, só demasiado tarde os envolvidos se dão conta.

⁷ Já FRANCIS BACON, no sec. XVII, sonhou com o papel condutor de uma elite de cientistas – *Nova Atlantis*, 1627, IV, 3. Mais tarde, SAINT SIMON entendeu que a optimização do bem-estar na comunidade seria obtida se o governo fosse exercido por uma elite de industriais – *Catéchisme des industriels*, Paris, 1823, IV. Sem esquecer que AUGUSTO COMTE defendeu a condução política segundo métodos científicos – *Discours sur l'esprit positif*, Paris, 1844, nº 15.

O saber científico, pericial, seja na área da física, da química, da matemática e da biologia, seja na área da sociologia, da medicina, da economia, sempre foi auxiliar necessário da decisão dos órgãos que expressam a vontade da sociedade, mas faltou sempre a esse auxílio esta dimensão salvífica permanente, no que ao todo respeita. A participação dos peritos na decisão política tinha-se por marginal, às vezes mesmo como arrebiques de ilustração. Hoje, pelo contrário, não se concebe que a decisão política possa ser a-científica. Tem de absorver conhecimento científico, no sentido de ter de ser cientificamente fundada, desde logo porque a questão ambiental é transversal e o desenvolvimento económico e social, entende-se hoje constitucionalmente, tem de ser ambientalmente sustentado o que significa que não pode ser feito a expensas do ambiente (cfr., desde logo, os artigos 66º, nº 2, e 81º, al. a) da Constituição da República Portuguesa).

Além disso, com a crescente complexidade da realidade, a vocação planetária da questão ambiental, a intensificação da incerteza em que se movem as decisões e a consciência do risco que acarreta para o todo uma má ou deficiente decisão, a acção política fica cada vez mais dependente dos peritos das diferentes áreas científicas.

10. Conciliar a democracia e o poder político pulverizado que lhe anda associado com o saber científico nas mais diferentes áreas em que se espraia e sob formas e justificações as mais diversas é, neste quadro, não uma ideia teórica, construída para corresponder a um prazer especulativo, como porventura terá acontecido com Platão. Antes um sentimento, às vezes intuído, outras solidamente sedimentado, de que a concretização da justiça social, desde logo a distributiva, passa hoje por aí, um sentimento pressionado pelo tempo e pelos efeitos que lhe andam associados no esgotamento de bens, na deterioração de outros, na ignorância quanto à manutenção ou adequada preservação de outros ainda.

Em suma, pela consciencialização, em grande medida e em larga escala, de que o estar amanhã, aqui, depende politicamente da assunção do homem como sujeito ético, da concretização da sua responsabilidade histórica

comunitária. Com o que fica claro que a fundamentação científica da decisão política que se pretende seja justa não é, por si só, razão da sua legitimação, como acontecia na «República» de PLATÃO, embora dessa fundamentação se não possa hoje prescindir. A construção da justiça social parte de um compromisso fundante e fundamental, sem o qual não será o que pretende ser: o compromisso histórico de reconhecer o homem como pessoa e o respeitar enquanto tal. Qualquer decisão, independentemente de fundamentação científica e de ser portadora de uma pretensão de verdade – pese embora, pela natureza das coisas, sempre incompleta e sujeita a erro – só será, neste contexto, politicamente legitimada se puder reivindicar uma responsabilidade humana vivida no sentido mais profundo da sua dignidade, reivindicação que significa o envolvimento convivente e empenhado de todos nessa pretensão.

**A PROCURA DA TÉCNICA ADEQUADA À DECISÃO POLITICAMENTE LEGITIMADA
E CIENTIFICAMENTE FUNDADA**

11. A análise da «República» de PLATÃO conduz a uma outra verificação de interesse. A justiça da organização da cidade exige meios técnicos adequados, uma «mise en scène» apurada, que acompanha os membros da cidade do berço à cova. Nada é deixado ao acaso.

Desde festas organizadas habilmente para permitir que casamentos preestabelecidos entre membros da mesma classe possam ser entendidos como fruto da sorte até ao particular cuidado dedicado à educação e formação cívica, tudo é pensado e modelado em função da construção da justiça da cidade. Para PLATÃO, a decisão política, fundada no saber filosófico, demanda meios ajustados ao que se pretende construir, isto é, obriga a forjar uma técnica particular, modelada pelo fim a alcançar. A escolha da técnica adequada integra a decisão politicamente justa, de tal ordem que, numa causalidade circular, o fim assume-se no meio encontrado para o atingir. O fim fica incorporado no meio.

12. Ao realçar o papel dos meios e da técnica em geral na construção do justo, fruto de um saber teórico, aprofundado e diversificado, voltado para a

[Voltar ao índice](#)

concretização prática, para o lado pragmático da acção, PLATÃO torna claro, se necessário era, que o saber é, aí também, decisivo. Não basta idealizar a cidade justa. É necessário demonstrar que se pode chegar até ela, delineando meios e forjando técnicas, todos colocando ao serviço do fim pré-definido.

Ora, é por todos hoje reconhecida a importância da adequação das tecnologias à decisão política que pretenda atingir a justiça no âmbito social. A opção entre a solução da co-incineração de resíduos tóxicos e a solução da construção de uma incineradora dedicada para esses mesmos resíduos, a escolha entre o investimento na energia eólica ou o investimento na energia atómica, a opção entre a construção de um campo de golfe ou a plantação de oliveiras, tem subjacentes estudos teóricos, análises metodológicas adequadas às circunstâncias concretas. A opção política envolve a reflexão técnica e envolve-a a um grau tal de interpenetração que se torna difícil dissociá-las, porque ambas procuram a concretização do justo. É a causalidade circular de que antes se falou: o fim integra o meio, uma vez que se concluiu ser este o único modo de alcançar aquele.

Em suma, o saber técnico preside à escolha da decisão concretizadora da justiça. Sem ele, a opção é fruto do arbítrio e este, pelo facto de o ser, não pode gerar justiça, só inserir-se na cadeia de arbítrios, a que nenhuma finalidade preside.

Também por esta via de aproximação à cidade ideal de PLATÃO, somos levados a reconhecer o papel central que o saber pericial tem, agora, na sua complexidade técnica, voltada para a acção, na construção da decisão política justa.

A PROCURA DA RACIONALIDADE ECONÓMICA DA DECISÃO POLITICAMENTE LEGITIMADA, CIENTIFICAMENTE FUNDADA E TECNICAMENTE ADEQUADA

13. E continuamos. A economia, como ciência, é recente. Desconheciam-na enquanto tal os gregos da Antiguidade Clássica, o que não quer dizer que,

[Voltar ao índice](#)

diariamente, se não tivessem que confrontar com a escassez de meios, muitos deles essenciais à própria sobrevivência individual e colectiva, e não fossem obrigados a fazer escolhas, a optar entre alternativas, em que o valor dos bens, avaliado em razão da escassez e em termos de racionalidade, não podia deixar de estar presente.

Esparta, conhecida pela sua localização em terrenos escarpados, pouco férteis, sujeita a clima agreste e exposta a ventos fortes marítimos, é paradigma da cidade cujo quotidiano está marcado pela decisão racional, razão da sua sobrevivência. As escolhas racionais, obtidas através da experiência dos muitos anos de provação, eram indissociáveis da decisão política, enquanto decisão que preside à manutenção da cidade, essencial para que se possa idealizar uma cidade justa.

Ora é Esparta que serve de modelo a PLATÃO. Uma cidade que, por razões ligadas à sua sobrevivência, tinha uma dimensão populacional diminuta, politicamente controlada. Só os mais fortes sobreviviam, não pela lei natural mas em razão de uma decisão política. Porque era decisivo concentrar a atenção de todos no essencial à cidade e sua manutenção e não no tratamento e cura dos doentes ou mais frágeis, ou dos idosos, a quem a cidade pouco ou nada ficaria a dever enquanto cidade.

Acresce que a própria estratificação social da cidade idealizada por PLATÃO, de acordo com aptidões naturais reconhecidas a cada um pelos sábios, sugere princípios economicistas de standartização do trabalho, dando assim também resposta afirmativa à interrogação sobre se, na cidade do rei-filósofo, as decisões deste, para poderem alcançar a justiça, não teriam de igualmente ser economicamente eficientes.

Embora não autonomizado, o saber ligado à eficiência económica das decisões políticas que modelam a cidade justa está presente no ideal platónico, antecipando em vinte e cinco séculos as complexas decisões políticas que a sociedade actual tem de tomar, perante bens que se sabe serem escassos – recursos financeiros ou certos bens naturais como o carvão

ou o petróleo –, em vias de extinção – lince da Malcata ou o lobo ibérico, de que tanto se fala em Portugal – ou, mesmo, únicos – pinturas rupestres do Vale do Côa ou o centro histórico de Évora.

14. A decisão política, empenhada na realização da justiça, não tem de ser só cientificamente fundada e tecnicamente adequada. Tem também de corresponder a escolhas racionais, eficientes, sob pena de comprometer a autonomia da sociedade ou o seu futuro. Se, por exemplo, a solução energética ideal, cientificamente fundada e tecnicamente adequada à defesa ambiental, é a construção de uma central nuclear orçada em valor in comportável, tendo em conta o produto interno bruto da sociedade a que respeita, a decisão politicamente justa não é a que aceita esta solução mas a que apela ao engenho científico e técnico para encontrar alternativas economicamente sustentáveis. O que se, de um lado, mostra a complexidade actual das decisões políticas e a conflitualidade dos conhecimentos científicos em que são geradas, de outro evidencia a necessidade de diálogo intercientífico para a modelação da justiça, ao mesmo tempo que realça o crucial papel dos economistas, num mundo de bens essenciais finitos.

Em síntese, a eficiência económica das decisões a tomar pelo poder político é um indispensável factor de ponderação, integrando a causalidade circular de que se falou antes, porque a justiça que a decisão política procura só será realizável num quadro de eficiência.

A PROCURA DA SUSTENTAÇÃO ÉTICA PARA A DECISÃO POLITICAMENTE LEGITIMADA, CIENTIFICAMENTE FUNDADA, TECNICAMENTE ADEQUADA E ECONOMICAMENTE VIÁVEL

15. A acção humana que não procure pautar-se por aquilo que considera ser o bem, que não procure ser virtuosa, não se ajusta à justiça que PLATÃO considera essencial à cidade do rei-filósofo. Agir eticamente, praticar a virtude ou, mais ampla e profundamente, ser virtuoso não é uma alternativa de vivência comunitária, ao lado de outras, igualmente possíveis. Traduz antes o compromisso imprescindível, porque o único possível, para a construção da cidade justa.

PLATÃO entende que a cidade se deve construir à imagem do homem e deve realizar a ideia de homem, isto é, realizar algo que se eleve para lá do homem concreto. Ora, sabido que a virtude é a harmonia da alma e que nesta existe, de um lado, a «*fortaleza*» que corresponde ao ânimo e que a mantém vigorosa, de outro, a «*temperança*», que refreia as paixões, e, de outro ainda, a «*prudência*», que traduz a ponderação e o juízo recto, agir eticamente, de modo virtuoso, implica actuar fazendo uso, em justa proporção, destas três partes em que a alma se desdobra.

Construída de modo antropomórfico, a cidade divide-se em três classes, correspondendo cada uma delas às partes em que a alma humana se divide: à *temperança* corresponde o povo, os artesãos, encarregados dos trabalhos de sustento da cidade, utilitários; à *fortaleza* corresponde a classe dos guerreiros ou defensores da cidade; à *prudência* corresponde a classe dos filósofos, os que governam a cidade. A busca da harmonia da vivência em comum destas três classes na cidade coincide com a procura da justiça.

Em PLATÃO, se cada um actuar de modo ético, no sentido acabado de expor, está a contribuir para a construção da justiça da cidade. Vale isto dizer que agir de modo virtuoso é actuar para que a justiça se cumpra, em função das respectivas aptidões naturais.

16. Volvidos vinte e cinco séculos, ciente da finitude do mundo em que se integra, perplexo com os efeitos da degradação do ambiente e atónito com a surpresa de ataques bombistas suicidas com que o século XXI se anunciou, o homem vê-se obrigado ao questionamento da sua acção.

A relação pessoa a pessoa, com abstracção do mundo que a ética tradicional convoca, leva consigo hoje uma intencionalidade de futuro⁸ que se verte em deveres ou numa específica responsabilidade – fala-se em «*ética*

⁸ Sobre esta ideia de futuro como dimensão temporal do homem, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Volume II, 2002, p. 846.

*de responsabilidade»*⁹ – perante o outro ou pelo outro. O apelo ao homem «*virtuoso*» que, ao transcender-se, se assume na integralidade de ser pessoa, nunca como agora faz sentido, enquanto traduz a própria realização de cada um.

17. Perante a irremediável finitude e o esgotamento ou deterioração dos bens que, sendo exteriores, lhe são essenciais à vida, interrogar-se o homem sobre a intencionalidade da sua acção, nas respostas possíveis que lhe dá, em diálogo de si para consigo através do outro, apresenta-se como a via que confere sentido à concretização da acção. Sentido que assim corresponde à ultrapassagem de si próprio, porquanto o homem se transcende na acção, na experiência de ser virtuoso.

Sujeito ético, na imanente dignidade e liberdade, é na possibilidade de o ser que o homem se realiza e é ao ultrapassar-se nessa realização que partilha da infinitude, na continuidade futura de ser homem. Uma continuidade que, para ser futura – sabemos hoje –, se afasta da ética tradicional, pessoa a pessoa, exigindo a interposição do ambiente em que essa relação intersubjectiva se projecta. A interrogação ética e a resposta que, em liberdade, lhe for dada, enquanto reconhecimento dessa liberdade, não pode, por isso, deixar de ser parte integrante da existência do homem actual, de todos nós.

18. Ora é na dimensão ética do agir e na sustentação dessa responsabilidade pelo agir que hoje o direito encontra a sua força e a sua autonomia, ao impor a interposição do ambiente (do mundo) na relação do homem perante o outro homem.

É a mediação do mundo, na relação inter-subjectiva, que abre espaço ao direito e ao seu sentido. Daí que a decisão política que procure alcançar a justiça deva ter sustentação ética, e parta do sujeito como pessoa, sem o que não será uma justiça humana.

De qualquer modo, a conclusão a que se chegou a propósito da ética como virtude indispensável à justiça da cidade idealizada por PLATÃO é reencontrada

⁹ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, «Coordenadas de uma reflexão...», p.840.

agora, numa reclamada compreensão do homem como pessoa, na sua reconhecida dignidade e liberdade. Mas esta conclusão, que reencontra, refrescando-a de sentido, de realidade e de actualidade, o pensamento político do filósofo antigo, não é realizável sem o comprometimento e empenho de todos na acção, única forma do homem ético poder ser.

A PROCURA DA REALIZAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA DECISÃO POLITICAMENTE LEGITIMADA, CIENTIFICAMENTE FUNDADA, TECNICAMENTE ADEQUADA, ECONOMICAMENTE EFICIENTE E ETICAMENTE SUSTENTADA

19. O pensamento grego, na reflexão ético-política da cidade, não autonomizou o direito. A indiferenciação holística caracteriza a construção da justiça na cidade *sofiocrata*. Isso não significa que, na Grécia Antiga, o direito inexistisse ou o que quer que hoje se entenda como tal. Significa somente que o direito se cumpria indistintamente na actuação virtuosa dos membros da cidade comunidade e, em Platão, na artificiosa construção de um equilíbrio e de uma harmonia do todo a partir da acção correctamente assumida pelas partes, sob liderança do rei-filósofo.

Autonomizado o direito, ainda na Antiguidade Clássica, com o pensamento romano, através da sua formalização em norma, foi o mesmo objecto de reelaboração hermenêutica no período medieval, desenvolvendo-se no «*ius commune*». Mais tarde, no período moderno, com o Iluminismo, obteve compreensão normativa, a que o legalismo positivista veio dar forma acabada. Nesta reafirmação moderna, a autonomia do direito verte-se num sistema de normas de que a metáfora da pirâmide ou construção por graus (*Stufenbau*), que HANS Kelsen imortalizou¹⁰, dá, porventura, um retrato elucidativo, enquanto a pirâmide evoca, de um lado, um pensamento gradual e racionalista, de outro, um pensamento sistemático e fechado.

20. Os tempos mais recentes têm vindo a mostrar as debilidades desta compreensão do direito, historicamente situada, evidenciando que o jurídico

¹⁰ *Teoria Pura do Direito*, 4ª edição, Col. Studium, Coimbra, 1976, tradução de JOÃO BAPTISTA MACHADO, pp. 309 e ss..

fica conceptualmente reduzido ao sistema normativo, e o raciocínio técnico do direito circunscrito ao silogismo lógico-dedutivo¹¹.

A complexidade da realidade quotidiana, agudizada no final do século passado com as descobertas na área da biologia e da degradação ambiental, e que, desde então, vem crescendo em dimensão e intensidade, dificilmente cabendo nas malhas da lei positiva, a velocidade com que as situações da realidade dos factos se alteram, tornando rapidamente obsoletas leis recentemente aprovadas e mostrando que a ideia da repetição das situações, subjacente à generalidade e abstracção que as caracteriza, não tem o sentido de outrora..., de diferentes quadrantes se vai mostrando a falência da compreensão do pensamento jurídico sistemático a que o período do Iluminismo deu vida.

21. No século XXI, e em especial na área da protecção ambiental, dificilmente se encontram soluções justas num sistema fechado de normas, cada vez mais apartado da vida e do seu pulular.

Mas embarcar, em razão da necessidade e da premência com que os factos se apresentam, num processo que coloca as normas jurídicas ao serviço de finalidades que as transcendem, significa embarcar num processo de instrumentalização do direito que, no limite, conduz ao seu esboroamento como ordem de validade, transmutando-se numa mera ordem de finalidades. Resultado que não diverge se, por força de juízos de possibilidade lógica, técnica ou científica, e sob pressão do tempo, se reivindicar igualmente a intervenção do direito como simples meio ou forma de solucionar problemas. Em qualquer dos casos, corresponde a tentações que a protecção ambiental e a novidade das suas exigências, em razão da protecção e manutenção da vida, recorrentemente, colocam no caminho do direito.

Falar de crise do direito e da incapacidade deste, na autonomia da sua estrutura sistemática, lógico-dedutiva, conceptual, dar respostas jurídicas

¹¹ Sobre a abertura para um novo pensamento sistemático, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «A ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX», *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1989, em especial, pp.67 e ss.

satisfatórias, tornou-se voz corrente, que ecoa nos mais variados quadrantes da filosofia política e jurídica contemporâneos. Mas já HEGEL lembrava que o *mocho de Minerva* só levanta voo ao crepúsculo...

Sem pretender enveredar, neste momento, pelos espinhosos caminhos da procura do sentido do direito¹², que mais não são do que caminhos de busca da afirmação de uma sua renovada compreensão, sempre se dirá que as comunidades humanas, cientes dos despojos e custos laterais de uma evolução tecnológica que desejaram tanto quanto incentivaram, se esforçam por divisar no futuro o sentido da acção presente e aprender com as acções passadas.

21. A questão reside em saber se nessa procura, que se sabe ser necessariamente aberta e flexível, atenta, desde logo, a complexidade das situações e rápida evolução, exigindo acções cientificamente fundadas, tecnicamente adequadas, economicamente eficientes, eticamente sustentadas e politicamente legitimadas, não vai implicado o sentido mesmo do direito enquanto direito, isto é, se, no fundo, nessa procura não irá também envolvida a realização de uma axiologia suprema da existência humana comunitária que, na sua intenção, se reassume simplesmente na realização da justiça¹³.

Seja, porém, como for, a identificação do direito na sua autonomia de sentido leva consigo o reconhecimento de uma autoridade constitutiva de validade¹⁴. Que tanto é afirmar não haver direito sem uma validade normativa que o constitua como tal. Por aqui passa o decisivo de uma compreensão actualizada do direito nesta sua reafirmada autonomia¹⁵. Tal como o positivismo jurídico necessitou de uma norma fundante, uma *Grundnorm*,

¹² Sigam-se, sobre o assunto, as reflexões sábias de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Ed. Instituto Piaget, 2002.

¹³ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Direito hoje e com que sentido? ...*, p. 70.

¹⁴ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber Reihe Rechts und Sozialwissenschaft, Freiburg, 1992, pp.154 e ss.

¹⁵ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Actual Problema Metodológico Da Interpretação Jurídica – I*, Coimbra Editora, 2003, p.211.

pressuposta como critério de validade de todo um sistema jurídico¹⁶, assim também o direito, na sua expressão autónoma actualizada, necessita da identificação da autoridade que o faça compreender como direito.

22. Se o sentido comunitário mais profundo impele os homens para a procura de decisões politicamente legitimadas, cientificamente fundadas, tecnicamente adequadas, economicamente eficientes e eticamente sustentadas, enquanto contêm as soluções que melhor projectam o homem e a comunidade no futuro e, logo, melhor integram uma compreensão actualizada da justiça, então realizar o direito hoje consistirá precisamente em garantir essa acção, de acordo com uma ordem de validade que a funda ao mesmo tempo que a constitui.

CONCLUSÕES

Nesta reflexão, a imagem da *cidade sofocrata* é uma imagem forte, não tanto pelos aspectos positivos como pelos negativos. Fundamentalmente trabalhadas por filósofos e politólogos,¹⁷ as sugestões que dessa imagem se elevam são ricas, espraiando-se em múltiplos meandros, em todos ficando claro os malefícios da sociedade fechada, em que o poder está na mão dos mais instruídos e a finalidade a atingir põe em causa o homem e a busca da verdade.

A imagem de um «*Estado Ambiental*», para que se tende, como Estado subjugado pela ciência e a técnica, que contém o embrião da supressão da liberdade e da instrumentalização do direito em nome da defesa do ambiente, um Estado recomendado como terapia para as tensões civilizacionais e a degradação ecológica, é mais prejudicial «do que os malefícios que procura(va) combater».

¹⁶ Recorde-se HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito...*, pp. 27 e ss..

¹⁷ KARL RAIMUND POPPER, *The open society and its enemies*, vol. I, *Plato*, Routledge, 5ª ed., 1965, reprinted, 1984; ISAIAH BERLIN, «Liberdade política e pluralismo: dois conceitos de liberdade» in *A busca de um ideal*, ed. Bizâncio, pp.243 e ss.

O poder dos cientistas, apesar de todas as virtudes do diagnóstico que vão desenvolvendo sobre a evolução ambiental, não garante a felicidade. «Não é possível retornar a um estado harmonioso da natureza, no sentido em que voltar para trás implicaria uma regressão total, isto é, o retorno à vida animal».¹⁸

23. A resposta aos angustiantes e prementes problemas ambientais que a comunidade do século XXI tem perante si ganha em consistência e operacionalidade se o seu enfoque mantiver a dimensão em que tais problemas se geraram. Por outro lado, a vivência humana comunitária que o século XXI tenta construir, numa filigrana densificada pela complexidade das relações conviventes, enriquece-se se a interligação dos saberes, dos direitos e dos deveres dos membros da comunidade permitir, em liberdade, que as suas diferenças e especificidades mutuamente se completem, já que o «caminho da humanidade... implica um salto no desconhecido, na incerteza, na insegurança, implica recorrer à razão como meio de planear, o melhor que soubermos, a nossa segurança e a nossa liberdade»¹⁹.

É nesse caminho que a justiça, a política e o direito se situam, um caminho espinhoso que, mais do que PLATÃO é o discípulo deste, ARISTÓTELES, quem nos ensina a trilhar, sem prometer em troca a felicidade, embora a tenha como finalidade a atingir.

24. As questões últimas sobre o homem estão nesse caminho. Perseguem-no e não o deixam adormecer em sonhos de felicidade. Interpelam-no, obrigam-no a pensar e a reflectir-se e nisso se volvem em matéria de sentido²⁰.

Neste quadro, a resposta cultural e humana aos problemas da comunidade, em potência ou em acto, é o direito e este realiza-se na acção, concretiza-se

¹⁸ KARL RAIMUND POPPER, *The open society...*, pp. 200-201; tradução portuguesa de TERESA CURVELO, *A sociedade aberta*, p. 210.

¹⁹ «But if we wish to remain human, then there is only one way into the open society. We must go into the unknown, the uncertain and insecure, using what reason we may have to plan as well as we can for both security and freedom», in KARL RAIMUND POPPER, *The open society...*, pp. 201; tradução portuguesa, *A sociedade aberta*, p. 210.

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética*, cap. V e VI e CORNELIUS CASTORIADIS, «Les carrefours du labyrinthe», Col. Esprit, Éd. Seuil, 1978, pp. 22 e ss..

na resolução desses problemas, no exacto espaço que lhe pertence. A pretensão de realização que o acompanha circunscreve-se ao lugar que é o seu, sem procurar ocupar o de outros saberes e actividades, igualmente indispensáveis à resolução dos problemas, sem se deixar tornar um meio ao serviço de fins. Esta a força e, simultaneamente, a fraqueza do direito. Cumpre-se na acção de acordo com os princípios, na acção de sujeito ético, mesmo que o problema que determinou essa acção, na sua complexidade intrínseca, não tenha integralmente obtido a resposta que permitiria eliminá-lo.

25. Compreendido o ambiente como problema da vivência comunitária, neste início do novo milénio, tudo está em saber qual o lugar do direito na sua resolução. Um lugar ao lado das ciências em geral que começaram por identificar o problema e das diferentes técnicas que engendram e colocam ao dispor de todos para lhe dar solução, ao lado da economia política que avalia a existência de recursos indispensáveis ao desenvolvimento das tecnologias ou ao desenvolvimento do próprio saber científico com vista a contribuir para essa solução, ao lado da ética que globalmente responsabiliza pela acção e, finalmente, ao lado da política que, além do mais, escolhe o momento oportuno para essa acção.

Procurar o espaço do direito neste contexto vasto de resolução da problemática comunitária que passa pelas questões de natureza ambiental é o desafio dos nossos tempos que vivemos. Um desafio que obriga a desconstruir o pensamento jurídico tradicional fundado na norma e na sua lógica silogística, para o voltar a construir fundamentalmente sobre a interpretação de princípios, de acordo com a lógica argumentativa.

Quem pretenda «*discutir o direito nascido connosco*» – e indiscutivelmente o direito do ambiente nasceu connosco, na nossa era – sabe que corre os riscos de se confrontar com uma realidade nova. Mas virar as costas a esta empresa implica aceitar que se instrumentalize o direito e se abdique da liberdade, em nome de uma continuidade de vida na Terra em que se acredita sem compreender e que, por isso mesmo, pode ter um qualquer conteúdo.

Avançar «*tacteando*», na escuridão, desbravando caminhos de futuro para o direito do ambiente, este *direito nascido connosco*, parece ser a tarefa por excelência do jurista, já que, como MICHAEL KLÖPPER argutamente lembra, o «Direito do Ambiente tem futuro, porque, sem ele, não haverá qualquer futuro»²¹.

MARIA DA GLÓRIA F.P.D. GARCIA

**PROFESSORA CATEDRÁTICA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

[Voltar ao início do texto](#)

²¹ *Umweltrecht*, 3ª Auflage, Beck, 2004, p. 9.

[Voltar ao índice](#)

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL E OS SEUS MÚLTIPLOS:**BREVE PANORÂMICA DO QUADRO NORMATIVO EUROCOMUNITÁRIO E APONTAMENTOS DE JURISPRUDÊNCIA**

Sumário: **1.** A directiva 85/337/CEE, de 27 de Junho; **1.1.** A directiva 97/11/CE, de 3 de Março; **2.** A directiva 92/43/CE, de 21 de Maio; **3.** A directiva 2001/42/CE, de 21 de Junho

1. A avaliação de impacto ambiental constitui um procedimento particular na abordagem preventiva dos efeitos adversos de iniciativas humanas no meio ambiente. Instrumento inventado nos Estados Unidos da América, que o inscreveram no *National Environmental Policy Act* de 1970, foi importado pela CEE na directiva 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, com vista à concretização do princípio da prevenção, sobretudo na vertente da correcção na fonte (cfr. o Considerando 1). Sublinhe-se que, à data da adopção desta directiva, não existiam ainda as bases competenciais dos artigos 174 a 176 do Tratado de Roma, que só em 1987, com a revisão do Tratado promovida pelo Acto Único Europeu operaram a "constitucionalização" da política ambiental comunitária, sob os artigos 130R/S/T¹.

Como se explica no Preâmbulo, a directiva 85/337/CE tem em vista a concretização de objectivos dos três programas de acção em matéria de ambiente até aí aprovados (1973; 1978; 1983), na sequência da inclusão "informal" da protecção do ambiente no raio de acção da Comunidade, após a Cimeira de Paris de 1972. A base competencial que lhe subjaz funda-se na articulação entre os artigos 2, 235 e 100A do Tratado de Roma, uma vez que se tratou de harmonizar legislações num domínio em que, além de estar em causa a protecção do ambiente, emergia também a necessidade de

¹ Sublinhe-se que a intervenção normativa da Comunidade no plano ambiental foi sancionada pelo Tribunal de Justiça desde cedo: vejam-se os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1980, Casos 91/79 e 92/79 (Comissão contra a Itália). Sobre a *green brick road* da Comunidade e da jurisprudência comunitária, Carla AMADO GOMES, **A protecção do ambiente na jurisprudência comunitária: uma amostragem**, in *RDAOT*, nº 15, 2009, pp. 33 segs. Uma resenha dos casos apreciados pelo Tribunal nesta sede pode ver-se em Ludwig KRÄMER, **Dati statistici sulle sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia ambientale**, in *RGd'A*, 2006/5, pp. 789 segs.

salvaguardar as condições de concorrência entre operadores económicos no espaço comunitário.

A aplicação no tempo da directiva não foi pacífica. Esgotando-se o seu prazo de transposição em 3 de Julho de 1988, alguns Estados-membros que transpuseram tardiamente tentaram eximir os projectos cujo procedimento de aprovação se iniciara anteriormente à transposição, *mas depois de Julho de 1988*, das novas obrigações. O Tribunal de Justiça foi implacável na afirmação da submissão de todos os projectos sem decisão final iniciados após Julho de 1988 a avaliação de impacto ambiental (=AIA), fulminando de incumprimento os Estados-membros que houvessem inserido no diploma de transposição disposições transitórias impeditivas deste objectivo². O Acórdão *Bund Naturschutz Bayern* inaugurou esta jurisprudência (datado de 9 de Agosto de 1994, Caso 396/92)³, reiterada, entre outros, no Acórdão de 21 de Janeiro de 1999 (Caso 150/97), que opôs a Comissão a Portugal.

Decorrendo do procedimento de AIA deveres para um largo espectro de operadores económicos, públicos e privados, a articulação com as condições de concorrência, a ligação à iniciativa económica e a necessidade de atender a certos interesses públicos (como a segurança nacional) determinaram a necessidade de fixar, com alguma rigidez, os pressupostos de submissão dos projectos a esse procedimento. A AIA tem custos materiais,

² Uma outra variante do problema foi abordada no Acórdão *Burgemeester*, de 18 de Junho de 1998 (Caso C-81/96), no qual o Tribunal de Justiça foi confrontado com uma questão prejudicial que se prendia com a aplicação do regime da AIA a um projecto contemplado num plano *aprovado antes de Julho de 1988*, mas cuja autorização sobreveio após essa data e se furtou a avaliação prévia de impacto. O Tribunal esclareceu que, mesmo nestes casos,:

"(...) quando, como no processo principal, por razões inerentes à regulamentação nacional aplicável, tenha sido formalmente iniciado novo procedimento depois de 3 de Julho de 1988, esse novo procedimento deve ser sujeito às obrigações de avaliação do impacto ambiental resultantes da directiva. Qualquer outra solução seria contrária ao princípio da avaliação do impacto ambiental de determinados projectos importantes, enunciado no artigo 2. da directiva, e poderia comprometer o seu efeito útil (§27).

³ "20. Há assim que responder às duas primeiras questões colocadas que o artigo 12. , n. 1, da directiva deve ser interpretado no sentido de que não permite a um Estado-membro, que a transpôs na sua ordem jurídica nacional depois de 3 de Julho de 1988, data do termo do prazo de transposição, dispensar, por meio de uma disposição transitória, das obrigações relativas à avaliação dos efeitos no ambiente exigida pela directiva os projectos cujo processo de aprovação tinha sido iniciado antes da entrada em vigor da lei nacional de transposição dessa directiva mas depois de 3 de Julho de 1988".

directos (estudo de impacto ambiental; taxas), e indirectos (atraso na concretização do projecto; publicitação de certas informações que, embora não sendo segredo industrial ou comercial, podem aproveitar à concorrência) — logo, os operadores devem saber com que obstáculos podem contar. Em contrapartida, a prevenção de danos ao ambiente, preferencialmente na fonte, implica a possibilidade de alargamento do leque de actividades sujeitas a AIA para além do lote de actividades tipicamente poluentes e de impacto significativo a que se reporta o Anexo I: nesse plano, aos Estados-membros foi deixada alguma margem de liberdade na fixação dos valores-limite que certas actividades e empreendimentos hão-de preencher para deverem ser sujeitos a AIA, nos termos do Anexo II (cfr. o artigo 4/1 e 2)⁴.

A questão da liberdade de conformação dos Estados relativamente a projectos incluídos no Anexo II tem sido bastante debatida no contencioso comunitário. O Tribunal de Justiça deixou bem claro, no caso *Kraaijeveld* (Acórdão de 24 de Outubro de 1996, Caso C-72/95), que esta margem de liberdade existe, mas é sindicável jurisdicionalmente — um controlo similar à análise da proporcionalidade das medidas no contencioso administrativo, pela adequação e necessidade:

"50. Todavia, embora o artigo 4, nº 2, segundo parágrafo, da directiva confira aos Estados-membros uma margem de apreciação para especificar certos tipos de projectos a submeter a uma avaliação ou para fixar critérios e/ou limiares a reter, essa margem de apreciação tem os seus limites na obrigação, enunciada no artigo 2,

⁴ Acresce a possibilidade de, nos termos do artigo 1/5 da directiva, haver uma aprovação do projecto por acto legislativo, no qual se incorporará a fase de avaliação técnica e de consulta pública essencial aos objectivos da AIA. No caso *Lynster* (Acórdão de 19 de Setembro de 2000, Caso C-287/98), o Tribunal de Justiça esclareceu que constituiu "acto legislativo específico na acepção dessa disposição a norma adoptada por um Parlamento após debates parlamentares públicos, quando o processo legislativo tenha permitido que sejam atingidos os objectivos prosseguidos pela directiva, incluindo o objectivo de colocação à disposição de informações, e de as informações de que o Parlamento dispunha ao adoptar o projecto em pormenor serem equivalentes às que deveriam ser submetidas à autoridade competente no âmbito de um processo ordinário de autorização de projecto" (§59).

Num processo anterior (*WWF*, decidido por Acórdão de 16 de Setembro de 1999, Caso C-435/97), o Tribunal do Luxemburgo já esclarecera que o artigo 1/5 da directiva se não aplica a situações em que o projecto seja aprovado por acto legislativo mas com base num procedimento administrativo autónomo (que não salvaguardou devidamente a exigência de publicidade inerente à AIA).

nº 1, de submeter a um estudo do impacte ambiental os projectos susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização.

(...)

52. Numa situação como a do caso de figura, há que admitir que o Estado-membro em causa tinha o direito de fixar critérios de dimensões dos diques, para determinar quais os projectos relativos aos diques que devem ser objecto de um estudo de impacto ambiental. A questão de saber se, ao fixar esses critérios, o Estado-membro excedeu a sua margem de apreciação não depende de uma apreciação global das características dos projectos dessa natureza, previsíveis no território do Estado-membro.

(...)

59. A circunstância de, no caso de figura, os Estados-membros disporem, por força dos artigos 2, nº 1, e 4, nº 2, da directiva, de uma margem de apreciação, não exclui, no entanto, que possa ser efectuada uma fiscalização jurisdicional a fim de verificar se as autoridades nacionais não excederam a referida margem de apreciação (...).

(...)

61. No caso de essa margem de apreciação ter sido ultrapassada e de, portanto, deverem ser afastadas as disposições nacionais a esse respeito, compete às autoridades do Estado-membro, no âmbito das suas competências, adoptar todas as medidas necessárias, gerais ou especiais, para que os projectos sejam examinados a fim de determinar se os mesmos são susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente e, na afirmativa, para que sejam submetidos a um estudo de impacto ambiental" (realçado nosso).

No caso *Comissão contra a Irlanda*, decidido por Acórdão de 21 de Setembro de 1999 (Caso C-392/96), o Tribunal de Justiça avançou na intensidade do controlo, vincando a necessidade de analisar os projectos em relação a cada dimensão de impacto⁵:

"66. Com efeito, um projecto mesmo de dimensões reduzidas pode ter efeitos significativos no ambiente quando for situado num local em que os factores ambientais descritos no artigo 3.º da directiva tais

⁵ A Irlanda foi recentemente condenada por mais uma tentativa de frustrar certos projectos de redimensionamento rural a avaliação de impacto ambiental em razão da sua alegadamente reduzida dimensão — cfr. o Acórdão *Comissão contra a Irlanda*, de 20 de Novembro de 2008 (Caso C-66/06).

como a fauna e a flora, o solo, a água, o clima ou o património cultural sejam sensíveis à mínima modificação.

67. Do mesmo modo, um projecto pode ter efeitos significativos quando, devido à sua natureza, corre o risco de transformar de modo essencial ou irreversível esses factores ambientais, independentemente das suas dimensões.

68. No âmbito da demonstração da existência de um incumprimento a este respeito pela Irlanda, a Comissão apresentou vários exemplos convincentes de projectos que, considerados unicamente quanto às suas dimensões, no entanto, podem ter efeitos significativos no ambiente devido à natureza ou à sua localização.

69. O exemplo mais significativo é o do repovoamento florestal dado que, quando é realizado em regiões de turfeiras activas de cobertura, implica, pela sua natureza e a sua localização, a destruição do ecossistema das turfeiras e a perda irreversível de biótopos originais, raros e de grande interesse científico. Enquanto tal, pode igualmente provocar a acidificação e a eutrofização das águas.

70. Portanto, era necessário e possível tomar em consideração elementos como a natureza ou a localização dos projectos, por exemplo fixando vários limiares correspondentes às variadas dimensões de projectos, aplicáveis em função da natureza ou da localização do projecto.

71. A este respeito, há que não ter em conta a explicação da Irlanda segundo a qual a existência de outras legislações de protecção do ambiente, tais como os «Habitats Regulations», tornava supérflua a obrigação de avaliação dos efeitos dos projectos de repovoamento florestal, de reclamação de terras para conversão ou de extracção de turfa realizados em locais sensíveis para o ambiente. Com efeito, nada na directiva exclui do seu âmbito de aplicação regiões ou zonas protegidas sob outros aspectos nos termos de outras disposições de origem comunitária.

72. Conclui-se que, **ao fixar limiares que só têm em conta as dimensões dos projectos com exclusão da sua natureza e da sua localização relativamente às categorias de projectos referidos no Anexo II, ponto 1, alínea d), e ponto 2, alínea a), a Irlanda ultrapassou a margem de apreciação** de que dispõe nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da directiva.

73. Quanto ao efeito cumulativo dos projectos, há que recordar que os critérios e/ou os limiares mencionados no artigo 4.º, n.º 2, têm por finalidade facilitar a apreciação das características concretas que apresenta um projecto com vista a determinar se está sujeito à obrigação de uma avaliação e não a subtrair de antemão a essa

obrigação certas categorias completas dos projectos enumerados no Anexo II, previsíveis no território de um Estado-Membro (...).

74. A questão de saber se, ao fixar esses critérios e/ou limiares, o Estado-Membro excedeu a sua margem de apreciação não pode ser determinada relativamente às características de um único projecto, mas depende de uma apreciação global das características dos projectos dessa natureza, previsíveis no território do Estado-Membro em causa (...).

75. Assim, **um Estado-Membro, que fixe os critérios e/ou os limiares a um nível tal que, na prática, a totalidade dos projectos de um certo tipo ficaria de antemão subtraída à obrigação de estudo do impacte ambiental, excede a margem de apreciação de que dispõe nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da directiva, salvo se a totalidade dos projectos excluídos podia ser considerada, com base numa apreciação global, não susceptível de ter efeitos significativos no ambiente (...)**" (realçados nossos).

O Tribunal voltou a insistir nesta tónica nos casos *Comissão contra a Bélgica*, decidido por Acórdão de 2 de Maio de 1996 (Caso C-133/94), e *Comissão contra a Espanha*, objecto do Acórdão de 13 de Junho de 2002 (Caso C-474/99), este último especialmente chocante dado que as disposições legais aplicáveis em Espanha apenas sujeitavam os projectos ínsitos no Anexo II a AIA quando instalados em zonas protegidas (presumindo que só nestas se poderiam verificar impactos ambientais significativos)⁶:

"36. O Real Decreto n.º 1997/1995, que, segundo o Governo espanhol, menciona a totalidade das categorias de projectos enumeradas no anexo II da directiva, apenas se refere, na realidade, aos projectos que afectem as zonas de protecção especial instituídas nos termos da directiva habitats. Ora, **a escolha desse critério, baseado na localização dos projectos em zonas limitadas e, além disso, de carácter essencialmente rural do território nacional, tem por efeito dispensar da obrigação de avaliação um número considerável de projectos situados fora dessas zonas que são susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente.** Tal opção, que exclui de forma geral a consideração de critérios e/ou limiares relativos à dimensão e

⁶ Uma outra acção de condenação também envolvendo Espanha foi decidida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 16 de Março de 2006, Caso C- 332/04, no qual o Estado-membro foi condenado por ter eximido de AIA o licenciamento do segundo maior complexo de cinemas da Europa, com capacidade para 60.000 pessoas, com a desculpa de se situar em terreno urbanizado...

à natureza dos projectos, excede a margem de apreciação de que dispõem os Estados-Membros, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da directiva" (realçados nossos).

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça, perante a ausência de prova de que o licenciamento de um concreto projecto de empreendimento a implantar num Parque Natural, que não fora sujeito a AIA, causava impacto significativo no meio, resolveu absolver o Estado português do pedido condenatório promovido pela Comissão. O Tribunal recusou-se a aceitar a **presunção** de que um projecto integrado no Anexo II, só pelo facto de estar implantado numa zona protegida, deveria submeter-se a um procedimento de AIA prévio ao licenciamento. No Acórdão de 29 de Abril de 2004 (Caso C-117/02), afirmou-se que

"81. No caso vertente, a Comissão baseia-se na Directiva 85/337, tal como foi interpretada pelo Tribunal de Justiça, para acusar a República Portuguesa de não ter realizado um estudo do impacto ambiental antes de aprovar um projecto que, embora não ultrapasse os limiares fixados pelo Estado-Membro em aplicação do artigo 4.º, n.º 2, da directiva, é susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente, em razão da sua natureza e da sua localização na zona da Ponta do Abano do Parque Natural de Sintra-Cascais.

(...)

83. No caso vertente, a República Portuguesa alegou que, dada a existência do Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais e dos procedimentos de avaliação que esse plano impõe, foram adoptadas todas as disposições necessárias para que, antes da aprovação de um projecto situado nesse parque, as autoridades controlassem se o referido projecto era susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente, nomeadamente em razão da sua natureza, dimensão ou localização, e, portanto, se devia ser objecto de um estudo do impacto ambiental.

84. Todavia, a Comissão não contestou esta alegação. Também não demonstrou que, no caso vertente, as autoridades portuguesas tinham ultrapassado a margem de apreciação de que dispunham ao não imporem um estudo do impacto ambiental antes de aprovarem o referido projecto, quando este podia ter incidências significativas no ambiente.

*85. Efectivamente, **não basta provar que um projecto vai ser construído no interior de um parque natural para se presumir que terá***

um impacto significativo no ambiente. A Comissão deve, pelo menos, fornecer um mínimo de provas dos efeitos que o projecto cria o risco de produzir no ambiente.

86. No caso vertente, a Comissão não respondeu aos argumentos da República Portuguesa segundo os quais:

–o Parque Natural de Sintra-Cascais integra não apenas zonas de elevado valor ambiental como também áreas urbanas, rurais e de lazer;

–as áreas preferenciais para turismo e recreio, onde os projectos deviam ser realizados, foram precisamente escolhidas em função do estado degradado da vegetação aí existente.

87. A esse respeito, é de facto insuficiente afirmar de uma forma geral que a localização de um projecto numa área definida pela legislação nacional como «preferencial para o turismo» não pode garantir que, num caso concreto, esse projecto não terá um impacto significativo no ambiente. De igual modo, a Comissão não se pode contentar em afirmar que as informações fornecidas revelam que o projecto em causa se situa numa zona de grande sensibilidade, onde, no mínimo, a flora se encontra já degradada, sem demonstrar, através de provas concretas, que as autoridades portuguesas cometeram um erro manifesto de apreciação ao autorizarem a localização do projecto numa zona precisamente prevista para esse tipo de projecto.

88. Impõe-se concluir que o dossier apresentado pela Comissão se baseia na **presunção** de que um projecto situado no território de um parque natural é susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente. **Tal presunção é insuficiente** para provar a existência de um incumprimento do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337. Em qualquer dos casos, a Comissão não refutou suficientemente as explicações pertinentes apresentadas pela República Portuguesa" (realçados nossos).

Constatando uma vez mais o incumprimento do Estado espanhol, numa outra situação que muito tem preocupado a Comissão, detecta-se o Acórdão prolatado em 16 de Setembro de 2004 (Caso C-227/01), relativo à proibição de "salami-slicing" (ou *Project splitting*)⁷. Tratou-se da aprovação fraccionada de troços de linha de caminho de férreo de longa distância os quais, por

⁷ Cfr. *Guidelines (Interpretation of definitions of certain Project categories of annex I and II of the EIA Directive, 2008)*, p. 8 (v. infra).

serem perspectivados de forma segmentada, fugiam à qualificação de "longa distância"....:

"49. Um projecto desta natureza pode ter um efeito significativo no ambiente, na acepção da referida directiva, uma vez que é susceptível de afectar de modo duradouro, por exemplo, a fauna e a flora, a composição dos solos ou ainda a paisagem, bem como ter, nomeadamente, um impacto sonoro significativo, de modo que deve ser abrangido por esta directiva. O objectivo prosseguido pela Directiva 85/337 seria seriamente afectado se este tipo de projecto de construção de uma via férrea nova, mesmo paralela a uma via já existente, pudesse ser dispensado da obrigação de realizar uma avaliação dos seus efeitos no ambiente. Assim, não se pode considerar que um projecto desta natureza constitui uma simples alteração de um projecto anterior, na acepção do ponto 12 do anexo II desta directiva.

50. Além disso, esta conclusão é ainda mais evidente quando, como no caso vertente, a realização do projecto em causa implica um novo traçado das vias, mesmo se este só diz respeito a uma parte desse projecto. Com efeito, pela sua natureza, tal projecto de construção é susceptível de ter efeitos significativos no ambiente, na acepção da Directiva 85/337.

51. O argumento do Governo espanhol, segundo o qual não estão reunidas as condições para a aplicação do ponto 7 do anexo I da referida directiva, dado que o projecto em causa não se refere ao tráfego de longa distância na acepção desta disposição, mas, pelo contrário, a um troço de apenas 13,2 km entre localidades vizinhas, carece igualmente de fundamento.

52. Com efeito, como a Comissão alegou com razão, o projecto controvertido faz parte de uma linha ferroviária com uma extensão de 251 km, entre Valência e Tarragona, incluído no projecto conhecido como «Corredor mediterrânico», ligando a região espanhola do Levante à Catalunha e à fronteira francesa.

*53. Se a argumentação do Governo espanhol fosse acolhida, **o efeito útil da Directiva 85/337 poderia ficar seriamente comprometido, já que bastaria às autoridades nacionais em causa fraccionarem um projecto de longa distância em troços sucessivos de diminuta importância para subtraírem às exigências desta directiva tanto o projecto considerado na sua globalidade como os troços resultantes deste fraccionamento***"(realçado nosso).

A respeito do artigo 4 da directiva, o Tribunal do Luxemburgo teve ainda oportunidade de se debruçar, no Acórdão de 22 de Outubro de 1998, num litígio que opôs a Comissão à Alemanha, (Caso C-301/95), sobre o conceito "classes de projectos"⁸:

"34. A Comissão alega que a regulamentação alemã não compreende todas as classes de projectos enumerados no anexo II da directiva. Com efeito, segundo a Comissão, todos os projectos enumerados no anexo II da directiva, sob as diversas letras do alfabeto que precedem as subdivisões das categorias incluídas neste anexo, devem ser considerados como «classes» na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da directiva. A Comissão não contesta que os Estados-Membros possam, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2 da directiva, estabelecer distinções, em função das suas características, entre os projectos incluídos numa classe determinada no anexo I da directiva, mas considera inadmissível deixar de sujeitar, de um modo geral, classes inteiras à obrigação de avaliação.

(...)

36. O Governo alemão considera ser conveniente estabelecer uma distinção entre as noções de classe e de projecto. Considera que o anexo II da directiva enumera, no total, «doze classes de projectos», dentro das quais há projectos «específicos». Assim, cada uma das doze categorias do anexo constitui uma classe de projectos e cada uma das subdivisões destas categorias, precedida de uma letra do alfabeto, constitui um projecto específico.

37. O Governo alemão alega que, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da directiva, cada Estado-Membro decide de modo discricionário que projecto, de entre os projectos específicos enumerados nas doze classes, deve ser sujeito à obrigação de avaliação. A UVPG tomou em consideração todas as classes de projectos do anexo II da directiva e, dentro destas, sujeita à obrigação de avaliação ambiental os projectos cujas características o legislador federal considerou que o exigem. Para este efeito, o Governo alemão, em conformidade com o seu poder discricionário, fixou para certos tipos de projectos critérios e/ou limiares determinantes no que concerne à obrigação de avaliação. Assim, não é exacto alegar que a República Federal da Alemanha excluiu da obrigação de avaliação classes inteiras de projectos.

(...)

⁸ Veja-se também o Acórdão WWF, cit..

39. Há que salientar, a este respeito, que, tanto o n.º 1 como o n.º 2 do artigo 4.º da directiva reservam a mesma formulação à parte da frase que se refere à noção em questão, ou seja, que «os projectos que pertencem às categorias enumeradas no anexo I são submetidas a uma avaliação...» e «os projectos pertencentes às categorias enumeradas no anexo II são submetidos a uma avaliação... sempre que...».

40. Daí resulta que a noção considerada não pode ter um conteúdo e um alcance diferentes consoante ela é retomada no anexo I ou no anexo II da directiva.

41. Assim, referindo-se esta noção, no anexo I, a categorias de projectos definidas segundo a sua natureza, só pode referir-se, no que respeita ao anexo II, a categorias de projectos do mesmo género.

42. Ora, **as nove categorias de projectos do anexo I não podem, por sua natureza, corresponder às doze categorias do anexo II, uma vez que cada uma destas constitui um vasto domínio de actividades económicas, mas antes a sub-divisões dessas categorias, cada uma delas precedida de uma letra do alfabeto.** Esta consideração é corroborada pela verificação de que cada uma das categorias n.ºs 5, 9 e 12 do anexo II, que não têm sub-divisões, constitui uma actividade bem circunscrita.

43. A título de exemplo, a categoria de projectos intitulada «construção de auto-estradas, de vias-rápidas, de vias para o tráfego de longa distância dos caminhos-de-ferro e de aeroportos...», que consta do ponto 7 do anexo I, não pode corresponder, como classe de projectos, à categoria que consta do ponto 10 do anexo II intitulada «projectos de infra-estruturas», mas sim à alínea d) deste ponto, que se refere a «construção de estradas, portos (incluindo portos de pesca) e de aeródromos (projectos que não constem do anexo I)».

44. Qualquer outra interpretação da noção considerada privaria de efeito útil o princípio enunciado no artigo 12.º, n.º 1 da directiva, segundo o qual os projectos susceptíveis de terem incidências notáveis no ambiente, designadamente devido à sua natureza, às suas dimensões ou à sua localização, devem ser sujeitos a uma avaliação ambiental, competindo aos Estados-Membros a faculdade de aplicarem o anexo II da directiva como entenderem" (realçados nossos).

A noção de "alteração" ao projecto foi igualmente objecto de pronúncia do Tribunal. No Acórdão Abraham, de 28 de Fevereiro de 2008 (Caso C-2/07),

o Tribunal cruzou o problema da análise das dimensões do projecto com a noção de "alteração" a este. Leia-se o ponto 2. da decisão:

"As disposições conjugadas do ponto 12 do anexo II e do ponto 7 do anexo I da Directiva 85/337, na redacção original, abrangem igualmente as obras de alteração efectuadas nas infra-estruturas de um aeroporto já existente, sem prolongamento da pista de descolagem e de aterragem, desde que, em especial pela sua natureza, importância e características, possam ser consideradas uma alteração do próprio aeroporto. O mesmo se passa, em particular, com as obras destinadas a aumentar de modo significativo a actividade do aeroporto e o tráfego aéreo. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio certificar-se de que as autoridades competentes apreciaram correctamente se as obras em causa no litígio no processo principal deviam ter sido submetidas a uma avaliação dos seus efeitos no ambiente".

Inquestionável parece ser que o objectivo primordial da directiva — promover a prevenção de danos ambientais — só se alcança através da ponderação efectiva dos interesses em jogo. Essa ponderação é incompatível com a valoração positiva do silêncio — mesmo tendo em consideração que a declaração de impacto ambiental é uma decisão prévia que não constitui decisão final do procedimento de licenciamento/autorização do projecto. O Acórdão de 14 de Junho de 2001 (Caso C-230/00), que opôs a Comissão à Bélgica, resultou na condenação deste Estado-membro pelo incumprimento de várias directivas, entre as quais a 85/337/CEE, em virtude da adopção da figura do deferimento tácito na finalização dos procedimentos. Olhando para o panorama jurídico português e para a aflitiva proliferação de decisões silentes positivas em procedimentos como a AIA (artigo 19º do DL 69/2000, de 3 de Março) ou a licença ambiental (artigo 17º do DL 173/2008, de 26 de Agosto), constata-se que esta jurisprudência não tem tido muito eco junto do legislador nacional⁹...

⁹ Há, todavia, uma referência algo perturbadora à possibilidade de "sanação retroactiva" de irregularidades procedimentais — uma espécie de aproveitamento do acto administrativo? — no §57 do Acórdão que opôs a Comissão à Irlanda, de 3 de Julho de 2008 (Caso C-215/06), a qual, apesar de sublinhada pelo Tribunal como excepcional, poderá ser passível de aproveitamentos abusivos e contrários à lógica de prevenção.

Rapidamente se conclui deste apanhado que a noção-chave na intenção normativa da directiva é a de *Projecto*, que define no artigo 1/2:

- "- a realização de obras de construção ou de outras instalações ou obras,
- outras intervenções no meio natural ou na paisagem, incluindo as intervenções destinadas à exploração dos recursos do solo".

É a partir do preenchimento desta noção que se desencadeará a aplicação do procedimento de AIA à actividade/empreendimento em causa, sendo certo que, na lógica de directiva 85/337/CEE, a sujeição à AIA deverá ser determinada pela recondução do "projecto" a um dos Anexos (tendo em mente que os projectos reconduzíveis às categorias descritas no Anexo II poderão ser objecto de inclusão ou exclusão pelos Estados-membros, atendendo ao seu potencial concretamente lesivo), e pela não invocação das cláusulas derogatórias previstas no artigo 1/4 e 5¹⁰.

Ora, a directiva, apesar de aparentemente convidar à adopção da técnica da enumeração exemplificativa dos projectos constantes do Anexo II — quando, no artigo 2/1 exorta os Estados-membros a tomar "as disposições necessárias para que, antes da concessão de aprovação, os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização, sejam submetidos à avaliação dos seus efeitos" —, na verdade, ao avançar essa lista e não a acompanhando de critérios indicativos sobre a possível extensão a outros projectos susceptíveis de causar impacto relevante, acaba por autorizar implicitamente os Estados-membros a enveredar pela via da enumeração exaustiva. Via que privilegia a segurança e promove a iniciativa económica, mas peca por rigidez e compromete os objectivos de prevenção.

¹⁰ Percepcionando as dificuldades — e a desuniformização — de interpretação do conceito, a Comissão publicou um documento de *Guidelines (Interpretation of definitions of certain Project categories of annex I and II of the EIA Directive, 2008)*, na sequência do *5 years report on the application and effectiveness of the EIA Directive* — COM (2003) 334final —, com o qual se propõe reduzir a incerteza que rodeia a sua utilização. A Comissão vinca a natureza não vinculativa das *Guidelines*, sublinhando que o único órgão com competência para interpretar a directiva é o Tribunal de Justiça.

Em Portugal, os casos *Ponte Vasco da Gama*¹¹ e *Túnel do Marquês*¹² são bem exemplificativos desta problemática. No primeiro, discutiu-se se uma decisão de localização podia ser considerada um *projecto* — o Pleno do Supremo Tribunal Administrativo entendeu que não. No segundo, debatia-se a qualificação mais adequada de um túnel rodoviário para efeitos de inclusão ou exclusão do Anexo II: se se tratava de uma estrada nova ou se poderia assimilar-se a um túnel para linhas subterrâneas afectas ao transporte de passageiros¹³... Também aqui a última decisão, do STA, foi no sentido negativo para qualquer das hipóteses.

1.1. Este aresto foi, todavia, o catalisador da profunda alteração sofrida pelo artigo 1º do DL 69/2000, de 3 de Março, que transpõe a directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março. Esta segunda directiva introduziu alterações sensíveis no procedimento de AIA¹⁴, sendo porventura a mais relevante a traduzida na nova redacção do artigo 4:

«Artigo 4º

1. Sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 2º, os projectos incluídos no anexo I serão submetidos a uma avaliação nos termos dos artigos 5º a 10º.

2. Sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 2º, os Estados-membros determinarão, relativamente aos projectos incluídos no anexo II:

a) Com base numa análise caso a caso;

ou

b) Com base nos limiares ou critérios por eles fixados;

se o projecto deve ser submetido a uma avaliação nos termos dos artigos 5º a 10º.

¹¹ A decisão final do caso resulta do Acórdão do STA, Pleno, de 14 de Outubro de 1999 (proc. 31.535).

¹² A decisão final do caso resulta do Acórdão do STA, I, de 24 de Novembro de 2004 (proc. 1011/04-11).

¹³ A incluir, portanto, pela via do artigo 1º/2 (redacção vigente à data dos processos), que remetia para o Anexo II, 10 — alíneas e) ou h), respectivamente.

¹⁴ A directiva 85/337/CEE foi ainda alterada pela directiva 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, que dispõe sobre a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente.

Os Estados-membros podem decidir aplicar os dois procedimentos referidos nas alíneas a) e b).

3. Quando forem efectuadas análises caso a caso ou fixados limiares ou critérios para efeitos do disposto no nº 2, serão tidos em conta os critérios de selecção relevantes fixados no anexo III.

4. Os Estados-membros assegurarão que a decisão adoptada pelas autoridades competentes ao abrigo do nº 2 seja disponibilizada ao público".

Com esta redacção, ficou aberta a porta a enumerações enunciativas mas dotadas de uma *válvula de segurança*, porque a extensão a outros projectos não descritos no Anexo II fica dependente da verificação casuística parametrizada pelos critérios constantes do Anexo III da directiva¹⁵. Por outras palavras, o objectivo da prevenção surge reforçado, sem se comprometer arbitrariamente as expectativas dos operadores económicos. Em Portugal, a nova formulação do artigo 1º/4 do DL 69/2000 (acompanhada da inserção do Anexo V) espelha — embora tardiamente, porque apenas introduzida pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro — esta abertura.

Importante foi igualmente a explicitação da possibilidade de aprovação faseada dos projectos, mas sem que tal análise possa implicar a frustração dos objectivos do procedimento de AIA. A nova redacção do artigo 5 da directiva permite realizar uma AIA quer sobre um projecto quer sobre um anteprojecto, sendo certo que no segundo caso, previamente à aprovação, o projecto de execução deverá merecer parecer de conformidade com a declaração de

¹⁵ Esta extensão causa, todavia, perturbações de interpretação uniforme dos termos utilizados pela directiva da AIA e outras, que regulam procedimentos específicos. A Comissão chama a atenção para essa dessintonia, nas págs. 6-7 das *Guidelines* citadas *supra*, e o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de sublinhar a prevalência dos critérios da directiva 85/337/CEE sempre que o projecto possa causar impacto significativo no ambiente. A título de exemplo, leia-se a afirmação produzida no Acórdão de 23 de Novembro de 2006 (Caso 486/04), que opôs a Comissão a Itália num processo de incumprimento relacionado com a legislação de resíduos:

"Por isso, há que considerar que o conceito de eliminação de resíduos na acepção da Directiva 85/337 é um conceito autónomo que deve ser interpretado de molde a satisfazer plenamente o objectivo prosseguido por esse diploma (...). Esse conceito, que não equivale ao de eliminação de resíduos na acepção da Directiva 75/442, deve, portanto, ser entendido *latu sensu* como cobrindo o conjunto das operações conducentes quer à eliminação dos resíduos, no sentido estrito do termo, quer ao seu aproveitamento" (§44).

impacto ambiental entretanto emitida. Num litígio que opôs a Comissão ao Reino Unido, o Tribunal do Luxemburgo teve ocasião de se debruçar sobre este tema, afirmando com clareza que qualquer projecto aprovado em fase de anteprojecto necessita reapreciação de conformidade antes do licenciamento. No Acórdão de 4 de Maio de 2006 (Caso C-508/03), a Comissão conseguiu demonstrar que os projectos *White City* e *Crystal Palace*, relativos a empreendimentos de lazer a construir em diferentes zonas da cidade de Londres, se furtaram invalidamente à AIA em contradição com o regime da directiva 85/337/CEE, alterada pela directiva 97/11/CE:

"101. No caso em apreço, é claro que, segundo o direito nacional, o dono da obra só pode iniciar os trabalhos de realização do seu projecto após ter obtido a decisão de aprovação dos pontos sob reserva. Antes desta decisão, a obra em causa não está ainda (integralmente) aprovada.

*102. Por conseguinte, **há que considerar que as duas decisões previstas pelo regime em questão no caso em apreço, isto é, a de concessão da licença de construção com base em anteprojecto e a de aprovação dos pontos sob reserva, constituem, no seu conjunto, uma «aprovação»** (em várias etapas), na acepção do artigo 1.º, n.º 2, da Directiva 85/337, alterada.*

103. Nestas circunstâncias, resulta do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337, alterada, que os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente, na acepção do artigo 4.º, conjugado com os anexos I ou II, da mesma directiva, devem ser sujeitos, antes da concessão da autorização (em várias etapas), a uma avaliação no que respeita a esses efeitos (...).

104. A este respeito, o Tribunal de Justiça esclareceu, no acórdão Wells (...), que quando o direito nacional prevê que o procedimento de aprovação se desenrole em várias etapas, sendo uma destas a decisão principal e a outra uma decisão de execução, que não pode ir além dos parâmetros determinados pela decisão principal, os efeitos que o projecto é susceptível de ter no ambiente devem ser identificados e avaliados quando do procedimento relativo à decisão principal. Só se esses efeitos apenas forem identificáveis quando do procedimento relativo à decisão de execução é que a avaliação deve ser efectuada durante este último procedimento.

105. No caso em apreço, o regime em causa prevê que uma avaliação dos efeitos de um projecto no ambiente possa ser efectuada unicamente na etapa inicial da concessão de uma licença

de construção com base em anteprojecto, e já não no decurso da etapa posterior da aprovação dos pontos sob reserva.

106. Por conseguinte, o referido regime é contrário aos artigos 2.º, n.º1, e 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337, alterada. O Reino Unido não cumpriu, assim, a sua obrigação de transpor estas disposições para o seu direito interno" (realçado nosso).

O conceito de aprovação na directiva 85/337/CE já merecera a atenção do Tribunal, no Acórdão *Delena Wells*¹⁶ – citado, de resto, neste último caso. Este aresto, para além do interesse que reveste quanto ao preenchimento do conceito de aprovação – que o Tribunal de Justiça entendeu dever aplicar-se mesmo a autorizações emitidas antes do início de vigência da legislação nacional que opera a transposição da directiva 85/337/CEE que sejam reactivadas posteriormente à entrada em vigor desta –, é de suma importância para a "expansão" da teoria do efeito directo, na medida em que introduz a variante do "efeito directo público"¹⁷.

Em breves palavras, no Acórdão *sub judice* estava em causa a sujeição a AIA de uma licença concedida a uma pedreira em 1947, que a pretendeu reactivar em 1991 e veio a conseguir a actualização em 1994, sendo-lhe impostas 54 novas condições. Uma vizinha solicitou ao órgão administrativo competente que determinasse a obrigatoriedade de realização de uma AIA prévia à emissão da decisão de actualização, pedido que viu indeferido. No âmbito de uma acção proposta junto do *High Court of Justice (Queen's Bench – Administrative Court)* de Londres, o Tribunal de Justiça foi confrontado com a questão prejudicial de saber se a legislação nacional sobre AIA, interpretada à luz dos objectivos da directiva 85/337/CEE, se aplicaria à actualização de uma licença antiga, sendo certo que, sendo a resposta positiva, isso redundaria na imposição à empresa dona da pedreira de Conygar Quarry de uma obrigação decorrente de uma norma comunitária, pela Administração:

"55. No entender do Governo do Reino Unido, reconhecer a um particular o direito de invocar o artigo 2.º, n.º1, da Directiva 85/337, conjugado com os artigos 1.º, n.º 2, e 4.º, n.º 2, da mesma, constituiria uma situação de «inverse direct effect», na qual o Estado-Membro em

¹⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Caso 201/02.

¹⁷ Cfr. Sacha PRECHAL, **Does direct effect still matter?**, in CMLR, 2000/5, pp. 1047 segs.

causa seria directamente obrigado, a pedido de um particular, como D. Wells, a privar dos seus direitos outro particular, como os proprietários da pedreira de Conygar Quarry.

56. A este respeito, é de notar que o princípio da segurança jurídica se opõe a que as directivas possam criar obrigações para os particulares. Relativamente aos particulares, as disposições de uma directiva só podem criar direitos (...). Consequentemente, um particular não pode invocar uma directiva contra um Estado-Membro se se tratar de uma obrigação estatal que está directamente ligada ao cumprimento de outra obrigação que, por força dessa directiva, incumbe a um terceiro (...).

57. Em contrapartida, simples repercussões negativas sobre os direitos de terceiros, mesmo que sejam certas, não justificam que se negue a um particular a possibilidade de invocar as disposições de uma directiva contra o Estado-Membro em causa (...).

58. No processo principal, a obrigação por parte do Estado-Membro em causa de garantir que seja realizada pelas autoridades competentes uma avaliação dos efeitos no ambiente da exploração da pedreira de Conygar Quarry não está directamente ligada ao cumprimento de qualquer obrigação que, por força da Directiva 85/337, incumbisse aos proprietários da referida pedreira. O facto de as operações de exploração mineira terem de ser suspensas para aguardar os resultados da avaliação é, certamente, consequência do cumprimento tardio das obrigações do referido Estado. Esta consequência não pode, contudo, como afirma o Reino Unido, ser qualificada de «inverse direct effect» das disposições da mesma directiva em relação aos proprietários da pedreira em causa".

Resolvida a questão no sentido da necessidade de sujeitar a actualização da licença a AIA, restava averiguar como se implementaria essa obrigação na prática, sendo certo que a decisão já fora notificada à empresa e está já havia reiniciado a extracção. O Tribunal de Justiça não ficou impressionado com tais alegações:

"64. A este respeito, é de referir que resulta de jurisprudência assente que, por força do princípio da cooperação leal previsto no artigo 10.º CE, os Estados-Membros são obrigados a eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário (...). Esta obrigação incumbe, no quadro das suas competências, a todas as autoridades do Estado-Membro em causa (...).

65. Assim, compete às autoridades do Estado-Membro, no âmbito das suas competências, adoptar todas as medidas necessárias,

gerais ou especiais, para que os projectos sejam examinados a fim de determinar se os mesmos são susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente e, na afirmativa, para que sejam submetidos a um estudo do impacto ambiental (...). Constituem, designadamente, medidas particulares deste tipo, por exemplo, dentro dos limites do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, a revogação ou suspensão de uma aprovação já concedida a fim de efectuar uma avaliação dos efeitos do projecto em questão no ambiente conforme prevista na Directiva 85/337.

66. Do mesmo modo, o Estado-Membro é obrigado a reparar todo e qualquer prejuízo causado pela omissão da avaliação dos efeitos no ambiente.

67. As vias processuais aplicáveis dependem da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro, por força do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, na condição, porém, de que não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (...).

68. No que respeita ao processo principal, dado que a exploração da pedreira de Conygar Quarry deveria ter sido sujeita a uma avaliação para examinar os seus efeitos no ambiente, em conformidade com as exigências da Directiva 85/337, as autoridades competentes são obrigadas a adoptar todas as medidas genéricas ou particulares a fim de remediar a omissão dessa avaliação.

69. A este respeito, compete ao órgão jurisdicional nacional averiguar se existe no direito interno a possibilidade de revogar ou suspender uma autorização já concedida, a fim de sujeitar o projecto em causa à avaliação dos seus efeitos no ambiente, em conformidade com as exigências da Directiva 85/337, ou, em alternativa, se o particular estiver de acordo, a possibilidade de este pedir a reparação do prejuízo sofrido".

Uma terceira consequência relevante da directiva 97/11/CE foi, também na sequência da explicitação da possibilidade de apreciação faseada do projecto, a abertura ao conceito de pós-avaliação, ou seja, de acompanhamento da execução com vista à detecção de eventuais desvios às condições prescritas na declaração de impacto ambiental, mesmo tendo a avaliação inicial incidido sobre um projecto e não sobre um mero anteprojecto. O DL 69/2000 acolheu essa fase na Secção V, artigos 27º a 31º,

onde contempla quer normas sobre o parecer de conformidade a incidir sobre o projecto de execução (artigo 28º), quer obrigações de monitorização (pelo operador) e de fiscalização (pela Administração) tendo como referente a declaração de impacto ambiental.

2. Especiais cuidados deveriam merecer, no entanto, as zonas do território dotadas de espécies de fauna e flora particularmente frágeis e importantes do ponto de vista biológico¹⁸. Com vista à criação de uma "rede ecológica europeia", o Conselho aprovou, em 1992, a directiva 92/43/CE, de 21 de Maio, relativa à preservação de habitats de fauna e flora selvagem. A identificação destas zonas é feita pelos Estados, que propõem à Comissão a sua integração na Rede¹⁹. Uma vez classificadas como sítios de importância comunitária, tal inclusão implica, para o Estado, a criação, num prazo máximo de seis anos, de zonas de protecção especial de aves (ZPEs) e de zonas especiais de conservação de habitats (ZECs), nas quais passam a vigorar um conjunto de restrições de utilização aos proprietários e frequentadores dos espaços em causa.

Na identificação das zonas de protecção, os Estados vêem a sua margem de livre decisão muito condicionada em razão da vinculação a critérios estritamente ecológicos. A propósito do artigo 4 da directiva, que dispõe sobre a qualificação das zonas de protecção, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se por diversas vezes. Uma das últimas decisões, em sede de acção por incumprimento, data de 23 de Março de 2006 (Caso C-209/04) e opôs a Comissão à Áustria:

"32. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da directiva aves obriga os Estados-Membros a dotar as

¹⁸ Tenha-se em mente que em 1979 a Comunidade adoptara já uma primeira directiva sobre protecção de aves selvagens e seus habitats no espaço europeu (Gronelândia excluída) — directiva 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril. Com a nova directiva, as medidas de conservação alargam-se a outras espécies, integrando, simultaneamente, as aves na rede ecológica europeia.

¹⁹ Em casos especiais, pode acontecer que seja a Comissão, na ausência de pronúncia do Estado-membro, a propor a integração de uma determinada zona na rede Natura 2000. A classificação final só pode ocorrer, contudo, na sequência de uma decisão do Conselho, tomada por unanimidade (cfr. o artigo 5 da directiva 92/43/CE).

ZPE de um estatuto jurídico de protecção susceptível de garantir, designadamente, a sobrevivência e a reprodução das espécies de aves referidas no seu anexo I, bem como a reprodução, a muda e a invernada das espécies migratórias não referidas no mesmo anexo e cuja ocorrência seja regular (...).

33. Além disso, o Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a margem de apreciação de que gozam os Estados-Membros no momento da escolha dos territórios mais apropriados para a classificação como ZPE não abrange a oportunidade de classificar como ZPE os territórios que se apresentam como os mais apropriados segundo critérios ornitológicos, mas apenas a aplicação destes critérios com vista à identificação dos territórios mais apropriados à conservação das espécies enumeradas no anexo I (...).

34. Há que recordar também que, segundo os resultados de estudos científicos e de um controlo, apresentados pela Comissão na pendência da acção e não impugnados pelo Governo austríaco, foram observados respectivamente 4 ou 5, 4 e 3 machos de codorniz a cantar no interior da ZPE do Lauteracher Ried, que tem uma extensão de 580 hectares, entre 2000 e 2002. As observações relativas aos sítios de Soren e de Gleggen-Köblern, com uma extensão de 64 e 352 hectares, foram apenas ligeiramente inferiores, uma vez que o número de aves observado é respectivamente de 4, 2 e 3.

(...)

38. Há que observar portanto que, **segundo critérios ornitológicos, os sítios de Soren e de Gleggen-Köblern fazem parte, da mesma forma que a ZPE do Lauteracher Ried, dos territórios mais apropriados em número e em extensão para serem classificados como ZPE**, nos termos dos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, da directiva aves.

39. **Isto não pode ser posto em causa pelo argumento do Governo austríaco segundo o qual há que tomar em consideração, ainda que indirectamente, os critérios económicos e sociais na apreciação necessária das características da zona a classificar como ZPE.**

40. Com efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, **um Estado-Membro não pode, na escolha e delimitação de uma ZPE, tomar em consideração exigências económicas, nem a título de um interesse geral superior àquele que cumpre o objectivo ecológico referido pela directiva aves nem que correspondam a imperiosas razões de superior interesse público**, como as referidas no artigo 6.º, n.º 4, da directiva relativa aos habitats (...).

(...)

47. Como foi já declarado pelo Tribunal de Justiça, os Estados-Membros são obrigados a classificar como ZPE **todos** os locais que, em

aplicação de critérios ornitológicos, se revelem como os mais apropriados com vista à conservação das espécies em causa (...).

48. Por fim, no que se refere ao argumento do Governo austríaco relativo ao facto de os sítios de Soren e Gleggen-Köblern não estarem sem qualquer protecção, basta recordar que o **artigo 4.º, n.º1, da directiva aves impõe aos Estados-Membros uma obrigação de classificar como ZPE os territórios mais apropriados em número e em extensão para a conservação das espécies mencionadas no anexo I, obrigação à qual não podem subtrair-se através da adopção de outras medidas de conservação especial (...)**" (realçados nossos).

No período que medeia entre o envio da lista de sítios nacionais à Comissão e a sua classificação efectiva como sítios da rede Natura 2000, os Estados membros devem abster-se de provocar deterioração nas zonas e adoptar todas as medidas provisórias para prevenir degradação do acervo natural. Há uma espécie de *pré-efeito* do procedimento classificatório, insuflado pela lógica de prevenção agravada que norteia o diploma da rede Natura 2000. O Tribunal de Justiça sancionou recentemente esta postura no Acórdão *Bund Naturschutz Bayern II*, de 14 de Setembro de 2006 (Caso C-244/05).

À semelhança do que sucedeu com a determinação dos projectos a incluir e a excluir do Anexo II da directiva 85/337/CEE, também a propósito do preenchimento da noção de "plano e projecto" susceptível de integração nestas zonas se levantaram dúvidas. No intuito de acentuar a vertente preventiva da directiva 92/43/CE, o Tribunal de Justiça, quando questionado sobre se uma autorização de pesca tradicional que vinha sendo concedida pela Administração holandesa desde há décadas, numa zona que veio a ser integrada na Rede Natura 2000, caberia nestas noções, entendeu que deve adoptar-se uma interpretação ampla das mesmas, uma vez que se trata da viabilização de actividades intrusivas no equilíbrio de ecossistemas particularmente frágeis. No Acórdão *Lanelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee*, de 7 de Setembro de 2004 (Caso C-127/02), o Tribunal do Luxemburgo pronunciou-se no sentido da vinculação das autoridades nacionais a um dever de interpretação *in favor ambiente*:

"44. (...) Tal interpretação da condição a que está subordinada a avaliação dos efeitos de um plano ou projecto num sítio determinado, que implica, em caso de dúvida quanto à existência de efeitos

significativos, se deva proceder a tal avaliação, permite evitar, de forma eficaz, que sejam autorizados planos ou projectos que afectem a integridade do sítio em causa e contribui, assim, para realizar, em conformidade com o terceiro considerando e com o artigo 2º, nº 1, da directiva habitats, o seu objectivo principal, a saber, assegurar a biodiversidade através da conservação dos habitats naturais bem como da fauna e da flora selvagens.

45. Tendo em conta o exposto, há que responder (...) que o artigo 6º, nº 3, primeiro período, da directiva habitats deve ser interpretado no sentido de que **qualquer plano ou projecto não directamente relacionado com a gestão do sítio e não necessário para essa gestão será objecto de uma avaliação adequada das suas incidências no mesmo à luz dos objectivos de conservação desse sítio, quando não se possa excluir, com base em elementos objectivos, que tal plano ou projecto afecte o referido sítio de modo significativo, individualmente ou em conjugação com outros planos ou projectos**" (realçado nosso).

O artigo 6 desta directiva traz um novo conceito de avaliação de impacto, um múltiplo da AIA, designado por avaliação de incidências ambientais (cfr. o nº 3):

"Artigo 6º

1. Em relação às zonas especiais de conservação, os Estados-membros fixarão as medidas de conservação necessárias, que poderão eventualmente implicar planos de gestão adequados, específicos ou integrados noutros planos de ordenação, e as medidas regulamentares, administrativas ou contratuais adequadas que satisfaçam as exigências ecológicas dos tipos de habitats naturais do anexo I e das espécies do anexo II presentes nos sítios.

2. Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para evitar, nas zonas especiais de conservação, a deterioração dos habitats naturais e dos habitats de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva.

3. Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as

conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto no nº 4, as autoridades nacionais competentes só autorizarão esses planos ou projectos depois de se terem assegurado de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.

4. Se, apesar de a avaliação das incidências sobre o sítio ter levado a conclusões negativas e na falta de soluções alternativas, for necessário realizar um plano ou projecto por outras razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-membro tomará todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000. O Estado-membro informará a Comissão das medidas compensatórias adoptadas.

No caso de o sítio em causa abrigar um tipo de habitat natural e/ou uma espécie prioritária, apenas podem ser evocadas razões relacionadas com a saúde do homem ou a segurança pública ou com consequências benéficas primordiais para o ambiente ou, após parecer da Comissão, outras razões imperativas de reconhecido interesse público".

A avaliação de incidências não merece especial descrição na directiva e nesta não se esclarece qual a articulação com a AIA. À partida, a especialidade parece justificar-se não só no plano da dimensão das intervenções a apreciar (tendencialmente diminuta), como do seu contexto (uma avaliação especialmente vocacionada para a salvaguarda da biodiversidade). A lógica da directiva 92/43/CE é promover o máximo de protecção relativamente a ecossistemas vulneráveis, obrigando à ponderação do interesse de conservação dos elementos flora e fauna que justificaram a eleição da zona como zona protegida, quando nenhum outro instrumento de avaliação se aplique.

Um dos nódulos problemáticos da directiva é, destarte, o de densificar o conceito de "avaliação adequada" — a legislação portuguesa é prova cabal desta dificuldade²⁰... O Tribunal de Justiça começou por se aproximar da

²⁰ O labiríntico e elíptico regime plasmado no DL 140/99, de 24 de Abril, com as alterações introduzidas pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro, *maxime* nos artigos 8º, 9º e 10º, deixam o intérprete/aplicador na dúvida sobre quem, quando e como proceder à avaliação de incidências, cuja concorrência da AIA é actualmente grande, em virtude da força atractiva do artigo 1º/4 e 2ºA do DL 69/2000.

questão no Acórdão de 7 de Setembro de 2004 (Caso 127/02), *supra* citado, chegando à seguinte fórmula, na síntese decisória:

"4) Por força do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43, uma avaliação adequada dos efeitos do plano ou do projecto sobre o sítio em questão implica que, antes da sua aprovação, sejam identificados, tendo em conta os melhores conhecimentos científicos na matéria, todos os aspectos do plano ou do projecto que possam, por si sós ou em conjugação com outros planos ou projectos, afectar os objectivos de conservação desse sítio". As autoridades nacionais competentes, tendo em conta a avaliação adequada dos efeitos da pesca mecânica de berbigão no sítio em causa à luz dos objectivos de conservação deste último, **só autorizam essa actividade desde que tenham a certeza de que esta é desprovida de efeitos prejudiciais para a integridade desse sítio.** Assim acontece **quando não subsiste nenhuma dúvida razoável** do ponto de vista científico quanto à inexistência de tais efeitos" (realçado nosso).

Uma vez estabelecidas estas premissas, a Alta Instância do Luxemburgo tem vindo a desenvolver um controlo pela negativa do conceito. Veja-se, por exemplo, o raciocínio seguido no Acórdão *Castro Verde*, de 26 de Outubro de 2006 (Caso C-239/04), no qual a Comissão acusou Portugal de incumprimento das ponderações devidas quando da eleição do traçado de um novo lanço de auto-estrada:

"16. A Comissão sustenta que o Estudo de Impacte Ambiental demonstra claramente que o traçado escolhido pelas autoridades portuguesas para a construção do sublanço da auto-estrada A2, que liga Aljustrel a Cabo Verde, tem um impacto negativo muito significativo nas 17 espécies de aves selvagens referidas no anexo I da Directiva 79/409, bem como no habitat dessas aves.

17. A República Portuguesa alega que a Comissão se limita a formular considerações gerais, tiradas do Estudo de Impacte Ambiental, sem demonstrar de que forma a execução do referido traçado teve um impacto negativo muito significativo. Segundo a República Portuguesa, deverá proceder-se a uma comparação dos prejuízos susceptíveis de afectar a ZPE de Castro Verde com os que efectivamente se verificaram.

18. Segundo o artigo 6.º, n.º 3, da directiva habitats, **as autoridades nacionais competentes só autorizarão os planos ou projectos não**

directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, depois de se terem assegurado, através de uma avaliação adequada das incidências desses planos ou projectos no sítio, de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.

19. Esta disposição institui um procedimento com vista a garantir, graças a uma fiscalização prévia, que um plano ou projecto não directamente relacionado com a gestão do sítio e não necessário para essa gestão, mas susceptível de o afectar de forma significativa, só seja autorizado desde que não afecte a sua integridade (...).

20. A este respeito, este Tribunal já declarou que a autorização de um plano ou de um projecto como o aqui em causa só pode ser concedida na condição de as referidas autoridades terem a certeza de que é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em questão. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de tais efeitos (...).

21. No caso em apreço, o Estudo de Impacte Ambiental refere a existência, na ZPE de Castro Verde, de 17 espécies de aves que constam do anexo I da Directiva 79/409, bem como o elevado grau de sensibilidade de algumas delas às perturbações e/ou à fragmentação do seu habitat resultante do projecto de traçado do sublanço da auto-estrada A2 entre as povoações de Aljustrel e Castro Verde.

22. Resulta igualmente deste estudo que o projecto em questão tem um impacto global «consideravelmente elevado», bem como um «impacto negativo muito significativo» na avifauna presente na ZPE de Castro Verde.

23. Tem pois de se reconhecer que, no momento em que autorizaram a execução do projecto de traçado da auto-estrada A2, as autoridades portuguesas não podiam legitimamente considerar que estava isento de efeitos prejudiciais para a integridade da zona.

24. A circunstância de, após a sua realização, o projecto não ter produzido tais efeitos é irrelevante para esta apreciação. Com efeito, é no momento em que é tomada a decisão que autoriza a execução do projecto que não deve subsistir nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa (...)” (realçado nosso).

Como se vê, o Tribunal do Luxemburgo não pretende substituir-se ao legislador comunitário — ou estadual — no desenho preciso da operação de

avaliação ambiental adequada em sítios da Rede Natura 2000. Sublinhe-se, todavia, a tónica da prevenção reforçada perante bens particularmente frágeis (alguns mesmo em risco de extinção) através da exigência de insubsistência de dúvida razoável sobre os efeitos lesivos do projecto, que aproxima este instrumento da lógica de risco zero cara ao "princípio da precaução". Este é claramente um domínio em que a ponderação de interesses deve ser realizada de acordo com os melhores conhecimentos disponíveis — excluindo, evidentemente, as "avaliações tácitas".

Em contrapartida, o Tribunal descarta o que considera não constituírem diligências para o preenchimento suficiente de tal conceito. Esta postura é detectável num outro caso, que opôs a Comissão à Itália, decidido por Acórdão de 29 de Setembro de 2007 (Caso C-304/05) e que envolveu a renovação de duas pistas de esqui:

"57. No que toca ao conceito de «avaliação adequada», na aceção do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43, importa observar que esta não define nenhum método particular para a realização da mesma.

58. No entanto, o Tribunal já declarou que esta avaliação deve ser concebida de forma que as autoridades competentes possam ter a certeza de que um plano ou um projecto é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa, uma vez que, quando subsista uma incerteza quanto à inexistência de tais efeitos, as referidas autoridades deverão recusar a autorização solicitada (...).

59. Quanto aos elementos com base nos quais as autoridades competentes podem adquirir a certeza necessária, o Tribunal esclareceu que deve ser excluído que subsista alguma dúvida razoável do ponto de vista científico, entendendo-se que as referidas autoridades se devem apoiar nos melhores conhecimentos científicos na matéria (...).

60. Por conseguinte, importa verificar se, no caso em apreço, os efeitos dos trabalhos controvertidos sobre a integridade do sítio em causa foram examinados antes da concessão de autorização de 14 de Fevereiro de 2003, em conformidade com os parâmetros acima enunciados.

*61. Resulta dos autos submetidos ao Tribunal **que antes da concessão de autorização tinha sido feito um determinado número de reflexões preparatórias.** As avaliações susceptíveis de ser consideradas adequadas, na aceção do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43, são,*

por um lado, o estudo do impacto no ambiente estabelecido em 2000 e, por outro, o relatório apresentado em 2002 (...)

62. No que concerne, por um lado, ao **estudo** acima mencionado, **efectuado por um arquitecto por conta de duas empresas de obras públicas, há que observar que, muito embora aborde a questão dos efeitos dos trabalhos considerados na fauna e na flora da zona, sublinha o carácter sumário e pontual do exame** das repercussões no ambiente resultantes do alargamento das pistas de esqui e da construção das infra-estruturas anexas.

63. Importa realçar também que **é o próprio estudo que refere um número considerável de elementos que não foram tomados em consideração**. É assim que preconiza, designadamente, análises morfológicas e ambientais suplementares, bem como um novo exame dos efeitos dos trabalhos, no contexto global, na fauna selvagem em geral e na situação de determinadas espécies protegidas, em particular na zona de floresta a abater.

64. Além disso, o referido estudo considera que a realização dos trabalhos considerados, desejável do ponto de vista económico, deve respeitar um grande número de condições e de prescrições de protecção.

65. Cabe concluir **que o referido estudo não constitui uma avaliação adequada** em que as autoridades nacionais se pudessem basear com vista à concessão de uma autorização dos trabalhos controvertidos em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43.

66. No tocante, por outro lado, ao relatório do IREALP, apresentado em 2002, há que observar que descreve igualmente os trabalhos considerados, examinando o seu impacto no regime hidrológico e na geomorfologia, bem como na vegetação da zona. No que se refere às espécies pelas quais o sítio foi classificado como zona de protecção especial, este relatório não comporta uma análise exaustiva das aves selvagens aí presentes.

67. Se é verdade que o relatório do IREALP indica que as principais perturbações que ameaçam a fauna provêm da destruição dos ninhos na fase de desarborização e da fragmentação do habitat, **esse relatório é, no entanto, caracterizado por numerosas constatações de natureza preliminar e pela ausência de conclusões definitivas**. Com efeito, salienta a importância das avaliações a realizar progressivamente, nomeadamente com base em conhecimentos e precisões susceptíveis de aparecerem ao longo do processo de realização do projecto. Foi, aliás, concebido como uma oportunidade para permitir a apresentação de outras propostas de melhoria do balanço ambiental das operações consideradas.

68. Decorre destes elementos que **o relatório do IREALP também não pode ser considerado uma avaliação adequada** do impacto dos trabalhos controvertidos na zona de protecção especial IT 2040044.

69. Resulta do conjunto das considerações que precedem que quer o estudo de 2000 quer o relatório de 2002 se caracterizam por lacunas e pela falta de constatações e de conclusões completas, precisas e definitivas, susceptíveis de dissipar qualquer dúvida científica razoável quanto aos efeitos dos trabalhos que estavam previstos para a zona de protecção especial em questão.

70. Ora, constatações e conclusões dessa natureza eram indispensáveis para que as autoridades competentes pudessem ter a certeza necessária para tomar a decisão de autorização dos referidos trabalhos" (realçado nosso).

A integração da zona na rede Natura 2000 implica a sua *blindagem* contra todo um conjunto de intervenções não directamente relacionadas com a gestão do sítio as quais, não cabendo nos quadros da AIA, deverão sujeitar-se a avaliação de incidências. Esta operação, independentemente dos seus moldes concretos, terá, em primeira linha, que ponderar alternativas. Só se estas não forem viáveis se poderá admitir a possibilidade de intervenção. A ponderação de cenários alternativos deve ser exaustiva, como se observou no Acórdão Castro Verde (*cit.*).

A avaliação terá, portanto, que demonstrar o esgotamento das alternativas e atestar a não lesividade da intervenção, sob pena de esta dever, em regra, ser recusada. Excepcionalmente, contudo, e em nome de razões de interesse público superior, a intervenção poderá ser viabilizada perante um juízo negativo, nos termos do artigo 6/4 — mas submetida a uma monitorização próxima da Comissão (sobretudo nos casos do segundo parágrafo do nº 4) e com contrapartidas (medidas compensatórias) do Estado-membro.

Uma descrição particularmente intensa deste *iter* é-nos dada no caso Comissão contra a Itália (Caso C-304/05), *supra* citado, tendo o Tribunal de Justiça concluído pela não observância dos requisitos descritos no artigo 6/3 e 4 da directiva 92/43/CE quando da renovação das pistas de esqui *Bucaneve* e *Edelweiss*:

"74. A Comissão considera que era evidente que os trabalhos previstos podiam prejudicar gravemente a integridade da zona em

questão. Ora, não foi seriamente considerada nenhuma alternativa. Com efeito, o Decreto Regional n.º13879, de 30 de Maio de 2000, tinha evocado a possibilidade de não renovar as pistas de esqui «Bucaneve» e «Edelweiss», mantendo na medida do possível o traçado actual, para posteriormente deixar de defender esta posição.

75. Daí deduz a Comissão que o projecto foi autorizado quando existiam outras soluções menos prejudiciais para o ambiente da referida zona, que não foram entretanto tomadas em consideração pelas autoridades nacionais.

76. A Comissão alega também que a realização dos trabalhos não era justificada por razões imperativas de reconhecido interesse público. Além disso, não tinha sido prevista nenhuma medida compensatória.

77. A República Italiana sustenta que os trabalhos controvertidos foram objecto de um duplo processo de autorização. Assim, a parte inicial do traçado e as instalações entre Santa Caterina e Plaghera foi considerada compatível com o ambiente por força do Decreto Regional n.º13879, de 30 de Maio de 2000, completado por um parecer favorável posterior do Conselho Regional da Lombardia. Para a parte do projecto situada entre Plaghera e Valle dell'Alpe, foi iniciada uma fase de revisão do projecto após indicações que constavam do relatório do IREALP, a fim de dar início ao processo de avaliação do impacto ambiental.

(...)

80. Em face da justeza da acusação baseada na violação do artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 92/43, há que determinar se a autorização de 14 de Fevereiro de 2003 respeitava as exigências enunciadas no artigo 6.º, n.º 4, da directiva.

81. Esta disposição prevê que, no caso de, não obstante as conclusões negativas da avaliação feita em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3, primeira frase, desta directiva, um plano ou projecto dever, contudo, ser realizado por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-Membro tomará, quando não existem soluções alternativas, todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000.

82. Como o Tribunal realçou (...) no já referido acórdão Comissão/Portugal [Castro Verde], **o artigo 6.º, n.º 4, da mesma directiva deve**, enquanto disposição derogatória do critério de autorização enunciado na segunda frase do n.º 3 do referido artigo, **ser objecto de interpretação estrita.**

83. Importa realçar, além disso, que **o artigo 6.º, n.º 4, da Directiva 92/43 só se pode aplicar após as repercussões de um plano ou de um**

projecto terem sido analisadas, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, desta directiva. Com efeito, o conhecimento destas incidências à luz dos objectivos de conservação relativos ao local em causa constitui uma condição prévia indispensável à aplicação do referido artigo 6.º, n.º 4, pois, na falta destes elementos, nenhuma condição de aplicação desta disposição derogatória pode ser examinada. O exame de eventuais razões imperativas de reconhecido interesse público e a existência de alternativas menos prejudiciais para a zona exigem, com efeito, uma ponderação no que se refere aos prejuízos causados ao sítio pelo plano ou projecto previsto. Além disso, com o objectivo de determinar a natureza de eventuais medidas compensatórias, devem ser identificados, com precisão, os impactos negativos no referido sítio.

84. Ora, decorre das considerações que precedem que as autoridades nacionais não dispunham destes dados no momento em que foi tomada a decisão de conceder a autorização de 14 de Fevereiro de 2003. Daí resulta que a autorização não pode ter sido baseada no artigo 6.º, n.º 4, da Directiva 92/43.

85. Por conseguinte, a autorização de 14 de Fevereiro de 2003 não era conforme com o artigo 6.º, n.º 4, da Directiva 92/43" (realçados nossos).

3. Apesar do largo espectro coberto pelos procedimentos de AIA e de incidências (quando o segundo adquira autonomia em face do primeiro), subsistiam "fugas", como se descortina na análise da jurisprudência, a estas obrigações de prevenção de danos ambientais. Além disso, constata-se gradualmente ser a AIA um instrumento curto para ponderar antecipadamente riscos ambientais, uma vez que este instrumento é aplicável a projectos, ou seja, ideias de intervenção no meio com uma densidade considerável (mesmo quando em fase de anteprojecto). Cumpria, portanto, conceber um procedimento através do qual se pudessem traçar perspectivas alternativas de afectação do território em função de coordenadas de salvaguarda do ambiente em harmonia com possibilidades de desenvolvimento económico.

Assim se importou mais um procedimento do sistema norte-americano: a avaliação ambiental estratégica. A *strategic environmental assessment* foi introduzida no ordenamento europeu através da directiva 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Junho, na sequência da conclusão da Convenção sobre avaliação de impacto transnacional,

celebrada entre a ONU e a Comissão Económica para a Europa em 1991 (depois complementada pelo Protocolo de Kiev, de 2003). O Considerando 4º do Preâmbulo apresenta-a nos termos seguintes:

"A avaliação ambiental constitui um instrumento importante de integração das considerações ambientais na preparação e aprovação de determinados planos e programas que possam ter efeitos significativos no ambiente nos Estados-Membros, uma vez que garante que os efeitos ambientais da aplicação dos planos e programas são tomados em consideração durante a sua preparação antes da sua aprovação".

A novidade deste procedimento não permite ainda referenciar decisões jurisprudenciais. Na verdade, para além de algumas condenações por incumprimento, por atraso na transposição da directiva (entre as quais, de Portugal²¹), estão neste momento pendentes no Tribunal de Justiça dois incidentes de reenvio prejudicial:

- um, proveniente do Conselho de Estado belga, num processo que opõe a *Terre Wallone à Région Wallone* (proc. C-105/09). Pretende o *Conseil d'État* saber se os programas de gestão do azoto para zonas vulneráveis, cuja criação é imposta pelo artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 91/676/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa à protecção das águas contra a poluição causada por nitratos de origem agrícola, são planos ou programas para os efeitos da directiva 2001/42/CE;

- outro, enviado pelo *High Court of Justice* da Irlanda do Norte, em que é recorrente a empresa *Seaport (NI) Limited* e recorrido o *Department of the Environment for Northern Ireland* (proc. C-182/09). Neste processo está em causa saber se a directiva se deve aplicar a procedimentos de aprovação de planos que se iniciaram antes de 21 de Junho de 2004 (data do término do prazo de transposição) e se, caso tenha sido assim entendido, a autoridade competente pode rever esta decisão em 2007, invocando a impossibilidade de aprovação do plano em conformidade com a directiva.

²¹ Acórdão de 24 de Maio de 2007, Comissão contra Portugal, Caso C- 376/06. Portugal transpôs a directiva 2001/42 através do DL 232/2007, de 15 de Junho (com três anos de atraso, portanto).

Outros pontos problemáticos revelar-se-ão, porventura, por um lado, as situações de dispensa de avaliação estratégica em casos de alterações diminutas aos planos e programas e, por outro lado, a articulação deste procedimento com a AIA²².

Lisboa, Novembro de 2009

Carla Amado Gomes
carlamadogomes@fd.ul.pt

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

²² Sobre esta última questão, no direito nacional, vejam-se Tiago SOUZA D'ALTE e Miguel RAIMUNDO, **O regime de avaliação ambiental de planos e programas e a sua integração no edifício da avaliação ambiental**, in *RJUA*, n.ºs 29/30, 2008, pp. 125 segs.

Lista de Acórdãos do Tribunal de Justiça citados

(consultados em <http://curia.europa.eu/>)

Acórdãos de 18 de Março de 1980, Casos 91/79 e 92/79 (*Comissão contra a Itália*)

Acórdão de 9 de Agosto de 1994, Caso 396/92 (*Bund Naturschutz Bayern*)

Acórdão de 2 de Maio de 1996 Caso C-133/94 (*Comissão contra a Bélgica*)

Acórdão de 24 de Outubro de 1996, Caso C-72/95 (*Kraaijeveld*)

Acórdão de 18 de Junho de 1998, Caso C-81/96 (*Burgemeester*)

Acórdão de 22 de Outubro de 1998, C-301/95 (*Comissão contra a Alemanha*)

Acórdão de 16 de Setembro de 1999, Caso C-435/97 (*WWF*)

Acórdão de 21 de Setembro de 1999, Caso C-392/96 (*Comissão contra a Irlanda*)

Acórdão de 21 de Janeiro de 1999, Caso 150/97 (*Comissão contra Portugal*)

Acórdão de 19 de Setembro de 2000, Caso C-287/98 (*Lynster*)

Acórdão de 14 de Junho de 2001, Caso 230/00 (*Comissão contra a Bélgica*)

Acórdão de 13 de Junho de 2002, Caso C-474/99 (*Comissão contra a Espanha*)

Acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Caso 201/02 (*Delena Wells*)

Acórdão de 29 de Abril de 2004, Caso C-117/02 (*Comissão contra Portugal – Parque Natural Sintra-Cascais*)

Acórdão de 7 de Setembro de 2004, Caso C-127/02 (*Lanelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee*)

Acórdão de 16 de Setembro de 2004, Caso C-227/01 (*Comissão contra a Espanha*)

Acórdão de 16 de Março de 2006, Caso C- 332/04 (*Comissão contra a Espanha*)

Acórdão de 4 de Maio de 2006, Caso C-508/03 (*Comissão contra o Reino Unido*)

Acórdão de 14 de Setembro de 2006, Caso C-244/05 (*Bund Naturschutz Bayern II*)

Acórdão de 26 de Outubro de 2006, Caso C-239/04 (*Comissão contra Portugal – Castro Verde*)

Acórdão de 23 de Novembro de 2006, Caso 486/04 (*Comissão contra a Itália*)

Acórdão de 29 de Setembro de 2007, Caso C-304/05 (*Comissão contra a Itália*)

Acórdão de 24 de Maio de 2007, C- 376/06 (*Comissão contra Portugal*)

Acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, Caso C-2/07 (*Abraham*)

Acórdão de 3 de Julho de 2008, Caso C-215/06 (*Comissão contra Irlanda*)

Acórdão de 20 de Novembro de 2008, Caso C-66/06 (*Comissão contra a Irlanda*)

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL NA FORMAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Sumário: **1.** INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA **2.** A RELEVÂNCIA DA AIA NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS **2.1.** Considerações gerais **2.2.** O regime pioneiro da formação de parcerias público-privadas **2.3.** O regime do Código dos Contratos Públicos **2.3.1.** O âmbito de aplicação da regra sobre precedência da AIA na formação dos contratos públicos: ultrapassar o carácter restritivo do artigo 43º do CCP **2.3.2.** Os “estudos ambientais, incluindo a DIA” como parte do caderno de encargos **2.4.** Formação de contratos públicos e Avaliação Ambiental de Planos e Programas **2.5.** Formação de contratos públicos e outros actos autorizativos **3.** A RELEVÂNCIA DA AIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS **3.1.** A AIA em contratos de obra com obrigações de concepção **3.2.** Vicissitudes da DIA e vicissitudes do contrato: os paralelos tocam-se?

1. Introdução e colocação do problema

Existe, actualmente, todo um edifício jurídico constituído por normas constitucionais, internacionais, europeias e nacionais, destinado à aferição prévia e à redução dos impactos ambientais¹.

O modelo de Estado que é o nosso, que se situa algures entre o Estado infra-estrutural e o Estado-prestador, ainda com tarefas directas – em alguns casos constitucionalmente impostas – de prestação de bens e serviços aos cidadãos, leva a que se multipliquem os casos onde os impactos ambientais são provocados por projectos de iniciativa ou responsabilidade públicas, abrangendo aqui todos os projectos levados a cabo por entidades que, mesmo dotadas de forma jurídico-privada, constituem afinal entidades sujeitas a uma influência dominante por parte de entidades com personalidade jurídico-pública, justificando o seu qualificativo de entidades administrativas privadas².

¹ A propósito, v. TIAGO SOUZA D'ALTE/MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *O regime de avaliação ambiental de planos e programas e a sua integração no edifício da avaliação ambiental*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, (nº 29/30 (Janeiro-Dezembro)), 2008.

² Sobre o fenómeno, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos. Contributo para a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa face às entidades empresariais instrumentais da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 47 ss., com referências.

Acrescentando a estes dados um último, que se prende com o recurso intenso ao mecanismo do contrato para a efectivação dos projectos de iniciativa pública (por alternativa ao sistema dito de *administração directa*), torna-se premente compreender que tipo de relação poderá existir entre o momento e a actividade de avaliação de impactos ambientais e o momento da efectivação, com recurso ao mercado, dos projectos públicos causadores desses impactos.

No tradicional mecanismo da avaliação de impactos ambientais de projectos temos um promotor (que paradigmaticamente nos aparece, sobretudo, como promotor *privado*³); uma entidade pública que efectua a avaliação dos impactos; e os potenciais afectados pelos impactos ambientais, como os três vértices imaginários (e algo simplificados) de um triângulo. O presente trabalho concentra-se num desses vértices – o do promotor do projecto – e explora as particularidades de uma situação específica, podemos dizer um *desdobramento* ou uma *declinação* dessa posição: aquela situação onde não só o promotor é uma entidade pública, mas onde também tem de ter-se em conta que esse promotor não irá, directamente, proceder à efectivação do projecto que é objecto de avaliação de impacto ambiental (doravante, apenas AIA), mas irá contratar um terceiro que irá fazê-lo ao abrigo de uma relação contratual para esse efeito constituída.

A análise do tema em apreço, embora pudesse ser feita antes da emergência de um Código dos Contratos Públicos⁴, desde logo porque já existia, antes do Código, um regime específico de articulação entre o procedimento de AIA e o procedimento pré-contratual de formação de contratos públicos em matéria de parcerias público-privadas, posto em vigor pelas alterações introduzidas ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho (v. *infra*), ganha nova pertinência ao abrigo daquele diploma.

³ CARLA AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental. Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos*, in CARLA AMADO GOMES, *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, Vol. II, Lisboa: AAFDL, 2008, pp. 303 ss., 333-334.

⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, e entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro.

Com efeito, o CCP, com o seu vasto âmbito de aplicação subjectiva e objectiva em matéria de procedimentos de formação de contratos (cf. artigos 2º, 7º e seguintes e 275º e seguintes para o âmbito subjectivo; 1º, n.º 2, 4º a 6º, 16º, sobretudo, para o âmbito objectivo), abrange, sem a menor dúvida, numerosas entidades públicas, independentemente da sua forma jurídica (pública ou privada), bem como entidades *verdadeiramente privadas* (por exemplo, beneficiárias de subsídios públicos, ou dotadas de direitos de exclusivo na exploração de bens públicos, ou concessionárias de serviços públicos); e abrange, da mesma forma, um conjunto muitíssimo vasto de contratos celebrados por essas entidades. Assim, pode afirmar-se que veio conferir um tratamento com valia realmente *genérica* à matéria que nos ocupa, quer através da referência directa que o CCP faz aos “estudos ambientais” e à “declaração de impacto ambiental”, no seu artigo 43º, n.º 5, alínea c), quer por via das repercussões indirectas do regime da AIA no universo dos contratos públicos, que agora podem ser enquadradas de forma mais clara tendo em conta certos institutos consagrados pelo CCP.

Parece justificar-se, pois, uma análise pormenorizada das soluções em vigor nesta matéria, até porque se a temática da integração, nos procedimentos de contratação pública, da ponderação de dimensões de política (*policy*) pública (como a dimensão ambiental), tem sido muito estudada entre nós e no estrangeiro, isso tem acontecido sobretudo a propósito da integração de critérios ambientais na escolha de concorrentes e de propostas (cf. agora o artigo 49º/7 e 8 e o artigo 165º/1/d), ambos do CCP)⁵; são muito mais escassos, até ao momento, estudos sobre aquele que é o objecto do presente trabalho, a saber, a influência dos actos que efectuam

⁵ Cf., entre nós, MARTA REBELO, *A dimensão ambiental das regras comunitárias de contratação pública: «os critérios de adjudicação relativos à protecção do ambiente» na jurisprudência do TJCE*, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, (nº 20, Dezembro 2003), 2003, pp. 81-96; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um olhar português*, Coimbra: Almedina, 2006, 56 e ss.; CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 555 e ss.; e na Doutrina estrangeira, PETER KUNZLIK, «Green Procurement» Under the New Regime, in RUTH NIELSEN/STEEN TREUMER, *The New EU Public Procurement Directives*, Copenhagen: Djof Publishing, 2005, 117-148; FRANCESCA SPAGNUOLO, *Il Green Public Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, **Anno XVI**, (2), 2006, 397-420.

a ponderação da dimensão ambiental, com relevo para a DIA, na formação e na execução dos contratos públicos⁶.

2. A relevância da AIA na formação dos contratos públicos

2.1. Considerações gerais

O princípio essencial em matéria de avaliação de impactos ambientais é o de que os mesmos devem ser aferidos tão cedo quanto possível no processo de decisão da sua efectivação, de modo a possibilitar que os impactos sejam reduzidos na fonte ou mesmo, no limite, a possibilitar que a decisão de levar por diante o projecto possa ser posta em causa, caso a extensão dos impactos não seja considerada comportável pela comunidade.

Pode mesmo falar-se, porventura, num princípio de antecipação máxima da avaliação dos impactos, princípio que explica o surgimento de instrumentos de aferição de impactos que têm por objecto, não apenas os concretos projectos que podem afectar valores ambientais, mas, a montante desses projectos, os próprios instrumentos de planeamento e estratégia que os enquadram – ou seja, os planos e programas, onde muitas vezes as decisões são tomadas⁷. Esta antecipação progressiva do juízo de avaliação de impacto ambiental seguiu uma linha indutiva, onde se partiu do concreto para o abstracto, se assim podemos expressar-nos. Não foi por acaso que os primeiros regimes de avaliação de impactos ambientais a vingar foram os da avaliação do impacto ambiental *de projectos*, só depois se passando para um nível superior, de avaliação dos impactos *das decisões estratégicas e de planeamento*: este movimento do concreto para o abstracto surge, de certo modo, como uma tomada de consciência de que a “primeira” decisão essencial com impactos ambientais, a decisão de fazer certa coisa, em certo sítio, já surgia predeterminada, por vezes *mal*, quando se chegava à fase de

⁶ V., ainda que limitado à fase de formação do contrato, o importante estudo de M. VAN VALKENBURG/M C J NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures for Environmental Impact Assessment for High Level Infrastructure with Public Procurement Procedures*, in *Journal of Public Procurement*, **6**, (3), 2006.

⁷ Sobre o regime da avaliação ambiental de planos e programas, também designado, de forma sugestiva, como um regime de *avaliação ambiental estratégica*, traçando as diferenças de funções e meios entre essa avaliação e a avaliação de projectos, v. SOUZA D'ALTE/RAIMUNDO, *O regime de avaliação ambiental de planos e programas*, com referências.

avaliação de impacto ambiental de projectos⁸. Na prática, esta última fase surgia apenas para procurar atingir o *mal menor*, ou seja, para mitigar os impactos ambientais que, por uma decisão prévia, de nível mais elevado, já haviam sido de certo modo consumados.

Tendo em conta o referido princípio de máxima antecipação da avaliação da componente ambiental no âmbito do processo decisório de realização de uma infra-estrutura por iniciativa ou com finalidade pública, torna-se desde logo necessário responder a um conjunto de interrogações, quando essa infra-estrutura seja feita com o concurso de agentes económicos para o efeito contratados.

Com efeito, embora não possamos dizer que procedimento de AIA e declaração de impacto ambiental, por um lado, e procedimento de formação do contrato e acto de adjudicação, por outro, se coloquem numa relação de pré-ordenação – a DIA não é “acto prévio” relativamente à adjudicação de um procedimento para a formação do contrato que suporta a construção do projecto sujeito a AIA – há, não obstante, um esforço de coordenação *procedimental* a fazer, como veremos⁹. Esse esforço de coordenação entre procedimentos (e as correspondentes análises e ponderações administrativas) que servem interesses ou finalidades diversas tem sido visível na nossa Doutrina a propósito, sobretudo, dos novos ramos do Direito Administrativo especial, encontrando-se tentativas de apreender a articulação adequada entre os procedimentos de AIA, de licença ambiental, de avaliação ambiental de planos e programas, de licença industrial, de licenciamento urbanístico e de implantação comercial, para dar apenas alguns exemplos¹⁰. O próprio legislador já assumiu, por diversas vezes, o difícil

⁸ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS/MARIA ALEXANDRA DE SOUSA ARAGÃO/MARIA ANA BARRADAS TOLEDO ROLLA, *Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal - Comentário*, Coimbra: CEDOUA, 2002, nota 23 ao artigo 2º, p. 37.

⁹ Falando, de modo expressivo, em “interweaving”, ou seja, literalmente, “entrançamento” ou “entretecimento” de procedimentos, veja-se VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures...*

¹⁰ V. sobre isto CARLA AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...* 326 ss.; DELGADO ALVES, PEDRO, *O novo regime jurídico do licenciamento ambiental*, in CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES (Org.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008*, Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 193-233 (223 ss.); MARTA PORTOCARRERO, *Autorização para implantação comercial e licenciamento urbanístico: Formas de coordenação procedimental*, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, (nº 23/24,

ónus de procurar estabelecer uma articulação mais rápida e eficiente da teia de múltiplas análises e avaliações por que passam determinados projectos – isso é visível, por exemplo, no regime da avaliação de planos e programas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, onde se permite, reunidos certos pressupostos, uma tramitação unitária desse procedimento com o procedimento de AIA de projectos¹¹, ou no regime dos Projectos de Interesse Nacional (PIN), onde se prevê a figura da conferência decisória, que suporta o decurso simultâneo, em paralelo, dos diversos procedimentos necessários à implementação do projecto¹².

O presente estudo constitui, assim, mais um caso onde se procura apreender aquilo a que já se chamou os “nódulos problemáticos”¹³ na articulação entre procedimentos (e entre actos que resultam desses procedimentos) que tratam de facetas diversas de uma mesma realidade (neste caso, um determinado projecto).

As interrogações emergentes de um “cruzamento” entre o procedimento de AIA, quando imposto para um determinado projecto e o procedimento de formação de um contrato público que servirá de suporte jurídico à actividade material de implantação desse projecto podem ser sintetizadas, numa primeira análise, desta forma:

(i) quem deve tomar a iniciativa do procedimento de AIA, o promotor público ou o agente económico privado que irá levar a cabo o projecto?

(ii) o procedimento de AIA deve ter lugar antes ou depois de se solicitar ao mercado a elaboração de propostas para a realização da infra-estrutura? No caso de ter lugar antes, que tipo de vinculação, se alguma, se estabelece entre o acto decisório da AIA e os instrumentos que enquadram o procedimento de formação do contrato?

Janeiro/Dezembro), 2005, pp. 183-201; SOUZA D'ALTE/RAIMUNDO, *O regime de avaliação ambiental de planos e programas*, n.ºs 3 e 4.

¹¹ Sobre este ponto, v. SOUZA D'ALTE/RAIMUNDO, *O regime de avaliação ambiental de planos e programas*, n.º 4.

¹² V. Carla AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...* 329.

¹³ Cf. o título do estudo de Carla AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental. Panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos*, já citado.

(iii) quem suporta os custos com o procedimento de AIA, com a implementação das medidas de atenuação ou eliminação de impactos ambientais, e os eventuais riscos de alteração da declaração de impacto ambiental?

2.2. O regime pioneiro da formação de parcerias público-privadas

Considera-se, hoje, que o procedimento de formação de um contrato público pode e deve dar resposta às interrogações que acabamos de enunciar no ponto precedente: isso a bem da concorrência e da clareza das relações contratuais estabelecidas entre as entidades públicas e os agentes económicos que com elas colaboram na efectivação de infra-estruturas.

Entre nós, esta preocupação foi legislativamente formulada em resultado da experiência de aplicação do regime jurídico das parcerias público-privadas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, já referido. Foi esta experiência de aplicação do regime das PPP – com as dúvidas sérias surgidas a propósito da integração dos aspectos de avaliação de impacto ambiental – que levou o legislador a alterar o Decreto-Lei n.º 86/2003, por meio do Decreto-Lei n.º 141/2006, também já mencionado. Não surpreende, diga-se, que tenha sido a propósito deste tipo de contratos que surgiu a primeira concretização legislativa da interacção entre procedimento pré-contratual e procedimento de AIA, atento o facto de as PPP consubstanciarem, por natureza, projectos que produzem elevados impactos (não apenas mas também) ambientais, e onde por isso a componente financeira envolvida no planeamento e redução desses impactos pode representar valores muito significativos¹⁴. Deve notar-se que também em outros ordenamentos os projectos de PPP e PFI (*Private Finance Initiative*) serviram de “tubo de ensaio” para soluções específicas em matéria de articulação entre AIA e procedimento de contratação¹⁵.

As alterações trazidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006 traduziram-se, no que nos interessa agora, no aditamento de novos n.ºs 4, 5 e 6 ao artigo 6º, e do n.º 4, alínea h), ao artigo 10º, ambos do Decreto-Lei n.º 86/2003. Vale a pena atender aqui com algum cuidado ao sentido desses preceitos, não só porque

¹⁴ Cf. NAZARÉ COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, Coimbra: Almedina, 2009, 177.

¹⁵ Mencionando o exemplo holandês, VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures...*

eles espelham uma determinada opção quanto à integração dos procedimentos de AIA com os procedimentos pré-contratuais, que nos parece coincidente com aquela que foi adoptada com carácter genérico pelo CCP, mas também porque, como veremos, tais preceitos do regime das PPP devem ser convocados para resolver certas insuficiências do regime que o mesmo CCP veio estabelecer quanto a esta matéria.

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006 estabeleceram que a situação considerada óptima pelo legislador, aquando do lançamento de uma parceria público-privada que envolva a necessidade de AIA, de acordo com o respectivo regime, é aquela em que a declaração de impacto ambiental (doravante, apenas DIA) é obtida previamente ao lançamento da parceria (cf., expressamente, o artigo 6º/4 do Decreto-Lei n.º 86/2003). Em complemento desta norma, dispõe-se que um dos elementos do despacho conjunto que autoriza o lançamento da parceria deve ser a DIA, quando exigível nos termos da legislação aplicável (cf. artigo 10º/4/h) do Decreto-Lei n.º 86/2003).

Estas normas conferem um sentido normativo preciso à referência um pouco ambígua feita na alínea d) do n.º 1 do mesmo artigo 6º às autorizações de “natureza ambiental”: de acordo com o novo n.º 4 torna-se claro que o legislador pretende que a questão dos impactos ambientais já esteja resolvida quando se pede aos agentes económicos que façam uma proposta para a efectivação da parceria.

Os motivos para esta preferência resultam da parte final dessa alínea h) do n.º 1 do artigo 6º: pretende-se desta forma “permitir que todo o risco da execução seja ou possa ser transferido para o parceiro privado”. O “risco de execução” consiste no risco de a execução da parceria ser atrasada ou tornada mais onerosa em razão de atrasos ou alterações ditadas pelo procedimento de AIA. Também por isso, dispõe o novo n.º 6 do artigo 6º que “[n]os casos em que sejam apresentadas propostas com variantes assentes em pressupostos diferentes daqueles que serviram de base à declaração de impacte ambiental, os riscos inerentes à variante correm exclusivamente por conta do parceiro privado”.

Assim, o legislador assegura que quando se convoca o mercado para o procedimento que irá dar lugar à celebração do contrato de suporte da parceria, todos os seus termos que dependem de terceiros – e que estão por isso fora do controlo da entidade pública contratante – ou estão definidos à partida e têm uma contraprestação do parceiro privado também bem definida, ou pelo menos têm o respectivo risco integralmente transferido para o parceiro privado (no caso de adjudicação de proposta variante que altere os pressupostos da DIA – artigo 6º/6 do Decreto-Lei n.º 86/2003). Desta forma “blinda-se” o contrato, ao reduzir o espaço de indeterminação das prestações das partes e ao transferir para o privado o risco de quaisquer vicissitudes inesperadas dos procedimentos ou dos actos de autorização que envolvam a ponderação de impactos ambientais.

Para além desta motivação, referente à *alocação do risco de execução* na parceria, uma outra parece ainda poder ser chamada à colação: a necessidade de acautelar o princípio da concorrência, quando a parceria seja contratada por meio de procedimento aberto a mais do que um agente económico¹⁶. A manutenção, ao longo da sua execução, da feição essencial de um contrato que tenha sido precedido de um procedimento concorrencial é uma garantia básica do princípio da concorrência: isso era já reconhecido pela Doutrina mesmo sem base legal expressa¹⁷, resulta hoje perfeitamente claro do CCP (v. artigos 99º/1 e 313º/2) e flui com não menos clareza da jurisprudência europeia, que tem vindo a discutir, precisamente, onde se situa a fronteira entre a modificação de um contrato pré-existente por acordo e

¹⁶ Procedimento que pode ser até o ajuste directo, que hoje, no CCP, quando tenham sido convidados a apresentar proposta pelo menos dois agentes económicos, é um procedimento onde está assegurada uma tramitação concorrencial, como referimos noutro lugar: MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos*: (entregue para publicação nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia), 2009.

¹⁷ Assim, PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1989, pp. 913-959; v. também LOURENÇO B. MANOEL DE VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício)*, Lisboa: AAFDL, 2007.

algo que já ultrapassa a simples modificação e deve por isso ser tratado, para efeitos pré-contratuais, como uma “nova adjudicação”¹⁸.

Assim, a regra de precedência da DIA face ao acto de lançamento da parceria também serve, do nosso ponto de vista, para garantir a identidade essencial entre o objecto submetido a procedimento pré-contratual concorrencial e o objecto do contrato. Serve, numa palavra, para evitar que seja posto à concorrência o projecto X, e que afinal venha a ser efectivado, por alterações posteriores à adjudicação, e decorrentes da AIA, o projecto Y, que eventualmente, se tivesse sido colocado a concurso, poderia ter obtido melhores propostas de outros agentes económicos que não o que veio a ser adjudicatário do projecto inicial X.

2.3. O regime do Código dos Contratos Públicos

2.3.1. O âmbito de aplicação da regra sobre precedência da AIA na formação dos contratos públicos: ultrapassar o carácter restritivo do artigo 43º do CCP

O CCP trata o problema da AIA em sede de formação de contratos públicos no contexto dos requisitos das peças procedimentais de certos procedimentos. Mais exactamente, refere-se-lhe ao detalhar os elementos necessários nos cadernos de encargos de procedimentos de formação de contratos de empreitada de obras públicas, como resulta expressamente do n.º 1 do artigo 43º.

No entanto, é necessário ultrapassar o carácter restritivo do artigo 43º, n.º 1, em pelo menos duas situações, se bem vemos; uma dessas situações é imposta pela própria lei, embora não directamente, e a outra só se retira de considerações sistemáticas.

A primeira situação em que é necessário admitir a aplicação adaptada do artigo 43º a procedimentos de formação de contratos que não são contratos de empreitada de obras públicas é a dos contratos mistos, quaisquer que eles sejam, com componente de obra pública, nos termos do artigo 32º,

¹⁸ Sobre isto, PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato. Anotação do Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19.6.2008, P. C-454/06, in Cadernos de Justiça Administrativa, (73), Janeiro/Fevereiro 2009, pp. 3-22.*

n.ºs 2, 3, 4, 6 e 8 do CCP. Com efeito, desses complexos preceitos resulta que, por exemplo, um procedimento de formação de um contrato misto de prestação de serviços que envolva uma prestação típica do contrato de empreitada de obras públicas (cf. para o elenco dessas prestações o artigo 343º do CCP) está sujeito aos “trâmites procedimentais específicos, devidamente conjugados, dos procedimentos de formação de todos os contratos cujas prestações típicas sejam objecto do contrato misto a celebrar” (cf. artigo 32º, n.º 4, com formulação essencialmente idêntica a propósito de outras situações, nos n.ºs 6 a 8 do mesmo artigo).

Trata-se de uma regra que, embora podendo causar algumas dificuldades de aplicação, se adequa na perfeição à tutela de um dos principais interesses que é preciso acautelar num procedimento de formação de um contrato público que envolve uma componente de obra: o interesse na perfeita e completa comunicação prévia aos concorrentes dos elementos de orientação da sua prestação, que é obviamente pressuposto da boa execução da obra, sem derrapagens de custos, permitindo uma efectiva fiscalização da obra e garantindo a sua conformação ao interesse público. No aspecto que especificamente nos ocupa, estas considerações ganham redobrada força: supondo que num determinado contrato misto há uma componente de obra que deve estar sujeita a AIA, a lógica determina que, na linha do regime do artigo 43º, seja colocada a mesma exigência que é feita para um simples contrato de empreitada de obra pública – a saber, como veremos melhor adiante, a de precedência da emissão da DIA face à elaboração do caderno de encargos e ao lançamento do procedimento. Não se compreenderia que o simples facto de um projecto com relevante impacto ambiental não ser levado a cabo por um contrato de empreitada de obra pública mas por um contrato misto com componente de empreitada de obra pública levasse a uma diferença de regime tão significativa.

Assim, parece-nos que, ainda que em rigor o artigo 43º não se refira a um “trâmite” (no sentido de fase ou sub-fase do procedimento de formação), ele refere-se a um traço de regime específico dos procedimentos de formação de contratos de empreitada de obra pública, traço de regime que deve igualmente encontrar aplicação nos casos de (outros) contratos públicos que

tenham uma componente de obra, seguindo dessa forma o espírito das normas dos n.ºs 4, 6 e 8 do artigo 32º, que é, numa palavra, a de fazer acompanhar o carácter misto do *contrato* pelo carácter misto do *próprio procedimento de formação* desse contrato.

A segunda situação em que, do nosso ponto de vista, também há que aplicar o artigo 43º do CCP fora do âmbito de aplicação por si estritamente delimitado (o dos contratos de empreitada de obra pública), é a da formação de um outro contrato administrativo típico, onde se opera a construção de uma obra pública: falamos, claro, do contrato de concessão de obra pública, definido no artigo 407º, n.º 1, do CCP como "o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço".

A solução que preconizamos só pode sustentar-se com um recurso crítico aos dados do sistema, pois do ponto de vista literal, ela não surge apoiada por qualquer norma expressa neste sentido, naquilo que nos parece uma falha do pensamento legislativo. Com efeito, o contrato de concessão de obra pública não é um contrato misto de concessão e de empreitada; é um contrato administrativo legalmente típico, que envolve uma prestação de execução (ou de concepção e execução, como sublinha a lei) de uma obra pública; como se dizia no Direito anterior (cf. artigo 1º, n.º 2, do revogado Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), a concessão de obra pública é um meio de realizar uma obra pública, a par de outros (a empreitada e a administração directa) e tão idóneo e autónomo como eles. A concessão distingue-se do tipo contratual próximo da empreitada, porque nesta a contrapartida do empreiteiro não consiste no direito à exploração temporária da obra executada, mas sim em outra contrapartida onerosa (artigo 343º, n.º 1), que pode, aliás, estar presente na concessão de obra, mas mesmo quando esteja, é sempre acompanhada do direito de exploração: artigo 407º, n.º 1. Por não ser um contrato misto, não lhe são consequentemente aplicáveis as regras do artigo 32º, n.ºs 4, 6 e 8, que resolveriam o problema. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 43º do CCP restringe expressamente o seu âmbito de aplicação aos

contratos de empreitada de obra pública (e não, ao contrário da formulação utilizada em outros lugares do Código, aos contratos que tenham uma prestação típica do contrato de empreitada); as únicas regras específicas sobre o conteúdo das peças procedimentais dos contratos de concessão – as do artigo 44º do CCP – não remetem para, nem ressalvam, o artigo 43º; e finalmente, o CCP não contém em parte alguma uma norma que remeta em globo o procedimento de formação dos contratos de concessão de obra pública para as regras aplicáveis à formação dos contratos de empreitada de obra pública, ao contrário do que acabava por suceder na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, onde se entendia que era precisamente esse o regime aplicável em tudo o que não fosse disposto de forma diversa pelos artigos 243º a 252º daquele diploma, e ao contrário do que sucede no CCP, mas quanto ao regime da execução das obras integradas no objecto da concessão (cf. o artigo 426º do CCP).

Mas a ausência de dados legislativos expressos não pode impedir o intérprete de chegar às conclusões adequadas. Essa é a tarefa do jurista, que não pode limitar-se à mera exegese do texto legal, tentação presente em períodos imediatamente posteriores à codificação, como é o caso.

Por isso, pensamos que os dados do sistema devem levar a considerar que os cadernos de encargos de procedimentos de formação de contratos de concessão de obra pública devem igualmente seguir o regime do artigo 43º do CCP, o que implica também que quando os projectos neles corporizados estejam sujeitos a AIA, essa AIA deva preceder o lançamento do projecto. Esta é a solução inculcada pela identidade de situações, neste ponto, entre empreitada de obras públicas e concessão de obras públicas; é igualmente a solução inculcada pelos artigos 57º, n.º 2, 60º, n.º 4, 81º, n.º 2 e n.º 5, alínea a), 84º, n.º 2, 86º, n.º 5, 104º, n.º 5, 108º, n.º 1, 165º, n.º 1, alínea e), 461º, n.º 1, alínea a) e 466º, n.º 1, alínea a), todos do CCP, que a propósito dos elementos da proposta, dos documentos de habilitação, da outorga ou não outorga do contrato, dos requisitos de capacidade técnica em concurso limitado, da competência para processamento de contra-ordenações e do funcionamento do Observatório das Obras Públicas, respectivamente, equiparam de forma clara, com consequências procedimentais, os contratos

com componente de obra (empreitada e concessão); e é, finalmente, a solução que se retira também do regime da formação de parcerias público-privadas, que não distingue os tipos contratuais que podem ser suporte de PPP (e a concessão de obra é um deles), exigindo para todos a precedência da AIA (v. *supra*)¹⁹.

2.3.2. Os “estudos ambientais, incluindo a DIA” como parte do caderno de encargos

O caderno de encargos dos procedimentos de formação de contratos públicos nos quais exista uma componente de obra pública (o que não é o mesmo que dizer: de contratos de empreitada de obras públicas, como se viu), engloba um conjunto de dois elementos documentais: o programa e o projecto de execução, que são os “elementos de solução da obra” (artigo 43º, n.º 1 CCP).

A regra geral é a existência, no caderno de encargos destes contratos, destes dois elementos de solução da obra; no entanto, o n.º 3 do artigo 43º contempla uma regra excepcional, para certos casos (que aqui não cumpre aprofundar) em que a elaboração do projecto de execução seja uma obrigação resultante do contrato. Quando assim suceda, evidentemente, o caderno de encargos inclui apenas o programa, que traça as orientações que os concorrentes devem tomar em conta para efeitos de elaboração das suas propostas, que nesses casos serão constituídas por um estudo prévio, como resulta da nova redacção do artigo 57º, n.º 2, alínea c), do CCP, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro²⁰.

Vale a pena sublinhar desde já (voltaremos ao ponto adiante) que esta distinção determina, sem dúvida, uma diferença central de papéis da AIA no contexto da formação e execução do contrato público, correspondente à distinção entre contratos de obra com obrigações de concepção e construção e contratos de obra com obrigações apenas de construção. Naqueles contratos (com concepção), onde aquando do procedimento de

¹⁹ Cf. o artigo 2º/4 do Decreto-Lei n.º 86/2003, que apresenta um elenco de tipos contratuais que podem constituir suporte de uma PPP; sobre isto, COSTA CABRAL, *As PPP*.

²⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre esta e as demais alterações introduzidas por este diploma, cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Alterações ao Código dos Contratos Públicos - o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, O Direito*, **ano 141º**, (IV), 2009, pp. 887-910.

formação *ainda não existe projecto, nem sequer anteprojecto, do qual se possam cabalmente medir os impactos*, a obtenção da AIA não é prévia mas posterior ao procedimento de formação do contrato, ao contrário do que sucede nos contratos apenas de construção, onde a prévia existência do projecto de execução implica, nos termos da lei, a sua sujeição a AIA antes do lançamento do projecto.

A disposição central a propósito da AIA e da sua intersecção com a fase de formação do contrato consta do n.º 5 do artigo 43º, que elenca um conjunto de elementos que devem “acompanhar” o projecto de execução, “sempre que tal se revele necessário”. Trata-se de elementos de muito diversa natureza, que o legislador equipara do ponto de vista do seu tratamento jurídico.

De comum entre eles, pode apontar-se o facto de se tratar de elementos que, não assumindo uma dimensão propriamente conceptual do figurino da obra, a condicionam de algum modo.

Contudo, o condicionamento expresso por tais elementos pode limitar-se apenas ao ponto de vista material ou físico, como acontece com os levantamentos e análises de base e de campo [alínea a)], os estudos geológicos e geotécnicos [alínea b)] e os resultados dos ensaios laboratoriais ou outros [alínea e)], ou abranger, além desses, condicionamentos do ponto de vista social, económico ou mesmo jurídico, como acontece, precisamente, com os estudos ambientais e com a DIA [alínea c)], com os impactos sociais, económicos ou culturais, que incluem as medidas de natureza expropriatória a realizar, os bens e direitos a adquirir e os ónus e servidões a impor [alínea d)] e com os planos de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição [alínea f)].

Essa diferença também chama a atenção para uma outra: a da diversa natureza jurídica dos elementos em questão.

Análises de campo, estudos geológicos e geotécnicos, ensaios laboratoriais, estudos demográficos e mesmo estudos ambientais fora do quadro de um procedimento de AIA²¹ podem ser “impostos” pelas regras da

²¹ Repare-se que, como é óbvio, os estudos ambientais referidos na alínea c) do n.º 5 podem estar desligados de um procedimento de AIA. Pense-se apenas na hipótese de o projecto não estar obrigatoriamente sujeito a AIA, mas a entidade adjudicante

arte da construção, pela prudência e até por uma concepção adequada de planeamento, mas em princípio não o são juridicamente. Por isso, só a sua inclusão nas peças procedimentais lhes transmite uma determinada eficácia jurídica: pois, quanto mais não seja, representa, a partir desse momento, informação pré-contratual presente no procedimento e que os concorrentes, na elaboração das suas propostas, e depois o co-contratante, na execução do contrato, não podem ignorar; podendo até vir a sofrer as consequências pecuniárias de não a terem tomado em devida conta, por força do inovador regime dos artigos 61º e 378º, n.º 3, ambos do CCP – com efeito, trata-se de um regime que, procurando reduzir o aproveitamento ilegítimo, pelos concorrentes, das assimetrias informativas que existem a seu favor (normalmente, o mercado sabe mais do seu ofício do que o Estado), articula um dever pré-contratual de diligência e boa fé dos concorrentes na identificação de erros e omissões do caderno de encargos com a sua possível assunção de responsabilidade por metade do valor desses trabalhos, caso não tenham cumprido tal dever pré-contratual.

Pelo contrário, no que diz respeito à DIA, expressamente referida na alínea c) do n.º 5 do artigo 43º, estamos perante um acto jurídico (um acto administrativo), que há-de entender-se como juridicamente vinculativo, quer para os concorrentes, ao elaborarem as suas propostas, quer para a própria entidade adjudicante, no projecto de execução que apresenta – e *autonomamente* vinculativo, isto é, retirando a sua força jurídica do exercício legalmente previsto de uma competência pela autoridade de AIA, e não da sua inclusão no elenco das peças procedimentais. Por isso não deixa de ser algo imprecisa e enganadora a menção à DIA como se fosse uma espécie de um género mais amplo, que seria o dos estudos ambientais (“estudos ambientais, incluindo a DIA”, diz a lei): na verdade, “estudos ambientais” em geral significa, genericamente, quaisquer estudos onde a componente ambiente seja abordada, de um ponto de vista científico ou técnico; já o “Estudo de Impacto Ambiental” (EIA), sendo seguramente uma espécie daquele género, tem uma significação diferente na medida em que representa o elemento documental propulsivo no procedimento de AIA, que

querer, ainda assim, medir o seu impacto no ambiente.

[Voltar ao índice](#)

irá ser objecto da análise da autoridade de AIA; e finalmente, a DIA propriamente dita já não é, pelo menos num sentido juridicamente preciso, um estudo ambiental, mas sim um acto administrativo, constitutivo de efeitos jurídicos para um caso concreto²².

Voltando, contudo, ao nosso ponto: as asserções que acima fizemos acerca do lugar e do valor jurídico da DIA são plenas de consequências de regime; designadamente, nos casos em que se verifique que o projecto de execução posto à concorrência não se conforma inteiramente com a DIA (por exemplo, porque não respeita condicionantes impostas em DIA favorável condicionada), há-de entender-se que estamos perante situação que pode e deve levar os interessados a valerem-se do mecanismo dos erros e omissões do caderno de encargos (artigo 61º do CCP); restando saber se não é possível solução ainda mais pragmática e directa, considerando, por aplicação do fecundo artigo 51º do CCP, conjugado com o artigo 20º, n.º 3, do regime da AIA, essas eventuais não conformidades como *substituídas* pelo conteúdo da DIA com o qual não se conformem, para efeitos de elaboração das propostas dos concorrentes. Não deve ignorar-se que, por força do referido artigo 20º, n.º 3, do regime da AIA, um acto de adjudicação de procedimento de formação de contrato que escolhesse uma proposta não conforme com as prescrições constantes da DIA padeceria certamente da nulidade, desvalor previsto pelo legislador em homenagem à tutela dos valores ambientais²³.

Por outro lado, também para os concorrentes a presença da DIA como elemento do caderno de encargos traz consequências intra-procedimentais: a apresentação, por qualquer concorrente, de uma proposta que contrarie o conteúdo preceptivo da DIA há-de necessariamente considerar-se excluída, pois em nosso entender, esse conteúdo preceptivo assume, no procedimento de formação do contrato, a natureza de um conjunto de aspectos que não estão submetidos à concorrência e cuja violação determina a exclusão da proposta, ao abrigo do artigo 70º, n.º 2, alínea b) do CCP. Situação diversa desta é a de o concorrente apresentar uma proposta que se conforme com o

²² Para a justificação desta última afirmação, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito - Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002, 165.

²³ Sobre a cominação deste desvalor para este caso, PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, 165-166.

conteúdo preceptivo da DIA, mas tomando como base pressupostos (por exemplo, estimativas) diferentes daqueles que foram utilizados na emissão desse acto; aí, por aplicação analógica do n.º 6 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 86/2003, o concorrente assume o risco inerente à sua conduta, o que significa que ela não leva à exclusão da proposta, mas impede o concorrente, designadamente, de se exonerar do cumprimento das obrigações por si assumidas com base na não correspondência entre os seus pressupostos e a realidade: tendo garantido o cumprimento do conteúdo preceptivo da DIA, o mesmo poderá ser-lhe exigido – ou a respectiva indemnização por incumprimento.

Este regime importa também uma consequência de índole “financeira”, que responde a uma das questões básicas que acima colocámos sobre a relação entre a AIA e o procedimento de formação de um contrato público de construção de obra sujeita a AIA, ressalta da regra de precedência da AIA que se encontra no artigo 43º, n.º 5, alínea c): é que nos termos do Código, manifestamente, os encargos e os prejuízos de toda a ordem que podem estar associados à sujeição ao procedimento de AIA correm por conta da entidade adjudicante, sendo colocadas “fora” do âmbito do contrato de construção a celebrar (e do respectivo procedimento de formação). Claro que a entidade adjudicante pode – e deve – proteger-se, antes de lançar um procedimento de formação de um contrato de obra, recorrendo ao concurso de profissionais especializados (gabinetes de arquitectos, engenheiros, empresas de consultoria) que, para além de elaborarem o projecto de execução que irá depois ser utilizado como elemento de solução da obra no procedimento de formação do contrato de obra, podem assumir a obrigação contratual de se responsabilizar pela apresentação do EIA junto da autoridade de AIA, tomando todos os encargos daí advenientes, contra o pagamento dos respectivos honorários.

O legislador não deixou à livre elaboração do intérprete a questão de saber quais as consequências, no procedimento pré-contratual, da falta da DIA, quando esta seja exigível, tendo em conta as características do projecto. De acordo com o disposto na alínea c) do n.º 8 do artigo 43º do CCP, o caderno de encargos é nulo quando o projecto de execução nele integrado

não esteja acompanhado dos elementos previstos no n.º 5, entre eles, da DIA. A cominação da nulidade do caderno de encargos nestas situações tem diversas consequências, parecendo a mais relevante de entre elas a da invalidade do acto de adjudicação praticado no âmbito do procedimento de formação do contrato e, na mesma linha, a invalidade consequente do próprio contrato, nos termos do artigo 283º, restando apenas a dúvida sobre o desvalor em concreto aplicável, embora a cominação da nulidade constante do n.º 8 do artigo 43º pareça orientar no sentido da nulidade do contrato.

Apenas uma nota final sobre este regime, que como já se disse, procura uma coordenação efectiva entre dois procedimentos (o de formação de um contrato público e o de AIA), para chamar a atenção para o seguinte: tendo em conta a duração média de alguns procedimentos de contratação pública, medida desde a decisão de contratar até à outorga do contrato (sobretudo tendo em conta demoras habituais com a resolução judicial de litígios de contencioso pré-contratual), seria positivo que o CCP tivesse previsto uma regra semelhante à do n.º 5 do artigo 6º do Decreto-Lei n.º 86/2003, no sentido de alargar o prazo de caducidade da DIA, pelo menos para certos contratos mais complexos. No entanto, tal não aconteceu.

2.4. Formação de contratos públicos e Avaliação Ambiental de Planos e Programas (AAPP)

Até agora temo-nos referido à intersecção entre procedimento pré-contratual e AIA de projectos, não só porque se trata da hipótese mais comum, mas também porque é essa a hipótese tida em vista quer pelo CCP, quer pelo outro regime com relevância em matéria de procedimentos de formação de contratos públicos que analisámos (o Decreto-Lei n.º 86/2003): esses diplomas referem-se sempre à “declaração de impacto ambiental”, que é precisamente a decisão final do procedimento de AIA.

Contudo, a transposição de Direito europeu em matéria de avaliação ambiental de planos e programas para o Direito nacional, operada pelo Decreto-Lei n.º 237/2007, deve levar à seguinte questão: é concebível, também, uma interacção entre um procedimento pré-contratual e um procedimento (ou a decisão de um procedimento) de avaliação ambiental

de planos e programas, ou justifica-se que o CCP e o Decreto-Lei n.º 86/2003 sejam interpretados literalmente, no sentido de apenas existir essa interacção com o procedimento de AIA de projectos?

Não nos parece possível, neste momento onde a experiência de aplicação do Decreto-Lei n.º 232/2007 é ainda reduzidíssima, fazer muito mais do que simplesmente enunciar o problema e procurar apresentar algumas pistas para a reflexão sobre ele.

Desde logo, vemos pelo menos um caso onde alguma interacção é inevitável: aquele onde a AAPP e a AIA correm em simultâneo²⁴. Claro que nessa hipótese, quer a decisão da AIA quer a decisão da AAPP, porque são simultâneas, devem já existir quando o procedimento de formação do contrato é iniciado e integrar o respectivo caderno de encargos.

Nos demais casos de incidência do regime da AAPP e numa primeira análise, também nos parece que o acto final resultante de um procedimento de AAPP que tenha tido por objecto um plano ou programa onde se integrasse a obra cuja construção irá ser contratada deve integrar o caderno de encargos, o que poderá ser particularmente importante, como instrumento de inclusão da dimensão ambiental na decisão de contratação pública, nos casos onde ainda não tenha existido procedimento de AIA (ou seja, como já aflorámos e veremos melhor adiante, nos procedimentos onde ainda não existe projecto de execução, estudo prévio ou anteprojecto, cuja elaboração ficará a cargo do adjudicatário).

2.5. Formação de contratos públicos e outros actos autorizativos

Finalmente, cabe indagar, ainda, qual o enquadramento que merecem (se merecem algum) os outros actos de autorização ou licenciamento que podem estar envolvidos na concretização de um projecto através da colaboração de um agente económico ao abrigo de um contrato público.

A pergunta é justificada, tendo em conta a omissão de referência expressa, no n.º 5 do artigo 43º do CCP, a quaisquer outros actos autorizativos de emissão obrigatória para a implementação de projectos – os casos mais claros são os dos actos de autorização ou licenciamento urbanístico, mas

²⁴ Cf. sobre estas hipóteses SOUZA D'ALTE/RAIMUNDO, *O regime de avaliação ambiental de planos e programas*, n.º 4, sobretudo n.ºs 4.2. e 4.3.

poderia igualmente citar-se a licença ambiental, resultado de um procedimento eventualmente enxertado no procedimento urbanístico de licenciamento ou autorização e que não substitui, antes complementa, a AIA, quando seja aplicável²⁵.

Parece-nos que as mesmas razões que justificam a regra da precedência da AIA e da respectiva DIA relativamente ao procedimento de formação do contrato público que irá permitir a concretização do projecto se verificam relativamente àqueles outros actos acima referidos, que no fundo visam apenas a salvaguarda de facetas diferentes do interesse público – e por vezes, *nem tão diferentes assim*: pense-se na interacção entre AIA e licença ambiental. Para dar um exemplo: se o objectivo da regra de precedência da AIA é proteger o contrato público de alterações ao projecto posteriores à tramitação da fase de formação desse contrato, não seria propriamente coerente com esse desiderato que só a AIA fosse exigida antes de iniciar o procedimento, pois do procedimento de licenciamento ambiental ou de licenciamento industrial podem resultar alterações ou condicionantes tão ou mais significativas do que as resultantes da DIA. Repete-se que não vemos qualquer razão para que os valores ambientais mereçam um tratamento diferenciado relativamente aos demais valores: urbanísticos e de ordenamento do território, em sentido amplo. Não só isso seria pouco compreensível do ponto de vista valorativo, como abriria mais uma instância do debate, ainda vivo, sobre a justificação de uma perspectiva restritiva do ambiente, por oposição a outras concepções que integrassem a componente ambiental numa perspectiva mais alargada, abrangendo o ordenamento das actividades humanas na sua relação com o território.

Este nosso entendimento é suportado, cremos, pelo argumento sistemático, chamando-se a atenção, mais uma vez, para o lugar paralelo do regime das PPP. Com efeito, o artigo 6º, n.º 1, alínea d) do Decreto-Lei n.º 86/2003 dispõe que deve ser assegurada “[a] prévia adequação às normas legais e demais instrumentos normativos, bem como a obtenção das

²⁵ Sobre o lugar da licença ambiental no quadro dos procedimentos autorizativos da implementação de projectos, v. Carla AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...*; DELGADO ALVES, *O novo regime jurídico...*, 223 ss.; RAQUEL CARVALHO, *Licença Ambiental como Procedimento Autorizativo*, in MÁRIO DE MELO ROCHA (COORD.), *Estudos de Direito do Ambiente (Actas)*, Porto: Universidade Católica, 2003, pp. 235 ss.

autorizações e pareceres administrativos exigidos, tais como, entre outros, os de natureza ambiental e urbanísticos, dos quais dependa o desenvolvimento do projecto (...)" (itálicos nossos). O regime das PPP coloca, pois, o problema como ele deve ser colocado: o objectivo é a obtenção de todos os actos autorizativos (que na fase do lançamento da parceria já sejam exigíveis, bem entendido), sendo apenas elencados, como exemplos mais relevantes desses actos, os de natureza ambiental e os actos urbanísticos.

Assim, do nosso ponto de vista, o n.º 5 do artigo 43º do CCP deve ser lido de uma forma extensiva, que seja mais conforme com o seu espírito. Esta leitura permite exigir que o projecto de execução seja acompanhado dos necessários actos de autorização ou licenciamento (repete-se: que já sejam exigíveis nesta fase prévia à construção: uma licença de utilização, que por força do seu regime, pressupõe a prévia conclusão da construção antes da sua emissão, não será obviamente exigível nesta fase).

3. A relevância da AIA na execução dos contratos públicos

3.1. A AIA em contratos de obra com obrigações de concepção

Em contratos de empreitada ou de concessão de obra pública, ou em contratos mistos com componente de construção de obra, como se viu, o projecto de execução pode não constituir elemento do caderno de encargos, por caber ao adjudicatário elaborá-lo ao abrigo do contrato a celebrar (artigo 43º, n.º 3, CCP; a mesma possibilidade aparece referida, para o contrato de concessão de obra pública, no artigo 407º, n.º 1).

Como se disse acima, isto implica uma diferença essencial no que diz respeito ao papel da AIA na formação e execução dos contratos públicos. Na verdade, embora essa diferença não pareça existir, numa leitura desatenta do n.º 5 do artigo 43º - que começa, precisamente, por não distinguir entre os casos dos n.ºs 1 a 3 - ela está implícita, pela natureza das coisas.

Por isso, o n.º 5 do artigo 43º deve ser lido como se lá existisse um *distinguo*: nos casos previstos nos n.ºs 1 a 3, de facto, como dispõe a lei, o projecto de execução deve ser acompanhado da DIA; mas enquanto nos casos previstos no n.º 1, porque existe já projecto de execução à data do lançamento do

procedimento de formação do contrato, a DIA deve acompanhar o projecto de execução que é submetido ao mercado, nos casos previstos no n.º 3, a DIA não existe ainda em fase de lançamento do projecto, porque ainda não existe aí, sequer, um estudo prévio, que é a mais elementar fase de concepção de uma obra na qual se admite a tramitação de um procedimento de AIA (cf. artigo 12º, n.º 2, do regime de AIA). Nestes casos, a DIA existirá quando existir estudo prévio ou projecto de execução (consoante a fase da concepção em que se escolha realizar a AIA)²⁶. Uma vez que o estudo prévio só é apresentado no próprio procedimento, por cada concorrente (artigo 57º, n.º 2, alínea c), redacção do Decreto-Lei n.º 278/2009) e não parece concebível (pela extrema ineficiência que isso implicaria) que durante o prazo de elaboração das propostas os concorrentes, além de elaborar os estudos prévios, os submetam a AIA, nem, obviamente, que o procedimento de formação do contrato se interrompa para submeter a AIA os vários estudos prévios apresentados; e tendo ainda em conta que o projecto de execução só é elaborado pelo co-contratante, em sede de execução do contrato²⁷, sendo depois aprovado pelo contraente público (artigo 362º, n.ºs 2, 3 e 4 CCP), é necessário concluir que nos casos em que num contrato de obra existam obrigações de concepção a cargo do adjudicatário, *a fase de AIA só tem lugar após a adjudicação, relativamente ao estudo prévio e/ou projecto de execução apresentado pelo co-contratante do contraente público e escolhido com a sua proposta*²⁸, e por isso, a respectiva tramitação é como

²⁶ Sobre a realização do procedimento de AIA com estudo prévio, anteprojecto ou projecto de execução (e as enormes dificuldades e incoerências de regime correspondentes), v. FIGUEIREDO DIAS/ARAGÃO/ROLLA, *Regime Jurídico da AIA...*, comentário à secção II e ao artigo 12º/2 (pp. 56-58).

²⁷ Cf. RAIMUNDO, *Alterações ao CCP*, 896.

²⁸ O que significa que o momento mais precoce a partir do qual se consegue, com alguma segurança, iniciar o procedimento de AIA é o da adjudicação. Com efeito, antes disso, não se sabendo qual a proposta vencedora, não parece possível iniciá-lo. A única ressalva a este entendimento com alguma susceptibilidade de poder ser compatível com o Direito português vigente parece ser no âmbito do procedimento de diálogo concorrencial ou de procedimentos com fase de negociação: neste sentido, ao nível do Direito Europeu, VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures...* 257. De facto, aí poderia pensar-se numa tramitação concomitante do procedimento pré-contratual e do procedimento de AIA, porque no diálogo concorrencial e, de certa forma, nos procedimentos com negociação, a solução técnica a implementar define-se no próprio procedimento. Veja-se a descrição de casos e de modelos teóricos de tramitação concomitante entre a AIA e o procedimento de formação em VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning*

que “trazida” para o interior da relação contratual (ou pelo menos da fase pós-adjudicação: a dilação que existe entre a adjudicação e a outorga do contrato – cf. artigos 77º e ss. e 99º e ss. do CCP – pode ser utilizada já para começar a preparar o pedido de DIA).

Esta conclusão ajuda desde logo a compreender o zelo do legislador, expresso na redacção restritiva do n.º 3 do artigo 43º, em manter reduzidas ao mínimo as situações onde o co-contratante no âmbito de um contrato de construção de obra tenha a cargo igualmente obrigações de concepção: é que essas situações comunicam ao contrato de construção as dilações, incertezas e potenciais dificuldades de cumprimento do princípio da concorrência que são inerentes à posterior tramitação de um procedimento de AIA.

Com efeito, trazer para a execução de um contrato de empreitada, submetido à concorrência num primeiro momento, os aspectos pertinentes à AIA, significa submeter-se ao risco de determinação, pela decisão do procedimento de AIA, de alterações que pudessem eventualmente repercutir-se na escolha do adjudicatário, colocando dificuldades de cumprimento de um princípio essencial do Direito da contratação pública, que é o da correspondência entre o objecto colocado à concorrência e o objecto efectivamente realizado²⁹.

Um exemplo permitirá ilustrar esta dificuldade, aliás de muito difícil solução. Imagine-se que num procedimento de formação de um contrato de empreitada com obrigação de elaboração do projecto de execução a cargo do empreiteiro, o programa funcional que integrava o caderno de encargos (artigo 43º, n.º 3, *in fine* do CCP) indicava que a estrada a construir deveria ser realizada a céu aberto, com três faixas de rodagem em cada sentido do trânsito, tendo o adjudicatário apresentado estudo prévio conformando-se com essas indicações. E suponha-se que, em resultado da AIA realizada sobre tal estudo prévio, se concluía que a redução dos impactos ambientais inerentes ao projecto impunha a

Procedures... 252 ss. Os Autores consideram o diálogo concorrencial a escolha “mais óbvia” para conseguir o desiderato da tramitação concomitante.

²⁹ VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures...* 251.

construção da estrada em túnel ou em trincheira ao longo de metade do percurso, bem como a redução do número de faixas para duas em cada sentido do trânsito, num outro trecho da via.

Num caso como este, a repercussão das modificações posteriormente efectuadas no figurino do estudo prévio bem poderia determinar a mudança de adjudicatário: basta pensar que o segundo classificado na primeira avaliação das propostas poderia ter uma especial aptidão técnica para execução de obras em túnel, o que lhe permitiria, se essa especificação constasse já do programa inicial, apresentar um preço de execução da obra de tal forma competitivo que ultrapassasse, de longe, os demais concorrentes nesse factor de avaliação.

No limite, ainda, até pode acontecer que o contrato venha a demonstrar-se de execução inviável, por decisão negativa da DIA (DIA desfavorável, situação rara, sobretudo em grandes projectos). Quando assim suceda, e atento o carácter vinculativo dessa decisão, o contrato adjudicado necessariamente cessará, com tudo o que isso implica de ineficiência da aplicação dos recursos públicos (tramitação de um complexo procedimento, com avaliação das propostas, etc., para chegar a uma situação de impossibilidade de execução), tendo o contraente público, ainda, de suportar o custo com a elaboração da proposta, o trabalho e as despesas que já tiverem sido realizadas pelo co-contratante, sendo ainda duvidoso se não poderão ter de ser indemnizados os lucros cessantes³⁰.

³⁰ A dúvida coloca-se porque não estaremos aqui propriamente, do nosso ponto de vista, perante um caso de resolução do contrato por motivo de interesse público – que aparece regulada nos artigos 334º e 335º do CCP – mas sim, verdadeiramente, perante um caso de impossibilidade superveniente de execução, não imputável ao contraente público. Ora, a impossibilidade superveniente de execução da empreitada não tem um regime específico de Direito público, pelo que à luz dos artigos 330º, alínea a) e em qualquer caso, do artigo 280º, n.º 3, ambos do CCP, a solução parece-nos dever ser encontrada por referência ao artigo 1227º do Código Civil. Trata-se aqui de um caso curioso – e raro, pois o movimento é normalmente no sentido oposto – onde é necessário recorrer ao regime da empreitada civil, pois nem o regime da empreitada de obras públicas nem o dos contratos administrativos em geral regula a situação da impossibilidade objectiva de cumprimento do contrato por facto não imputável a qualquer das partes, que parece enquadrar-se bem à situação de fracasso na obtenção da DIA (a não ser, evidentemente, o caso de essa não obtenção se dever a conduta dolosa ou negligente de uma das partes, caso em que haverá incumprimento, com as consequências previstas nos artigos 325º e ss., para os contratos administrativos em geral, aos quais acrescem os artigos 403º e ss., para o

Compreende-se, por estas razões (e não só por estas, claro), as cautelas colocadas no n.º 3 do artigo 43º do CCP, que de certa forma restringem ainda mais o recurso à chamada “concepção-construção” do que acontecia no revogado Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Quando, não obstante, se esteja perante uma situação desta natureza, o que é preciso sublinhar é que a tramitação do procedimento de AIA constitui objecto de uma obrigação contratual, assumida pelo co-contratante: a obrigação de levar a cabo as actividades de concepção e elaboração de documentos necessárias à obtenção de uma DIA favorável ou pelo menos favorável condicionada, e de suportar os respectivos custos procedimentais³¹. Esta solução não resulta de norma constante do regime da empreitada de obras públicas, que ao contrário do que seria expectável, não regula este caso concreto³², mas deve defender-se à luz dos lugares paralelos constantes dos artigos 414º, alínea c) (aplicável às concessões de obra, pois consta da secção das disposições gerais em matéria de concessão) e 445º, alíneas a) a c) (previstos em sede de fornecimento de bens móveis mas aplicáveis também, subsidiariamente, aos contratos de locação de bens móveis – artigo 432º – e de prestação de serviços – artigo 451º). Note-se, contudo, que se trata de normas a aplicar supletivamente: os artigos 414º e 445º são ambos claros ao ressaltar a possibilidade de no contrato se dispor de forma diversa, atribuindo estas obrigações ou encargos ao contraente público.

A questão que, como se vê, se coloca com maior acuidade é esta: em que medida os valores, os interesses e os mecanismos jurídicos típicos do Direito do Ambiente influenciam o Direito dos Contratos Públicos? A esta interrogação apenas poderemos responder à medida que a prática e a jurisprudência forem desvendando as formas de articulação desses dois casos da empreitada).

³¹ Bem como, parece-nos, os custos de implementação das eventuais condicionantes impostas pela DIA.

³² Ainda para mais, quando regula outros, de certo modo próximos: trata-se dos procedimentos de expropriação e constituição de servidões, que devem ser levados a cabo pelo dono da obra/concedente: v. artigo 351º, n.ºs 1 e 2, do CCP. Contudo, aí justifica-se tal solução, pois ao contrário do que acontece com o procedimento de AIA, os procedimentos expropriativo e de constituição de servidões pressupõem o exercício de competências para a emissão de actos administrativos ablativos, pelo que é curial que sejam da responsabilidade do contraente público, apenas podendo ser de modo diverso nas concessões de obra (veja-se a diferença de redacção das normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 351º: imperativa a primeira, supletiva a segunda).

universos. Uma ideia, contudo, parece ir tomando forma: essa articulação coloca alguns desafios de compatibilização entre um dos elementos estruturantes do Direito do Ambiente – o da precariedade e fácil modificabilidade dos actos autorizativos ambientais – e um dos elementos estruturantes do Direito dos Contratos Públicos – a relativa rigidez que, em homenagem ao princípio da concorrência e à tutela das expectativas do adjudicatário, é tradicionalmente imposta quer ao acto decisório do procedimento pré-contratual (o acto de adjudicação), quer ao contrato celebrado na sua sequência. Com efeito, o acto de adjudicação é maioritariamente concebido como um acto definitivo e não precário, como um acto que não pode ser condicionado e que é insusceptível de revisão sem fundamento em ilegalidade, conferindo ao adjudicatário um direito subjectivo à celebração do contrato e à sua execução. Resta saber se não seria adequado, em contexto de incerteza, como é aquele que preside a um procedimento pré-contratual que irá dar origem a um projecto sujeito a AIA ainda não realizada, que essa incerteza se comunicasse ao próprio acto de adjudicação; o qual dessa forma só se tornaria definitivo se e quando fosse proferida DIA favorável ou favorável condicionada. Tal solução ajudaria a proteger os interesses da entidade adjudicante e não parece que provocasse entorses ao princípio da concorrência, desde que previamente estabelecida e publicitada no procedimento. Porventura, a disposição do artigo 132º, n.º 4, do CCP – cujo alcance é ainda largamente desconhecido – poderia mesmo ser invocada como fundamento para um tal esquema, que no fundo se reconduziria a uma espécie de procedimento pré-contratual em duas fases. Admite-se, contudo, que a solução precise de ser ponderada, sobretudo em face da posição de princípio (restritiva) do Direito Europeu em relação a esquemas que introduzam flexibilidade nos procedimentos pré-contratuais nos procedimentos abrangidos pelas Directivas 2004/17 e 2004/18^{33/34}.

³³ Com efeito, para lá da flexibilidade que já esteja prevista nas Directivas sobre contratação e que é limitada aos momentos e aos tipos procedimentais nelas expressamente identificados, pouco espaço há, no Direito europeu, para a inovação ou a discricionariedade procedimental/instrutória...

³⁴ Aproveitamos para agradecer à Professora Doutora Carla Amado Gomes a leitura atenta de uma primeira versão deste texto. Foram os comentários a essa primeira versão que suscitaram estas considerações que fazemos no texto, as quais permanecem, claro, da nossa inteira e exclusiva responsabilidade.

3.2. Vicissitudes da DIA e vicissitudes do contrato: os paralelos tocam-se?

Outro ponto onde se pode realizar uma aproximação profícua entre o regime da AIA e o regime da execução do contrato parte da verificação de uma característica que a Doutrina mais recente vem apontando (ou exigindo, de *jure condendo*) aos actos autorizativos em geral e aos actos autorizativos em matéria ambiental em particular: a sua precariedade ou instabilidade. Essa característica surge em diversas sedes e a propósito de diversos actos, sob a forma de um poder de revisão do acto com base na alteração da situação ambiental ou da evolução tecnológica e constitui-se, hoje, em aspecto estruturante deste ramo do Direito³⁵. Mas se os actos autorizativos em matéria ambiental são precários, no sentido de serem *mais precários do que os tradicionais actos autorizativos*, a questão que imediatamente se coloca é a de saber até que ponto essa precariedade se traduz (ou não) em repercussões nas relações contratuais estabelecidas no pressuposto de que esse mesmo acto se manteria.

A protecção do ambiente não pode deixar de ser dinâmica, quanto mais não seja porque o é a própria realidade protegida, o conhecimento que dela se tem e a técnica que suporta a implementação dos projectos. A realidade ambiental muda continuamente e novas medidas de atenuação de impactos ambientais podem justificar-se onde anteriormente outras já tinham sido impostas, ou o contrário: pode verificar-se um facto ou conjunto de factos que reduzem ou atenuam drasticamente os impactos ambientais de um dado projecto, tornando por isso inúteis as medidas anteriormente impostas. Mas também o conhecimento da realidade muda, e por isso as estimativas de impactos ambientais podem, com o avanço da técnica, vir a revelar-se completamente desfasadas da realidade, tornando desadequadas as

³⁵ Sobre isto, CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007; AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...*; CARLA AMADO GOMES, *Da aceitação de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos e do controlo jurisdicional desta competência: pistas de reflexão*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007/III, pp. 1041-1089; e DELGADO ALVES, *O novo regime jurídico...*, 220; CARVALHO, *Licença Ambiental...* 258-260; PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, 203 e ss., estes concretamente a propósito da licença ambiental.

medidas anteriormente pensadas para os reduzir ou eliminar; assim como a descoberta de um novo material ou de uma nova aplicação de um material anterior, ou de uma nova técnica de construção, podem permitir alcançar efeitos de atenuação de impactos ambientais em âmbitos ou a escalas nunca equacionadas como possíveis aquando da AIA, mas posteriormente alcandoradas ao estatuto de “mínimo técnico exigível”. Dificuldades ainda maiores se colocam quando a própria DIA (ou outro acto, como acontece, até por força da lei, com a licença ambiental: artigo 10º/1 do Regime da Licença Ambiental) recorra a medidas de redução de impactos por referência à cláusula das “melhores técnicas disponíveis”³⁶, cláusula essa que pela sua essência está destinada a evoluir ao longo do tempo, necessariamente afectando quaisquer contratos celebrados para a implementação de um projecto sujeito a AIA onde tenha sido emitida DIA (e/ou licença ambiental) com recurso à cláusula das melhores técnicas disponíveis.

Verificada a necessidade de introduzir alterações ao contrato, por alterações de circunstâncias ambientais, ou evolução das técnicas disponíveis, cumpre no entanto enquadrar juridicamente essas modificações. À partida, parece claro que não estamos perante situações imputáveis a qualquer uma das partes, nem previsíveis por elas. Isso é visível no facto seguinte: a decisão que determina a alteração do contrato em conformidade com a DIA nem sequer é da responsabilidade do contraente público, mas sim da autoridade de AIA. A solução a dar a este problema terá de ter em conta essas circunstâncias.

Dois enquadramentos distintos poderão a nosso ver ser equacionados para esta situação: o primeiro, através da figura dos trabalhos a mais (artigo 370º do CCP) e o segundo através do instituto da modificação objectiva do contrato (abrangendo quer a modificação unilateral, quer a modificação por acordo), regulada primacialmente nos artigos 311º e ss. do CCP.

Em qualquer um destes enquadramentos, a alteração da DIA (ou do outro acto autorizativo: vimos acima que o artigo 43º, n.º 5, deve ser lido “em chave aberta”) repercute-se no contrato, com custos para o contraente público: no

³⁶ Sobre esta cláusula e alguns dos problemas que coloca, TIAGO ANTUNES, *O Ambiente entre o Direito e a Técnica*, Lisboa: AAFDL, 2003, 71 ss.; JOSÉ ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona: Ariel, 1999, sobretudo 92 ss.; PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, 201-202.

caso dos trabalhos a mais, o custo das mesmas (artigo 373º do CCP); no caso da modificação ao contrato, a possibilidade de ter de suportar o custo do reequilíbrio financeiro (artigo 314º do CCP). O que é interessante sublinhar é que, por serem emergentes de uma revisão de um acto autorizativo previamente existente, esses custos podem ser eventualmente imputados, pelo contraente público, à própria entidade pública que determinar a modificação do acto, já tendo sido admitida essa possibilidade a título de responsabilidade civil extracontratual por facto lícito (artigo 16º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas)³⁷ (o que sempre envolverá a necessidade de provar que o prejuízo é especial e anormal); em alternativa a esta forma de pensar o problema (e com um regime notoriamente mais favorável ao contraente público prejudicado pela alteração), uma proposta recente de CARLA AMADO GOMES sugere, curiosamente, uma aproximação da temática da revisão do acto autorizativo ambiental... à teoria da imprevisão, proveniente do universo contratual público³⁸ e que surge particularmente adequada a uma compreensão *proto-contratual* ou *quase-contratual* do acto administrativo autorizativo que impõe ao seu destinatário deveres de protecção do ambiente³⁹.

Qualquer que seja o enquadramento escolhido, no entanto, vislumbra-se ainda como possível o surgimento de uma outra delicada questão, que não se prende com a assunção das consequências patrimoniais da alteração, mas que é mesmo *prévia* a essa, e que pode, pelo menos em abstracto, colocar problemas à própria possibilidade de alteração do contrato.

A questão a que nos referimos é de ponderação de bens e valores diversos, resultado do cruzamento de dois regimes que têm escopos de protecção diferentes. Com efeito, o regime da AIA e do acto administrativo autorizativo que é a DIA tem por escopo principal a protecção do ambiente; o regime da formação e execução dos contratos públicos tem por escopos

³⁷ Admitindo expressamente essa possibilidade no caso da licença ambiental, v. AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...* 322; PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, 204.

³⁸ Cf. para uma comparação entre os paradigmas privado e público da alteração de circunstâncias e da imprevisão o estudo de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Contratos Públicos. Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, *Cadernos O Direito*, (2), 2007.

³⁹ Cf. Carla AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo*, 668 ss; Carla AMADO GOMES, *O licenciamento ambiental...* 323.

principais a salvaguarda da concorrência e a prossecução do interesse público subjacente à celebração de um determinado contrato. Essa diferença de escopos pode levar a soluções diversas, de um ponto de vista teórico: assim, do ponto de vista ambiental, poderia prevalecer o interesse na modificação da DIA (e consequentemente do projecto que serve de base à prestação do co-contratante); mas como fazer se do ponto de vista da concorrência, a modificação altera um aspecto essencial (por exemplo, um parâmetro base ou um aspecto não submetido à concorrência) do caderno de encargos que levou à celebração daquele contrato, de tal modo que, se repercutida essa modificação na avaliação das propostas nesse procedimento, seria outro o adjudicatário?⁴⁰ As vicissitudes da DIA podem certamente determinar modificações de um contrato público: tem de ser assim, sob pena de o dinamismo da protecção do ambiente contrastar demasiado com o imobilismo do contrato público; mas cabe perguntar se o princípio da concorrência não coloca, pelo menos em alguns casos, limites a *que seja através de um contrato já celebrado, sem se renovar a concorrência, que seja levada a cabo a implementação do projecto, quando ele sofra alterações sensíveis por força da alteração da DIA.*

O artigo 313º, n.º 2, do CCP, já referido, parece dar uma resposta a este problema: fora os casos aí previstos de decurso de um lapso de tempo considerável (que não parecem ter grande interesse para a questão que analisamos) a modificação só é possível até aí onde seja "objectivamente demonstrável" que o adjudicatário permaneceria o mesmo. Isto já admite, como é evidente, algum espaço de manobra, porque à luz desta norma, pode até haver modificações ao nível de aspectos submetidos à concorrência. Mas a norma é clara quanto à fronteira que traça: para que a modificação seja possível tem de ser feito um *juízo avaliativo póstumo*, que passa pela repercussão da modificação a fazer na avaliação das propostas apresentadas, e como resultado desse juízo, o adjudicatário tem de ser o mesmo, com ou sem a modificação que se quer introduzir; se esse juízo revelar que o adjudicatário seria outro, a modificação não pode fazer-se, e nesse caso, o contraente público parece ter como única hipótese a resolução do

⁴⁰ Pense-se no exemplo indicado acima, no n.º 3.1..

contrato por motivo de interesse público, seguida da abertura de novo procedimento de formação, o que sendo consequência pesada, é aquela que o legislador considera como a única possível para não prejudicar a concorrência. Nestes casos, outra hipótese não restará, *do ponto de vista das regras de formação e execução de contratos públicos*, que não a de admitir que a implementação do projecto com as alterações determinadas pela revisão do acto ambiental só pode ser levada a cabo através de outro contrato, que deverá ser celebrado ao abrigo de um procedimento que será ele próprio regulado pela parte II do CCP. Numa perspectiva crítica, no entanto, resta saber se aqui, como em outros aspectos do CCP, a concorrência não acaba afinal por ter uma tutela desmedida, por comparação com outros princípios e valores que o ordenamento jurídico também tutela, e que poderiam justificar, pelo menos, a possibilidade de uma ponderação casuística.

Em complemento do que se disse, também é preciso concluir que, *não se alterando* de todo os pressupostos que estiveram na base da emissão da DIA, ou seja, *rebus sic stantibus*, é problemático que as partes em contrato que tenha por objecto a construção de obra pública possam alterar esse mesmo contrato (i.e, o projecto) de tal forma que contrarie a DIA. Ainda que do ponto de vista do regime da AIA o problema pudesse eventualmente resolver-se com uma alteração à DIA ou repetição do procedimento de AIA⁴¹, do ponto de vista do Direito da contratação pública, isso pareceria colocar em causa, *a posteriori* e de forma ilegítima (porque sem qualquer justificação em motivos atendíveis que se prendam com a alteração dos pressupostos da DIA) um elemento essencial da fase de formação do contrato, o que poderá entender-se como violador da concorrência efectuada nessa fase.

Miguel Assis Raimundo
(miguelraimundo@fd.ul.pt)

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado

[Voltar ao início do texto](#)

⁴¹ VAN VALKENBURG/NAGELKERKE, *Interweaving Planning Procedures...* 251.

[Voltar ao índice](#)

O PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL REVISITADO*

0. Introdução; **1.** A procedimentalização da decisão de controlo integrado da poluição: panorâmica geral do procedimento de concessão da licença ambiental; **1.1.** Objecto; **1.2.** Sujeitos; **1.3.** Procedimento decisório; **1.4.** Decisão; **1.4.1.** Uma má novidade: o deferimento tácito da licença ambiental; **1.4.2.** Em especial, a instabilidade da licença ambiental; **1.5.** Procedimento pós-decisório; **2.** A licença ambiental no universo dos actos autorizativos ambientais: articulações problemáticas; **2.1.** Com o procedimento de AIA; **2.2.** Com o regime de prevenção de acidentes graves causados por certas actividades industriais; **2.3.** Com o licenciamento industrial; **2.4.** Com a licença de emissão de GEEs

0. A licença ambiental é, como o próprio nome logo indica, um instrumento de prevenção, que concretiza um princípio de proibição sob reserva de permissão. Ao particular é negada a possibilidade de emitir poluição proveniente da exploração de determinadas actividades industriais para o ar, água e solo, sem se munir previamente de um acto administrativo conformador dos limites desse desgaste. Logo o artigo 27º/1/h), 1ª parte, da LBA (Lei 11/87, de 7 de Abril: Lei de Bases do Ambiente) apontava para esta necessidade, já imperativa nos termos da alínea a) do nº 2 do artigo 66º da CRP, bem como do nº 2 do artigo 130R do Tratado de Roma revisto pelo Acto Único Europeu (actual 191/2 do TFUE), que acolhia igualmente o princípio da prevenção. De resto, a licença ambiental é expressão particular de uma dimensão positiva do princípio da prevenção que se traduz no princípio da correcção na fonte (cfr. os artigos 191/2 do TFUE, e 3º/a), 2ª parte da LBA), o

* A revisitação a que alude o título deve-se a que, em Novembro de 2007, escrevi um texto sobre o licenciamento ambiental à luz do regime legal então vigente (DL 194/00, de 21 de Agosto), que publiquei nos *Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, II, Lisboa, 2008, pp. 301 segs, subordinado ao título **O licenciamento ambiental: panorâmica geral e detecção de alguns nódulos problemáticos decorrentes da articulação necessária com outros procedimentos autorizativos**.

A minha condição de jurista de Direito do Ambiente, aliada ao facto de ter a meu cargo as regências da disciplina na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Curso nocturno) e na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, no ano lectivo de 2008/2009, exigiram este esforço de actualização, atenuado por algumas repetições.

qual vincula o operador a evitar ou minimizar os efeitos nocivos das emissões poluentes que produz.

O regime de proibição com reserva de permissão não é o único concebível para atalhar à contaminação do meio ambiente. Teoricamente, existem quatro modelos possíveis¹: 1) abstenção de intervenção pública e entrega às regras do mercado; 2) técnica autorizativa de *command and control*, com estabelecimento de índices de emissão e sanções aplicadas aos prevaricadores; 3) aplicação de taxas de emissão, em alternativa ao modelo anterior; 4) apropriação pública dos bens ambientais naturais. Apesar da "mercantilização" a que o "direito de poluir" se oferece recentemente — por força da instituição do mercado de emissões de gases com efeito de estufa (GEEs)² —, a doutrina é ainda consensual no sentido de considerar o *command and control* como realidade inarredável da actividade de controlo da poluição. No Direito norteamericano — ordenamento que mais directamente inspirou a Comunidade Europeia na construção do mecanismo da licença ambiental, desenhado na directiva 96/61/CE, do Conselho, de 24 de Setembro de 1996, relativa à prevenção e controlo integrados da poluição³ —, cuja regulação do controlo integrado da poluição, plasmada no *Pollution Prevention Act* de 1990, assenta no mecanismo da autorização, alguns autores referem o desincentivo induzido pela técnica autorizativa, a tendência para transferir os custos da tecnologia de redução das emissões para o consumidor, a impossibilidade de fiscalização eficaz. Mas, apesar das críticas, reconhece-se que, em termos gerais, é impensável entregar, em exclusivo, o controlo da poluição ao mercado — tal constituiria uma demissão do Estado da sua tarefa de protecção do ambiente —, embora se admita a possibilidade de introduzir

¹ Cfr. Antonio FORTES MARTÍN, **El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada**, Madrid, 2004, pp. 85, 86 (louvando-se em Smith).

² Cfr. a perspectiva de Carlos PINA, **Mercado de direitos de emissão de CO₂**, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp. 467 segs.

³ No plano comparado, outros Estados europeus haviam já adoptado, à data de entrada em vigor da directiva, modelos de controlo integrado da poluição. Cfr. José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, **A licença ambiental no novo regime da PCIP**, in *Revista do CEDOUA*, 2001/1, pp. 65 segs, 66-67.

elementos de flexibilização e de incentivo⁴ (desde logo, a redução de várias licenças a uma única, com os ganhos em tempo e custos associados).

Como se pode ler nos Considerandos da directiva 96/61/CE, a abordagem sectorial seguida até aí não provara bem. Tal modelo favorecia "a transferência dos problemas da poluição entre os diferentes meios físicos em lugar de favorecer a protecção do ambiente no seu todo" (consid. 7). A cada componente ambiental — ar, água, solo — correspondia uma licença autónoma, cuja emissão desligada de ponderação global da afectação do ambiente como um todo era susceptível de gerar lesão num componente diverso daquele que estava a ser concretamente objecto de análise. Foram problemas deste teor que conduziram, nos Estados Unidos da América, à aprovação do *Pollution Prevention Act*: partindo da lógica "everything is connected to everything else", o direito ambiental norteamericano avançou para uma visão holística da prevenção da poluição, com a introdução de *multimedia standards* num *multimedia permit*⁵. São estes *multimedia operating permits* que estão na origem da licença ambiental europeia e, por efeito mimético da transposição da directiva 96/61/CE⁶, da licença ambiental regulada no DL 173/2008, de 26 de Agosto (=RLA).

O diploma nacional incorpora as linhas de força da directiva: licença única relativa a emissões poluentes, sem prejuízo da existência de outras autorizações no âmbito do procedimento autorizativo global (artigo 2º/9 da directiva)⁷; natureza vinculativa da licença (artigo 8º da directiva); dever de conformação das condições de exercício da actividade de acordo com as

⁴ Cfr. Antonio FORTES MARTÍN, **El régimen jurídico...**, cit., pp. 91 segs (sobre a realidade norteamericana).

⁵ Sobre esta evolução, veja-se Antonio FORTES MARTÍN, **El régimen jurídico...**, cit., pp. 135 segs.

⁶ Esta directiva sofreu alterações relacionadas com a necessidade de acomodação das novas regras sobre participação pública em procedimentos de elaboração de planos e programas: directivas 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio, e 2008/1/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro.

⁷ O nº 9 do artigo 2º define licença nestes termos: "Licença, a parte ou a totalidade de uma ou mais decisões escritas que concedam o direito de explorar toda ou parte de uma instalação em determinadas condições que permitam garantir que a instalação preenche os requisitos da presente directiva". A directiva deixa assim em aberto o modelo de concretização procedimental em cada Estado-membro, podendo este optar por concentrar numa só licença as ponderações ínsitas na directiva, ou disseminar as várias ponderações por decisões parcelares, de entre as quais a licença ambiental.

melhores técnicas disponíveis, com vista a alcançar um nível elevado de protecção do ambiente (artigo 9º da directiva); dever de actualização dos termos da licença tendo em conta a parametrização pelas melhorias da técnica ou por alteração de circunstâncias, físicas ou legais (artigo 13º da directiva); dever de monitorização por parte dos operadores e de fiscalização pelas autoridades administrativas competentes (artigo 14º da directiva); imperativo de publicitação da informação e de promoção da participação pública nos procedimentos autorizativos e pós-autorizativos (monitorização) — artigo 15º da directiva; instituição de um sistema de intercâmbio de informações relacionadas com a identificação das melhores técnicas disponíveis entre os Estados-membros, a Comissão e os operadores (artigo 16º da directiva). Vejamos como.

1. A procedimentalização da decisão de controlo integrado da poluição: panorâmica geral do procedimento de concessão da licença ambiental

1.1. Conforme imposto pela directiva 96/61/CE, a licença ambiental tem por objecto "a prevenção e controlo integrados da poluição proveniente de certas actividades e o estabelecimento de medidas destinadas a evitar ou, quando tal não for possível, a reduzir as emissões dessas actividades para o ar, a água ou o solo, a prevenção e o controlo do ruído e a produção de resíduos, tendo em vista alcançar um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo (...)" — artigo 1º do RLA.

O artigo 3º/1 do RLA impõe a aplicação do regime a todas as "instalações", conforme definidas no artigo 2º/h)⁸, salvo a:

i) "Instalações ou partes de instalações utilizadas exclusivamente para investigação, desenvolvimento ou experimentação de novos produtos ou processos" — artigo 3º/2 do RLA;

ii) Instalações que estejam a laborar abaixo da sua capacidade de produção diária, que requeiram junto da entidade coordenadora, e precedendo parecer vinculativo da Agência Portuguesa do Ambiente (=APA),

⁸ "Instalação — uma unidade técnica fixa na qual são desenvolvidas uma ou mais actividades constantes do anexo I ou quaisquer outras actividades directamente associadas, que tenham uma relação técnica com as actividades exercidas no local e que possam ter efeitos sobre as emissões e a poluição".

a exclusão de submissão ao regime do RLA enquanto a situação de subprodução persistir — artigo 4º do RLA;

iii) Alterações não substanciais das instalações existentes, a qualificar pela APA que, se necessário, se limita a aditar a alteração proposta à licença em vigor, dando disso conhecimento à entidade coordenadora — artigo 10º do RLA.

1.2. Entidades intervenientes no procedimento de concessão da licença ambiental são: a entidade coordenadora do licenciamento⁹ e a autoridade competente para a emissão da licença ambiental. Todavia, para além destas entidades públicas, devem ainda referenciar-se, por um lado, a Comissão Consultiva para a prevenção e controlo integrado da poluição, cuja competência de acompanhamento da evolução e promoção das melhores técnicas disponíveis se revela fundamental para a aplicação do RLA (cfr. o artigo 7º); por outro lado, a Inspecção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território (=IGAOT), as CCDRs¹⁰, e as Administrações de Região Hidrográfica, no plano da fiscalização do cumprimento das obrigações inerentes à licença ambiental (artigo 31º do RLA); finalmente, o Inspector-Geral da IGAOT, órgão competente para instruir os procedimentos de contra-ordenação e aplicar as sanções respectivas (artigo 34º do RLA).

No plano das entidades privadas, há que contar, naturalmente, com o operador e com o público interessado¹¹ — pessoas singulares, ONGAs e outras

⁹ A entidade coordenadora do licenciamento da instalação será, nos termos do regime do licenciamento industrial: ou a Câmara Municipal da área de localização, para os estabelecimentos de tipo 4 (artigo 11º/3 do DL 69/2003, com a redacção que lhe foi dada pelo DL 183/2007, de 9 de Maio) — que será receptora da declaração prévia (cfr. o artigo 5º/2 do Decreto-Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Regulamentar 61/2007, de 9 de Maio); ou, para os restantes, a sociedade gestora de ALE, ou a entidade do ministério responsável pela área da economia ou da agricultura, do desenvolvimento rural e das pescas (artigo 11º/1 do DL 69/2003, e 3º/1 do Decreto-Regulamentar 8/2003), a determinar concretamente por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas indicadas e do Ambiente.

¹⁰ Com o novo diploma, as CCDRs perdem as competências de instrução dos procedimentos de licenciamento ambiental que exerciam conjuntamente com a APA. Conservam, no entanto, as competências genéricas de inspecção e fiscalização, e têm também intervenção na fase da consulta pública.

¹¹ A alínea q) do artigo 2º do RAL define *público interessado*: "os titulares de direitos subjectivos ou de interesses legalmente protegidos, no âmbito das decisões tomadas no procedimento administrativo de emissão, renovação da licença ou actualização

entidades —, nacional (artigo 15º do RLA), e residente em Estados-membros que sofram prováveis efeitos nocivos e significativos em virtude da exploração da instalação projectada (artigo 23º do RLA), a quem deve ser facultada a oportunidade de participar na tomada de decisão, fornecendo-lhe, para tanto, a informação necessária à elucidação das características da instalação em jogo. Não deve esquecer-se que a realização da fase da participação constitui, mais do que uma formalidade procedimental, uma condição de validade do acto autorizativo, por apelo ao radical constitucional do artigo 267º/5 da CRP (hoje reforçado, em sede urbanística, no artigo 65º/5 da CRP), cuja preterição gera nulidade daquele [ex vi o artigo 133º/2/d) do CPA]¹².

Acresce ainda um terceiro grupo de entidades privadas, cuja intervenção visa acelerar o procedimento autorizativo. Falamos das entidades acreditadas pelo Instituto Português da Qualidade, que podem validar o pedido de licença ambiental, dispensando a Administração de proceder a uma análise mais demorada das informações constantes do processo. Nos termos do artigo 16º/3 do RLA, o prazo de emissão da licença ambiental, caso exista validação dos elementos por estas entidades, fica reduzido a metade¹³.

Cumpra ainda alertar para o sistema de intercâmbio de informação que o RLA urdiu, em sintonia com a directiva 96/61/CE, que obriga à apresentação à Comissão Europeia de um relatório sobre as emissões poluentes produzidas pelas instalações, novas e existentes, sujeitas ao regime de prevenção e controlo integrados da poluição, nos termos do artigo 35º do RLA.

1.3. A descrição do procedimento decisório deve começar por identificar cinco tipos de situações:

i) a concessão da licença inicial (artigo 16º do RLA);

das condições de uma licença ambiental, bem como o público afectado ou susceptível de ser afectado por essa decisão, designadamente as organizações não governamentais de ambiente (ONGA)".

¹² José Manuel SÉRVULO CORREIA, **O direito à audiência prévia e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa**, in CCL, nºs 9/10, 1994, pp. 133 segs, 156 segs. Outros Autores têm sustentado esta posição: Vasco PEREIRA DA SILVA, **Em busca do acto administrativo perdido**, Coimbra, 1996, p. 429; David DUARTE, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, Coimbra, 1996, pp. 140 segs.

¹³ Veja-se também o artigo 10º/3 do RLA.

[Voltar ao índice](#)

ii) a emissão de uma nova licença por caducidade da primeira, em virtude de não utilização pelo operador num prazo de dois anos após notificação (artigo 21º/1 do RLA);

iii) a renovação da licença por verificação do termo final [10 anos: artigo 18º/2/g) do RLA] — artigo 20º/1 e 2 do RLA;

iv) a alteração substancial da instalação, que gera emissão de nova licença e revogação parcial da anterior (artigo 11º/5 do RLA);

v) a renovação da licença em virtude de circunstâncias supervenientes, que gera emissão de nova licença e revogação, total ou parcial, da anterior (artigo 20º/3 do RLA).

À excepção da situação ii)¹⁴, todas as restantes seguem o mesmo *iter* procedimental — sendo certo que, no que respeita aos elementos que constam do pedido, apenas deverão ser aditados os que mereceram actualização (artigo 20º/2 do RLA). A situação v) envolve uma alteração à lógica da estabilidade do acto autorizativo que, pela sua originalidade e complexidade, analisaremos em separado (v. *infra*, **1.4.1.**).

O pedido de licença deve conter os elementos enunciados no artigo 11º/1 do RLA — ao cabo e ao resto, a descrição das características da instalação, das emissões que produzirá e das tecnologias e medidas previstas para a minimização dos efeitos nefastos destas. Tudo isto de forma inteligível a um público médio, através de um resumo não técnico [cfr. a alínea l)], que se destina a elucidar todos os que queiram consultar os pedidos de licença, suas renovações e eventuais actualizações (cfr. os artigos 15º e 23º do RAL, no caso de instalações susceptíveis de causar efeitos lesivos a um ou mais Estados-membros). Ao operador cabe demonstrar que a instalação não envolve riscos intoleráveis para a saúde e para o ambiente — para além do risco residual inerente a um empreendimento do tipo —, e que utiliza a melhor tecnologia disponível no mercado para minimizar tais riscos, na medida do tecnicamente possível (cfr. esp. a alínea f) do artigo 11º/1 do RLA). Trata-se de uma forma de

¹⁴ Nesta hipótese, a APA pode "recuperar" os elementos procedimentais que se mantenham válidos, em decisão fundamentada. Tratar-se-á principalmente de aferir se sobreveio alguma alteração substancial que implique reavaliação das técnicas utilizadas, das medidas de minimização e das alternativas equacionadas pelo operador. Se tal se verificar, pouco se conseguirá salvar do procedimento anterior; nomeadamente, a consulta pública deverá repetir-se, uma vez que estarão em causa possíveis novos impactos, ainda não apreciados.

operacionalizar a propalada inversão do ónus da prova que decorreria do princípio da precaução, nomeado mas não delineado ou definido no artigo 7º do RLA, que constitui, afinal, um imperativo básico de prevenção de riscos que o operador, melhor que ninguém, está em condições de avaliar.

Uma vez apresentado o pedido à entidade coordenadora, esta remete-o à APA num prazo a determinar pelo regime específico de licenciamento da actividade, sendo certo que, na falta de indicação, é de 3 dias — artigo 11º/3 e 4 do RLA. Seguidamente, a APA procede à verificação preliminar da conformidade do pedido com as exigências prescritas no artigo 11º do RLA, num prazo de 15 dias após o recebimento do mesmo. Nesta fase, de acordo com o artigo 13º do RLA, a APA pode enveredar por uma de três atitudes:

- i) Verificação da conformidade (nº 7);
- ii) Até 7 dias após a recepção do pedido, solicitação de informações suplementares à entidade coordenadora, que transmitirá tal convite ao operador, o qual deverá responder-lhe em 45 dias (nºs 2/a) e 4). Se a insuficiência subsistir, a APA deve indeferir liminarmente, em 5 dias (nº 6);
- iii) Verificação da desconformidade, com as consequências inerentes (necessidade de dar início a um novo procedimento) — nº 2/b).

Havendo verificação da conformidade ou indeferimento liminar, dispõe a APA do referido prazo de 15 dias para comunicar a situação à entidade coordenadora (artigo 13º/8 do RLA). Tendo o operador sido solicitado para fornecer dados suplementares, o prazo de 15 dias suspende-se até apresentação, pelo operador, dos elementos necessários à boa instrução do pedido — ou até ao término do prazo de que dispõe para o fazer (artigo 13º/5 do RLA).

O artigo 13º/3 do RLA enuncia ainda uma hipótese de realização de conferência instrutória com o operador, que pressupõe a conformidade do pedido. Esta conferência, a convocar num prazo de 15 dias, visa avaliar as condições de procedibilidade do pedido e parece ter especial utilidade nos casos em que o operador requereu a realização simultânea do licenciamento ambiental: - com a avaliação de impacto ambiental; ou - com a aprovação do Relatório de Segurança (cfr. o artigo 12º/3 do RLA). Trata-se de "juntar à

mesma mesa" as entidades com intervenção nestes procedimentos¹⁵ — para além da APA, claro —, no sentido de equacionar os impactos da instalação projectada, e a adequação e a suficiência das medidas de minimização propostas pelo operador, de molde a viabilizar o deferimento do pedido.

A esta fase de saneamento preliminar sucede-se a ponderação instrutória, na qual se procede a uma avaliação técnica do pedido — que pode envolver visitas técnicas ao local e reuniões com o operador (artigo 14º/2 do RLA).

Tendo analisado os elementos da pretensão do operador e avaliado a conformidade desta com o quadro, legislativo e técnico, aplicável, a APA deve publicitar a existência do pedido e a possibilidade da sua consulta (com todos os elementos que o integram, à excepção de documentos objecto de segredo comercial ou industrial¹⁶), nas suas instalações ou nas das CCDRs das áreas geográficas onde se projecta a implantação da instalação. O artigo 15º do RLA elucida-nos sobre os elementos que devem ser sujeitos a publicitação, bem assim como os trâmites a observar. Cumpre sublinhar que, ao contrário do que sucede no procedimento de avaliação de impacto ambiental, a participação do público em sede de licenciamento ambiental se realiza apenas na modalidade escrita — artigo 15º/6 do RLA¹⁷.

O prazo fixado pelo legislador para o período de participação pública levanta-nos dúvidas. Isto porque, se no caso de ter havido AIA parecem suficientes os 15 dias definidos pelo nº 4 do artigo 15º do RLA, já os 20 dias

¹⁵ Esta conferência instrutória poderá contar com um representante da Comissão de Avaliação nomeada no procedimento de AIA; com representantes de entidades externas que devam ser consultadas no âmbito do procedimento de AIA (cfr. o artigo 13º/9 do DL 69/2000, de 3 de Maio); com um representante da Autoridade Nacional de Protecção Civil, no plano da prevenção de acidentes graves.

¹⁶ Cfr. o artigo 15º/10. Cabe ao operador destacar estes documentos em volume próprio, de modo a preservá-los dos olhos do público (e dos concorrentes), permitindo a consulta de todos os restantes elementos do procedimento.

¹⁷ Isto sem embargo de o procedimento de licenciamento ambiental decorrer em simultâneo com o procedimento de avaliação de impacto ambiental, por opção do operador — artigos 12º/3 e 15º/8 do RLA. Esta simultaneidade temporal não implica fatalmente a redução da participação pública, no procedimento de AIA, à dimensão escrita. Será a APA, em função da natureza e complexidade do projecto, a decidir se promove audiências públicas ou mera consulta de documentos com observações escritas — artigo 14º/3 do DL 69/2000, de 3 de Maio. O que acontece é que, em sede específica de licenciamento ambiental, a tecnicidade das informações adquire um grau que recomenda a produção de considerandos escritos.

previstos para "os restantes casos" nos merecem reservas. Em primeiro lugar, e se o legislador pretendeu abranger nestes "restantes casos" as situações de desenvolvimento simultâneo de procedimento de AIA e de licenciamento ambiental (cfr. o artigo 15º/1/g) e nº 8 do RLA), não pode querer com isso reduzir os prazos estabelecidos no artigo 14º/2 do DL 69/2000, de 3 de Maio, com as alterações introduzidas pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro (regime da avaliação de impacto ambiental = RAIA): 30 a 50 dias para projectos do Anexo I; 20 a 30 para projectos do Anexo II; estes devem prevalecer. Em segundo lugar, mesmo que o legislador estivesse apenas a pensar nos casos em que à emissão de licença ambiental não antecede a realização de AIA — o que, se a memória nos não atraiçoa, se afigura praticamente impossível, ressalvados os casos de dispensa de AIA —, os 20 dias revelar-se-ão tendencialmente sempre insuficientes, dada a complexidade dos elementos em análise. Não pode olvidar-se o *indirizzo* do nº 3 do artigo 6 da Convenção de Aarhus, que apela ao estabelecimento de "prazos razoáveis" com vista a uma participação efectiva do público. Um prazo menor que 30 dias (tomando por norte o regime da AIA) é atentatório deste imperativo.

Esta ponderação instrutória vai desaguar na licença ambiental. Estabelece o artigo 18º/1 do RAL:

"A licença ambiental tem em consideração os documentos de referência sobre as MTDs para os sectores de actividade abrangidos pelo presente decreto-lei e inclui todas as medidas necessárias ao cumprimento das condições referidas nos artigos 5º e 7º, a fim de assegurar a protecção do ar, da água e do solo, e de prevenir ou reduzir a poluição sonora e a produção de resíduos, com o objectivo de alcançar um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo".

Duas notas a propósito desta disposição:

i) Em primeiro lugar, para sublinhar a estreita articulação que a gestão do risco de poluição envolve com a fórmula das melhores técnicas disponíveis (cfr. as alíneas d) e l) do artigo 2º do RLA) e para iluminar o papel que a

Comissão Consultiva tem no preenchimento desta fórmula¹⁸. Com efeito, a Comissão Consultiva a que alude o artigo 8º do RAL tem por competência, não só a análise das melhores técnicas disponíveis por sector de actividade, como a publicitação de documentos de suporte e informação sobre tais técnicas. Estes documentos constituem verdadeiras directivas de auto-vinculação administrativa ("perícias antecipadas", na perspectiva alemã¹⁹), essenciais à elucidação da APA na análise dos pedidos e na fundamentação das condições impostas na licença, bem como dos proponentes, que atentarão nesta informação de forma a obter o deferimento dos pedidos de licença.

Não significa isto que tais directivas tenham eficácia externa no sentido de prevalecerem sobre normas emanadas do poder legislativo (o que atentaria contra o artigo 112º/5 da CRP). Estes instrumentos induzem a igualdade de tratamento dos operadores dentro do mesmo sector de actividade, prevenindo a possibilidade de distorções de concorrência — mas não constituindo um absoluto bloqueio à introdução de condições mais restritivas, caso a situação concreta o reclame (cfr. o artigo 18º/3 do RLA). A ponderação de aspectos como o efeito cumulativo da poluição ou as características geográficas do local onde se vai situar a instalação podem obrigar a, fundamentadamente, tratar desigualmente o que só na aparência é igual (veja-se também o artigo 18º/5/b) do RLA). O efeito redutor da margem de livre apreciação administrativa veiculado pelas directivas contrai-se onde ponderações casuísticas se impõem, em homenagem aos princípios da imparcialidade e proporcionalidade.

Tão-pouco o conteúdo de tais directivas se deve considerar vinculante para o juiz que eventualmente tiver que rever a validade de uma licença ambiental cujo conteúdo técnico nelas se basear. Conforme escrevemos noutro local, "o juiz deve, sublinha BREUER, quedar-se dentro das «fronteiras da substituíbilidade da decisão». Este controlo reduzido é norteado pelo princípio da

¹⁸ Sobre alguns problemas levantados pela introdução da fórmula das *melhores técnicas disponíveis* no RLA, veja-se José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, **A licença...**, cit., pp. 77 segs; Vasco PEREIRA DA SILVA, **Verde. Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente**, Coimbra, 2002, pp. 201-202.

¹⁹ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, Coimbra, 2007, p. 491.

proporcionalidade — ao cabo e ao resto, o mesmo que suporta a avaliação administrativa da necessidade e adequação das opções enunciadas, bem como e principalmente, o que deve justificar o equilíbrio da solução final. O juiz não pode refazer o juízo ponderativo da Administração Pública, mas é-lhe assegurada, na sua função de controlo de validade da decisão, a possibilidade de analisar a correcção abstracta de aplicação dos parâmetros referidos. A redução do poder de revisão jurisdicional a um exercício de eliminação das opções manifestamente infundadas é o resultado da auto-contenção imposta pelo princípio da separação de poderes, que impede o juiz de praticar actos de administração activa. A «última palavra» deve ser deixada à Administração, pois é sobre ela que recaem as responsabilidades em caso de lesão de bens jurídicos fundamentais²⁰;

ii) Em segundo lugar, para chamar a atenção para a expressão que o princípio da correcção na fonte (artigo 3º/a), 2º segmento, da LBA) encontra na licença ambiental, através do estabelecimento de um conjunto de deveres de protecção do ambiente e da saúde a cargo do operador — qual contrapartida do lucro retirado da actividade industrial. O nº 2 do artigo 18º do RLA, que há-de ser lido conjugadamente com o artigo 5º do mesmo diploma, é bem exemplificativo da dimensão impositiva que a salvaguarda dos valores ambientais induz e que a Lei Fundamental desde logo suporta, na 2ª parte do nº 1 do artigo 66º. O dever fundamental de proteger o ambiente ganha especial relevo nos casos de actividades de intenso impacto degenerativo dos componentes ambientais — conquanto não se esgote nesses casos²¹.

A necessidade de antecipar riscos neutralizando-os na sua fonte de geração (ou minimizando-os) pode levar a Administração — leia-se: a APA —, apoiada nas directivas da Comissão Consultiva, a estabelecer cláusulas modais diversas do que a lei directamente prescreve. O artigo 18º/3 do RLA, a que já aludimos *supra*, é uma cláusula geral habilitante da inserção de modos necessários a uma protecção eficaz dos interesses públicos em jogo, e deve

²⁰ Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 493-494.

²¹ Cfr. Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 187 e segs. V. também Tiago ANTUNES, **Ambiente: um direito, mas também um dever**, in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005, pp. 645 segs.

ser lido conjugadamente com o artigo 121º do CPA — nomeadamente, no que concerne à ligação entre o modo fixado e o fim do acto, e à proporcionalidade que deve envolver esta eventual fixação. O RLA resolve o problema da consequência do incumprimento destas obrigações modais no plano do poder sancionatório, estabelecendo que a exploração de actividades sujeita a licença ambiental com inobservância das prescrições desta, é passível de aplicação de coima, além de poder gerar outras sanções acessórias, como a suspensão da laboração e até o encerramento da instalação [cfr. os artigos 32º/2/a) e b) e 33º do RLA; 22º e 30º/1 da Lei 50/2006, de 29 de Agosto — Lei-quadro das contra-ordenações ambientais].

Melhor andou o legislador na Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, ao cominar com a figura da revogação-sanção o incumprimento das condições estabelecidas no título de utilização dos recursos hídricos [veja-se o artigo 69º/4/a) e b)]. Este instituto, que o CPA ignorou e cuja ausência sérias dificuldades provoca na articulação entre os artigos 121º e 140º do CPA (no plano da revogação dos "actos constitutivos de direitos")²², atrai a impugnação dos actos sancionatórios para a jurisdição administrativa, ao contrário da solução do RLA, que os atira para a jurisdição comum [cfr. o artigo 4º/1/I), *in fine*, do ETAF], quando é da avaliação de questões típicas da relação jurídica administrativa que se trata.

Completada a ponderação instrutória, chegamos à fase da decisão.

1.4. Uma vez realizadas as ponderações técnicas necessárias, e incorporados os resultados da participação pública (se os houver), segue-se a emissão, pela APA, da licença ambiental, num prazo-regra que medeia entre os 55 dias (se o projecto foi sujeito a avaliação de impacto ambiental — *v. infra*, **2.1.**) e os 75 dias (se tal avaliação não ocorreu), nos termos do artigo 16º/1 e 2 do RLA²³. Há ainda que ter em consideração quatro possíveis prazos "especiais":

²² Sobre o problema, veja-se o nosso **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 643 segs.

²³ Como nota Raquel CARVALHO (**Licença ambiental como procedimento autorizativo**, in *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, 2003, pp. 235 segs, 245), a diferença justifica-se em função da pré-ponderação ocorrida no procedimento de AIA.

i) por um lado, a redução destes prazos a metade, em caso de validação do pedido de licença ambiental por entidades acreditadas (artigo 16º/3 do RLA);

ii) por outro lado, a realização simultânea do licenciamento ambiental, ou com o procedimento de avaliação de impacto ambiental, ou com a aprovação do Relatório de Segurança, no âmbito da prevenção de acidentes graves (artigo 16º/4 do RLA): em qualquer uma destas situações, a APA dispõe de 10 dias para emissão da licença após a emissão de DIA favorável/condicionalmente favorável, ou da aprovação do Relatório de Segurança²⁴;

iii) a inserção do licenciamento ambiental num procedimento de licenciamento de utilização de recursos hídricos pode implicar que a emissão de licença ambiental tenha que aguardar o envio do título de utilização, devendo ser passada até três dias após a recepção deste pela APA (artigo 16º/5 do RLA);

iv) o licenciamento ambiental de uma instalação cujo funcionamento possa produzir emissões com impactos nocivos e significativos no plano transnacional obriga a APA a comunicar às autoridades competentes dos Estados-membros da União Europeia a realização do procedimento, a fim de propiciar a participação do público interessado aí residente. Tal comunicação suspende os prazos de decisão previstos no artigo 16º/1 a 5 do RLA, ficando a conclusão do procedimento nacional dependente da comunicação dos resultados da consulta público pelas autoridades dos Estados-membros reflexamente atingidos (artigo 23º/4 do RLA).

Na fase da decisão, a margem de livre decisão da APA é considerável pois, a par de fundamentos de indeferimento inquestionáveis [DIA desfavorável; não aprovação do Relatório de Segurança; indeferimento do pedido de utilização dos recursos hídricos ou de título de emissão de GEEs; incapacidade de a instalação conter as emissões produzidas nos valores-limite admissíveis — cfr. o artigo 16º/6/a), b), c), d) e e) do RLA], a Administração goza de ampla discricionariedade, tanto pela remissão para as obrigações do operador

²⁴ Os mesmos 10 dias constituem prazo para indeferimento do pedido de licença ambiental em caso de emissão de DIA desfavorável ou não aprovação do Relatório de Segurança.

previstas no artigo 5º do RLA — a avaliação da *adequação* das medidas propostas, no contexto das melhores técnicas disponíveis [alínea a)]; a consideração da *importância* da poluição que se virá a produzir [alínea b)]; a constatação da utilização *eficiente* da energia e da água [alínea d)]; a verificação da adopção das medidas *necessárias* para prevenir acidentes [alínea e)] (v. *infra*, **2.2.**²⁵) —, como pela "fresta" aberta pela alínea f) do nº 6 do artigo 16º, que admite o indeferimento em caso de contrariedade ou incumprimento das especificações do pedido com condicionamentos em vigor, desde que tais desconformidades "tenham relevo suficiente" para impedir a exploração da instalação.

Esta margem de manobra é controlável pela justiça administrativa, no respeito pelas "valorações próprias do exercício da função administrativa" (cfr. os artigos 71º/2 e 95º/2 do CPTA). Ou seja, o juiz pode traçar balizas de reexercício da competência — caso conclua pela invalidade do acto —, mas não pode substituir-se à entidade com competência autorizativa. Elemento fulcral de apoio à sindicância destas decisões é a fundamentação, na qual a Administração deve expor o *iter* argumentativo que motivou a tomada de decisão, a prognose que os factos lhe mereceram em função dos dados técnicos apresentados, a adequação e equilíbrio dos deveres impostos ao operador (cfr. os artigos 124º e 125º do CPA). Referência ineliminável no conteúdo da fundamentação reporta-se às observações produzidas em sede de participação pública [cfr. os artigos 15º/7 e 23º/5 do RLA], embora se deva admitir, por uma questão de razoabilidade, que a ponderação administrativa incida sobre aquelas que foram reiteradamente formuladas e que se encontrem apoiadas em dados credíveis (cfr. o artigo 14º/5 do RAIA).

Ainda que o RLA não faça menção a esse aspecto, julgamos que a APA deve ouvir o interessado antes de proferir a decisão sobre o pedido da licença, sobretudo se a decisão for desfavorável. Os artigos 100º segs do CPA têm aqui plena aplicação uma vez que, apesar de não constituir um acto externo, o indeferimento do pedido de licença tem um efeito preclusivo relativamente a actos posteriores — configurando aquilo a que a doutrina

²⁵ A exibição do Relatório de Segurança aprovado pela própria APA deve considerar-se uma forma de redução da margem de livre decisão neste ponto, como se verá no ponto indicado no texto.

alemã qualifica de *Vorbescheid*: um acto prévio²⁶. Os artigos 9º/2, 15º/2/j), e 17º/3 do RLA confirmam esta afirmação, iluminando igualmente a faceta conformativa da licença, que integra a autorização de exploração (no plano do licenciamento industrial — v. *infra*, **2.3.**).

A licença ambiental tem um prazo de validade máximo de 10 anos, nos termos da alínea g) do nº 2 do artigo 18º do RLA (sem prejuízo da possibilidade de actualização aberta pelo artigo 20º/3 — v. *infra*, **1.4.1.**). O legislador suprimiu a referência a um limite mínimo (era de cinco anos, ao abrigo do artigo 10º/2/g) do DL 194/2000, de 21 de Agosto), promovendo a confiança dos operadores na possibilidade de amortização do investimento, e apostando em que uma década constitui um patamar aceitável de balanço da evolução tecnológica e da necessidade de preservar o ambiente e a saúde de acordo com a melhor técnica disponível. O RLA não esclarece desde quando se começa a contar este prazo: se desde a comunicação à entidade coordenadora, se desde a emissão da licença de exploração. Parece-nos que, uma vez integrando a licença ambiental a licença de exploração, o prazo de validade da primeira deve contar-se a partir do momento em que o acto integrativo é praticado, quer porque só então surte os seus efeitos práticos²⁷, quer porque não deverá onerar-se o particular com a consumição do prazo em trâmites procedimentais.

A decisão, positiva ou negativa, sobre o pedido de licença ambiental é comunicada pela APA à entidade coordenadora, com conhecimento ao operador (artigo 16º/8 do RLA), e publicamente divulgada (artigo 19º do RLA). A licença ambiental é enviada à entidade coordenadora, ficando na posse

²⁶ Sobre a figura dos actos prévios, veja-se Filipa URBANO CALVÃO, **Os actos precários e os actos provisórios em Direito Administrativo**, Porto, 1998, pp. 47 segs. Em especial, quanto à licença ambiental como acto prévio, José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, **A licença...**, cit., p. 70; Raquel CARVALHO, **Licença ambiental...**, cit., pp. 253 a 255.

²⁷ Note-se que uma instalação pode iniciar a laboração sem licença de exploração, se o operador tiver requerido a vistoria com vista à emissão desta, nos termos do artigo 14º/3 do DL 69/2003, de 10 de Abril, e desde que se não trate de situações excluídas no nº 4 do mesmo preceito (v. também o artigo 15º/3 do Decreto Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril). A licença de exploração é válida por sete anos (artigo 20º/1 do Decreto Regulamentar 8/2003), findos os quais deverá ser sujeita a reexame (cfr. também o artigo 14º/2 do DL 69/2003). Conviria uniformizar o prazo da licença de exploração com o da licença ambiental, uma vez que de nada serve ao operador deter uma licença ainda válida mas ineficaz, por caducidade do acto integrativo...

desta, salvo no caso de instalações de produção de electricidade, no âmbito dos quais é entregue directamente ao operador (artigo 16º/9 do RLA).

1.4.1. Uma das virtudes apontadas ao DL 194/2000 era a recusa de licenciamentos tácitos. Ao contrário da solução adoptada pelo legislador em sede de avaliação de impacto ambiental (cfr. o artigo 19º/1 do RAIA), o anterior regime era mais coerente com o princípio da prevenção (e da decisão) e mais temente aos *indirizzos* da jurisprudência comunitária, pois consagrava o dever de decisão expressa, no artigo 21º/5²⁸. Com efeito, o Tribunal de Justiça já por diversas vezes teve oportunidade de se pronunciar no sentido da absoluta necessidade de erradicação da técnica da valoração positiva do silêncio em sede de procedimentos autorizativos ambientais, em virtude da demissão ponderativa que tal técnica veicula²⁹.

Não obstante os ecos da jurisprudência comunitária e os avisos da doutrina, o *canto de sereia* dos industriais foi mais forte — e a confissão de impotência da máquina administrativa também... —, tendo o malfadado deferimento tácito sido introduzido no RLA pelo artigo 17º. Curiosamente, por lapso ou rebate de consciência do legislador, o artigo 2º/i) do RLA continua a definir a licença ambiental como uma "decisão escrita"... que deverá corresponder, hoje, à certidão a que se reporta o nº 2 do artigo 17º. Com efeito, ao operador é remetida comunicação de que o prazo decorreu sem que sobreviesse qualquer decisão — o que é o mesmo que comunicar-lhe o deferimento do pedido. À entidade coordenadora a APA remete... o pedido de licença ambiental e os resultados da participação pública (quando tenha ocorrido), e confia na competência desta para fazer cumprir os valores-limite de emissões e a utilização das melhores técnicas disponíveis (artigo 17º/3 do RLA).

Esta é uma má solução, que suscita, entre outros, os seguintes problemas:

i) A ausência de ponderação que este "procedimento" indicia é assustadora. Não deve esquecer-se que a APA tem, nos termos do artigo

²⁸ Aplaudindo a opção legislativa, José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, **A licença...**, *cit.*, p. 75; Raquel CARVALHO, **Licença ambiental...**, *cit.*, p. 261.

²⁹ Cfr. os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, Caso C-360/87, e de 14 de Junho de 2001, Caso C-230/00, este último com anotação de José Eduardo FIGUEIREDO DIAS — **Anotação ao Acórdão do TJCE de 14 de Junho de 2001**, in *Revista do CEDOUA*, 2001/2, pp. 72 segs.

18º/3, 4, 5 e 6 do RLA, o poder-dever de conformar a relação jurídica autorizativa de acordo com um conjunto de circunstâncias — técnicas, geográficas, ambientais — que ao operador são alheias. São razões de interesse público, que reflectem ponderações de ordem ambiental e social, e que ficam olímpicamente ignoradas nesta ficção de decisão. E nem se diga que a entidade coordenadora estará habilitada para as suprir: afirmar tal seria esvaziar a necessidade de realização do licenciamento ambiental — que é, ao cabo e ao resto, o que sucede na situação de deferimento tácito, contra a Constituição, contra a LBA, contra a directiva 96/61/CE...

ii) O susto é ainda maior se pensarmos que um deferimento tácito de uma licença ambiental se pode suceder a um deferimento tácito da declaração de impacto ambiental (ou a uma dispensa de avaliação de impacto ambiental). Na verdade, o legislador impede a formação tácita da licença ambiental nos casos de DIA desfavorável (artigo 17º/1 e 16º/6/a) do RLA), mas não veda a possibilidade de emergência de uma licença ambiental silente precedida de uma DIA silente... E pode mesmo gerar-se o pânico se pensarmos que a ausência de procedimento na base do licenciamento silente pode ir até à convalidação de um pedido que, nos termos do artigo 13º do RLA, deveria ter sido liminarmente indeferido ou julgado desconforme;

iii) O RLA abre portas à violação do regime da Convenção de Aarhus e da directiva 2003/4/CE, do Parlamento e do Conselho, de 28 de Janeiro, ao admitir — expressamente! —, que o procedimento de atribuição de licenças ambientais pode ocorrer sem a possibilidade de participação pública. Pode ler-se no nº 3 do artigo 17º do RLA, a propósito da consideração, pela entidade coordenadora, entre outros, dos resultados da participação pública (nos termos do artigo 15º), a ressalva a "quando a mesma tenha ocorrido"... Esta falha, como já tivemos oportunidade de afirmar, gera nulidade da decisão silente, por violação do artigo 267º/5 da CRP, conjugado com o artigo 133º/2/d) do CPA;

iv) O legislador, à semelhança do que fez no regime da avaliação de impacto ambiental, vacinou os procedimentos de licenciamento ambiental com impactos transfronteiriços contra este veneno — veja-se o artigo 23º/4 do RLA. É um claro sinal de hipocrisia, do síndrome do "bom aluno" à face da

Comunidade — mascarado pela desculpa da incerteza dos prazos —, que desdobra os licenciamentos ambientais em procedimentos de 1ª (os verdadeiros, transnacionais, em que a ponderação fica assegurada), e de 2ª (os falsos, estritamente nacionais, em que a ponderação é negligenciada). A aparente discriminação *a rebours* acaba, no entanto, por afectar o espaço europeu — e mundial — no seu todo, porque a poluição não conhece fronteiras e a interdependência dos fenómenos ambientais não se compadece com estas "manobras" para União Europeia ver...

v) O legislador chega à desvergonha de isentar do pagamento de qualquer taxa um operador que recebe uma licença silente! Pode ler-se no artigo 30º/4 do RLA que, caso o prazo para decisão tenha decorrido sem que esta tenha surgido, ao operador será devolvido o valor da taxa paga para apreciação do pedido, *por inteiro*. A confissão de culpa não podia ser mais óbvia — nem mais escandalosa...

Dir-se-á que estamos a exagerar... Mas a jurisprudência comunitária e o radical da prevenção apoiam a nossa posição. É que há actos silentes e actos silentes: um acto silente que resulte de um procedimento completo, no qual só faltou a notificação do requerente, não choca — não há qualquer demissão da Administração. Com um pouco mais de tolerância, uma licença ambiental nascida do silêncio mas apoiada numa DIA expressa favorável + num pedido validado por entidade certificada (ou num pedido que tenha merecido, pelo menos, um juízo de conformidade) + numa fase de consulta pública genericamente favorável (ou não desfavorável) ao projecto, enfim, apoiada num conjunto de elementos que garantissem uma ponderação mínima dos impactos da instalação, ainda se aceitaria³⁰. Através da solução plasmada no RLA, contudo, o legislador rasgou uma autoestrada para a ilegalidade, onde ficam potencialmente ameaçados interesses sanitários e ecológicos.

Perante este quadro, qualquer interessado — actor popular, ONGA, Município, Ministério Público — poderá propor, junto do tribunal administrativo territorialmente competente, uma acção administrativa especial de impugnação da decisão silente contra a licença de exploração, que a

³⁰ Cfr. as nossas reflexões sobre este ponto no nosso **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 619 segs.

integra. Note-se que a licença ambiental, expressa ou tácita, só ganha eficácia com o início de funcionamento da instalação e, *de per se*, não produz quaisquer efeitos no plano da alteração da realidade de facto (ao contrário da DIA favorável). Destarte, os três meses a que se reporta o artigo 58º/2/b) do CPTA deverão contar-se desde o conhecimento da emissão da licença de exploração pelos terceiros interessados (cfr. o artigo 59º/3/c) do CPTA).

O artigo 17º/1 do RLA tentou atenuar o impacto negativo da solução do deferimento tácito proibindo a formação de acto silente em casos de verificação de algum dos fundamentos de indeferimento constantes das alíneas a) a e) do artigo 16º/6 — sendo certo que, nas alíneas d) e e) se pressupõe uma avaliação activa das condições aí descritas... Fica-nos, porém, a dúvida de saber como se manifesta este indeferimento. É igualmente tácito?

Quanto ao operador, esfregará as mãos de contentamento — até ao primeiro pedido de indemnização por dano pessoal ou ecológico que lhe bata à porta³¹. A APA, que se demitiu de realizar a ponderação decisória, enviar-lhe-á certidão comprovativa do decurso do prazo — ou seja, prova da aprovação tácita do pedido. Caso nem a esse trabalho se dê, ao operador caberá promover uma intimação para passagem de certidão, ao abrigo dos artigos 104º e segs do CPTA, por remissão do artigo 22º/2 do RLA. Não se trata de condenação à prática de acto devido, pois a lei encarregou-se de transformar o decurso do tempo numa decisão — o que está em causa é o mero reconhecimento formal da existência (?) daquela.

Poderá este processo redundar numa recusa da Administração em emitir a certidão por constatar estar-se em presença de um caso de indeferimento vinculado, ao abrigo da fórmula-travão do nº 1 do artigo 17º [por remissão para o 16º/6/a) a e)] do RLA? Aí poderemos enfrentar um problema espinhoso:

³¹ E que o deferimento tácito do pedido não inibe, embora atire inequivocamente para os ombros da APA uma proporção considerável da culpa, caso se prove a causalidade entre o défice de ponderação e o dano. Esta consequência reflexa faz-nos equacionar a possibilidade de o próprio operador exigir da APA uma tomada de decisão expressa, isto admitindo que o juiz lhe reconheceria interesse processual para propor, ainda antes da emissão da licença de exploração e "contra si mesmo", uma acção administrativa especial de impugnação da licença tácita, acompanhada do pedido de condenação da APA à realização da ponderação devida (cfr. o artigo 51º/4 do CPTA).

por força da passagem do tempo e pela não superveniência de decisão negativa, formou-se deferimento tácito — de um acto prévio. Se a Administração não se opõe à emissão de certidão do deferimento, *pretenderá* conferir eficácia a um acto nulo (porque destituído de um elemento essencial) — o que não impede que entidades posteriormente intervenientes no procedimento de licenciamento da instalação aborem o mesmo por carência de licença ambiental válida (artigo 9º/1 do RLA); se se opõe à emissão, alegando ter afinal indeferido a pretensão, estará a declarar nulo o acto tácito de deferimento? A revogá-lo por violação do dever de ponderação? (Ou nenhuma das duas?) Se assim for, deverá o juiz considerar o processo supervenientemente inútil, uma vez que dele não poderá resultar nenhuma certidão comprovativa do deferimento tácito (que não existiu), absolvendo a APA do pedido? E o operador, intenta de seguida uma acção administrativa especial de impugnação do indeferimento? Desde quando se contará o prazo de propositura desta acção — do final do prazo procedimental ou do dia da notificação da decisão judicial absolvendo a APA da instância?

1.4.2. A inconstância da relação autorizativa ambiental deve-se à mutabilidade dos dados de facto que conforma. A capacidade regenerativa dos recursos, bem como a capacidade assimilativa dos mesmos, alteram-se rapidamente, em virtude da crescente industrialização e da contínua mutação dos processos técnicos utilizados. A um princípio de estabilidade da relação jurídica autorizativa, o Direito do Ambiente vem contrapondo um princípio de revisibilidade, directamente filiado na necessidade de gerir a incerteza associada à técnica³² (ou, segundo outros, uma decorrência do "princípio da precaução"). Quer o Direito Internacional Público (cfr. a jurisprudência *Trail Smelter*, 1938/41, e *Gabcikovo-Nagymaros*, 1995), quer o Direito Comunitário (veja-se o actual artigo 116 do TFUE), se renderam à dinâmica que a evolução científica provoca em situações que, do antecedente, se encontravam protegidas por máximas como a *pacta sunt*

³² Cfr. o nosso **Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, I, Lisboa, 2005, pp. 223 segs.

servanda e a uniformidade applicativa do Direito Comunitária. Os direitos nacionais, muito por influência do Direito Comunitário, vão-se deixando interpenetrar por esta nova lógica, que faz prevalecer os interesses sanitário e ambiental sobre direitos como a propriedade e a iniciativa privada.

O Direito Ambiental português conhece exemplos desta mudança de paradigma — todos constantes de leis sectoriais. Atente-se no artigo 29º/3 do RAlA, e na possibilidade de alteração da DIA por imposição unilateral da APA, a fim de "minimizar ou compensar significativos efeitos ambientais negativos, não previstos, ocorridos durante a construção, funcionamento, exploração ou desactivação do projecto". Confronte-se igualmente o disposto no artigo 67º/3 da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, que prevê várias situações justificativas do exercício da competência de revisão do título autorizativo de utilização dos recursos hídricos. Leia-se, finalmente, o nº 2 do artigo 14º do DL 69/2003, de 10 de Abril, onde se estatui que "as condições de exploração dos estabelecimentos industriais estão sujeitas a reavaliação, mediante vistoria, com a consequente actualização da respectiva licença de exploração industrial".

No que mais directamente nos interessa neste momento, identicamente a licença ambiental, enquanto acto que conforma os deveres do operador relativamente ao nível de emissões poluentes para ar, água e solo, é susceptível de sofrer inúmeras convulsões ao longo da sua vida útil, umas enquadráveis nos seus períodos de renovação, outras antecipando-se a estes.

Com efeito, visando fazer face à dinâmica da técnica na promoção da qualidade ambiental, a directiva 96/61/CE consagrou um artigo do seu articulado ao dever de reexame periódico das condições de licenciamento (artigo 13º). Ora, uma vez que a licença nunca poderá ser concedida por um período superior a dez anos [cfr. o artigo 18º/2/g) do RLA], poderá haver coincidência entre a actualização e a renovação. Mas, caso a APA, na sequência de uma inspecção de rotina ou por denúncia de terceiros (concorrentes ou público interessado), verifique que a instalação funciona com processos já obsoletos ou geradores de insegurança, que os valores-limite de emissões fixados devem ser revistos, ou se aperceba que alterações legislativas assim o exigem, deve comunicar ao operador, através da entidade

coordenadora, a necessidade de apresentar um pedido de renovação antecipado, nos termos do artigo 20º/3 e 4 do RLA.

O reexame deverá identicamente ocorrer em mais duas situações, previstas no artigo 10º do RLA. Sempre que o operador deseje proceder a uma alteração da exploração, terá que comunicar tal desígnio à APA. Esta entidade avaliará da intensidade da alteração e:

- caso a não considere substancial, promove um mero aditamento à licença (nº 3);
- caso a considere substancial, comunica à entidade coordenadora a necessidade de notificar o operador no sentido de iniciar um novo procedimento de licenciamento ambiental (nº 2).

Nos casos de antecipação do termo sem alteração das condições de exploração (substancial ou não substancial), esta competência de revisão/actualização suscitaria dificuldades caso não estivesse expressamente prevista, porquanto se trata de uma revogação substitutiva, figura que o CPA não acolhe. Na perspectiva tradicional, a antecipação do termo seria ilegal, uma vez que a lei procedimental administrativa não contempla, à semelhança da sua congénere alemã (cfr. o artigo 49/2, §§3º e 4º da VwVG) ou do artigo 67º/3/a) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, a modificação do título autorizativo em razão da alteração de circunstâncias. Antes pelo contrário, o artigo 140º/1/b) do CPA *blinda* o acto autorizativo — ainda que com a natureza de acto prévio, como a licença ambiental — contra o poder de revogação, modificativa ou extintiva, fazendo prevalecer uma visão arcaica de ultraprotecção do interesse privado em desfavor de uma tutela dinâmica do interesse público e dos interesses colectivos.

Naturalmente que a licença renovada, na qual se verteu a reponderação administrativa adveniente da consideração dos aspectos a que alude o nº 3 do artigo 20º do RLA, deve ser entendida como um acto lesivo para os efeitos de impugnação, administrativa e contenciosa. Os gravames renovados que passarão a impender sobre o operador poderão ser superiores à sua capacidade económica e desproporcionados em face do retorno que a actividade industrial lhe proporciona. Não é de descartar a possibilidade de tal renovação implicar a cessação da actividade económica e o subsequente

ressarcimento do operador, a título de indemnização por acto lícito, caso o prejuízo sofrido seja especial e anormal (cfr. o artigo 16º da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro)³³. Repare-se, no entanto, que se as alterações da técnica num determinado sector da indústria conduzirem à actualização de um conjunto alargado de licenças, dificilmente a especialidade do prejuízo poderá ser invocada com sucesso.

A questão da indemnização sofrerá um outro enfoque se se atentar na natureza contratualizada da licença ambiental, por força do cruzamento de interesses que envolve. Por um lado, o operador desenvolve uma actividade económica que se traduz num benefício directo para si e indirecto para a comunidade em que se situa (geração de emprego). Por outro lado, o operador prossegue um interesse individual titulado pela licença, mas os modos que esta integra são reflexo da sua vocação de promoção de interesses públicos (ambientais e sanitários). Nessa medida, há uma repartição de custos na actualização da licença, que a lógica da alteração contratual motivada por alteração das circunstâncias, prevista no artigo 437º do Código Civil, determina que deva ser equitativamente suportada pela Administração, caso a actualização importe num desequilíbrio insustentável da relação contratual. Se virmos a situação desta perspectiva, estaremos fora da "indemnização por facto lícito" e dentro de uma indemnização para-contratual, similar àquela que detectamos no âmbito da contratação pública e da "indemnização por imprevisão"³⁴.

1.5. À semelhança de vários outros procedimentos autorizativos ambientais, o RLA consagra procedimentos pós-decisórios de dois tipos: um, em vida da autorização (*i.*); outro, com a sua "morte" (*ii.*).

i) Uma autorização traduz uma determinada avaliação dos termos em que o seu destinatário pode desenvolver a sua actividade e envolve um duplo controlo: por um lado, por parte do próprio utilizador da autorização, primeiro responsável pelo bom cumprimento das condições que lhe foram impostas —

³³ Alertando para esta hipótese, Vasco PEREIRA DA SILVA, **Verde. Cor de Direito...**, *cit.*, p. 205.

³⁴ Sobre este ponto, Carla AMADO GOMES, **Risco e modificação...**, *cit.*, pp. 668 e segs.

monitorização (a.); por outro lado, pela entidade emitente da autorização, que se co-responsabiliza, em nome da boa prossecução dos interesses públicos a seu cargo, pelo acatamento das condições por parte do operador — fiscalização (b.).

a) A monitorização constitui um dever do operador, que deve comunicar periodicamente os resultados à APA (artigo 18º/2/d) do RLA). Esta obrigação integra o conteúdo da licença — cujo pedido não se considera completo sem a menção das medidas de monitorização previstas (artigo 11º/1/i) do RLA) —, prolongando assim a relação autorizativa muito além do momento de emissão do título. A prevenção do risco não se esgota — antes pelo contrário — na conformação das condições da autorização; ela *oxigena* o dever de protecção do ambiente que impende sobre o operador industrial de forma agravada e a monitorização constitui o instrumento de operacionalização da gestão dos factores potencialmente poluentes com vista à minimização dos seus efeitos nocivos.

O facto de se tratar de prevenir danos em bens de fruição colectiva leva a que os resultados das monitorizações sejam obrigatoriamente objecto de publicitação ao público interessado, nos termos do artigo 19º/c) do RLA. Não é de descartar, aqui ou na fase prévia do procedimento de concessão da licença, que qualquer falha de informação possa ser contornada pelos interessados através de uma intimação para prestação de informações, nos termos dos artigos 104º segs do CPTA, complementados pela Lei 19/06, de 12 de Junho (Lei do acesso à informação ambiental)³⁵.

b) A fiscalização é a outra face do *command* associado à técnica autorizativa. O *control* é levado a cabo a dois títulos:

- de uma banda, através da análise dos resultados da monitorização, que cumpre à APA;
- de outra banda, através de inspecções que os serviços da IGAOT, das CCDRs e das Administrações de Região Hidrográfica, bem como da entidade coordenadora, realizem relativamente aos operadores destinatários das

³⁵ Sobre as dimensões, procedimentais e processuais, do direito à informação ambiental, veja-se Carla AMADO GOMES, **O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime. Breve notícia sobre a Lei 19/2006, de 28 de Junho**, in RMP, nº 109, 2007, pp. 5 segs.

autorizações, para avaliar do correcto e pleno acatamento das obrigações constantes do título e de normas aplicáveis (artigo 31º do RLA). O operador encontra-se adstrito a um dever de toleração (*pati*) destas diligências.

Os resultados da fiscalização, quando detectem alguma patologia, podem redundar, ou na necessidade de revisão dos termos da autorização (conforme vimos *supra*), ou na aplicação de sanções aos operadores prevaricadores, nos termos dos artigos 32º e 33º do RLA — sem prejuízo do dever de reconstituição natural, sempre que possível (artigos 48º da LBA, e 15º e Anexo V do DL 147/2008, de 29 de Julho).

A periodicidade da fiscalização — ou, pelo menos, a sua activação imediata na sequência de um alerta — constitui um factor a todos os títulos relevante, quer no plano da prevenção de danos, quer no plano da imputação desses danos à Administração. Note-se que, caso resultem prejuízos da actividade de uma instalação, nomeadamente no que toca a emissões poluentes, esteja ela a decorrer nos termos da licença ou à margem dela, a Administração poderá ser chamada a responder, solidariamente, perante os lesados, na medida em que está investida no dever de fiscalizar. Tratando-se de imputação de responsabilidade a título omissivo, a Administração deverá demonstrar ao julgador que desenvolveu todas as diligências necessárias e suficientes para evitar o dano, se quiser eximir-se de indemnizar por facto ilícito (cfr. os artigos 10º/3 da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, e 486º do Código Civil).

ii) A "morte" da instalação determina, da parte do operador, a adopção de medidas de desmantelamento que salvaguardem os valores, ambientais e sanitários em jogo. O artigo 18º/2/e) do RLA indica como elemento essencial da licença a referência à adopção das medidas relativas à desactivação definitiva da instalação³⁶. É a última extensão do conteúdo conformativo da autorização, resultado da necessidade de prevenção de riscos e reflexo, uma vez mais, do princípio da correcção na fonte.

³⁶ Cfr. também o artigo 4º/2/g) do DL 69/03, de 10 de Abril.

2. A licença ambiental no universo dos actos autorizativos ambientais: alguns nódulos problemáticos decorrentes da necessidade de articulação com outros procedimentos autorizativos

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar em sede de considerações introdutórias, a licença ambiental é um instrumento de controlo integrado da poluição que tem uma natureza concentracionista — absorve um conjunto de autorizações parciais que do antecedente eram necessárias ao funcionamento de actividades potencialmente poluentes. Esse efeito de substituição resultava bem nítido da leitura dos artigos 29º, 30º, 31º e 32º do DL 194/2000, de 26 de Agosto, agora revogado, e encontrava-se ainda antes esboçado no artigo 27º/1/h), 1ª parte da LBA. A complexidade não ficou, no entanto, totalmente resolvida com a introdução da licença ambiental.

Um dos problemas que com mais acuidade se tem colocado ao legislador ambiental é da simplificação procedimental, em virtude da multiplicação de actos sucessivos tendentes à conformação da decisão final autorizativa. Até muito recentemente, era normal a cumulação (sucessiva) da declaração de impacto ambiental, da licença ambiental, da licença de construção, da licença de instalação e de exploração — numa linha procedimental básica. A intervenção de entidades nestes procedimentos é por vezes dupla ou tripla, o que recomendaria a coordenação procedimental com vista ao incremento da eficácia sem diminuição de tempo de ponderação e observando o princípio da legalidade da competência, e sem redução das garantias de participação pública. Entalado entre o Sila da eficiência administrativa e o Caribdis das garantias de prossecução do interesse público com imparcialidade e publicidade (cfr. os artigos 266º/1 e 267º/2 e 5 da CRP), o legislador foi encontrando timidamente algumas formas de resolver a difícil equação³⁷.

O DL 288/2007, de 17 de Agosto, é um exemplo modesto de tal tendência, hoje alçada a desígnio nacional pelo Programa SIMPLEX. As soluções aí avançadas incorporam hoje o RLA, tendo este revogado algumas das suas

³⁷ Sobre modelos de simplificação procedimental, veja-se Marta PORTOCARRERO, **Modelos de simplificação administrativa. A conferência procedimental e a concentração de competências e procedimentos no Direito Administrativo**, Porto, 2002.

normas (cfr. o artigo 38º/3). Mais significativo e exemplar em sede de simplificação procedimental é o diploma sobre os Projectos de Interesse Nacional + (PIN+), vertido no DL 285/2007, de 17 de Agosto. Sublinhe-se, no entanto que, por força da delimitação objectiva dos projectos a ele sujeitos (apuráveis em função da cumulação dos critérios constantes do artigo 1º do Regulamento do sistema de acompanhamento de projectos de potencial interesse nacional, aprovado pelo DL 174/2008, de 26 de Agosto, com os critérios estabelecidos no artigo 2º/3 do DL 285/07), os quais devem envolver, desde logo, um investimento superior a 200.000,00 euros, ou excepcionalmente 60.000,00 euros, tendencialmente poucos projectos de instalações de carácter industrial cairão sob a sua alçada (v. também o artigo 1º/7 do Regulamento citado).

A regra continua, portanto, a ser a da sucessividade dos procedimentos, o que acarreta custos em tempo e diminuição de competitividade. No entanto, o RLA recuperou algumas das micro-soluções avançadas pelo DL 288/2007 (cfr. o artigo 4º deste diploma, revogado pelo RLA), e abriu a possibilidade de *paralelização* do procedimento de licenciamento ambiental com outros procedimentos, a requerimento do operador — ou por determinação legal, no caso dos pedidos de licenciamento de operações de gestão de resíduos (artigo 24º do RLA) e de atribuição do título de emissão de GEEs (artigo 25º do RLA).

Analisaremos de seguida algumas destas intersecções do licenciamento ambiental com outros momentos integrativos do procedimento final — que tenderá a identificar-se, na maioria dos casos, com o licenciamento industrial.

2.1. A intersecção do RLA com o RAIA pressupõe a verificação de uma relação de sobreposição que envolve o cotejo dos anexos I do RLA com os Anexos I e II do RAIA. Só alguns projectos submetidos a AIA devem ser objecto de licenciamento ambiental [como, por exemplo, a produção de químicos inorgânicos de base — 4.2 do Anexo I do RLA, e 6.b) do Anexo I do RAIA — ou o fabrico de cal — 3.1.b) do RLA, e Anexo II 5.b) do RAIA]. Um procedimento não exclui o outro; complementa-o (cfr. o artigo 12º/1 do RLA).

Se a sobreposição existir, já sabemos que a emissão de DIA favorável ou condicionalmente favorável é condição essencial de emissão de uma licença ambiental (artigos 16º/4/a) e nº 6/a), *a contrario*, do RLA; 20º/3 do RAIA) — por outras palavras, uma licença emitida em desrespeito desta precedência é nula³⁸. Em contrapartida, uma DIA favorável ou condicionalmente favorável não determina a obrigatoriedade de concessão de uma licença ambiental. Por outras palavras, uma DIA desfavorável tem um efeito preclusivo; uma DIA favorável ou condicionalmente favorável tem um efeito conformativo da licença ambiental, embora não imponha a concessão desta — precisamente porque se trata da avaliação de diferentes dimensões de um mesmo projecto. A prévia ponderação de aspectos relacionados com o controlo das emissões abrevia o prazo de emissão da licença ambiental, mas não o supre — cfr. o artigo 16º/2 do RLA.

Esta dependência não significa, hoje, necessária sucessividade de procedimentos. A simplificação introduzida pelo novo diploma permite que, a pedido do operador, o procedimento de avaliação de impacto ambiental se realize simultaneamente com o de licenciamento ambiental, desde que verificada uma condição: o *projecto sujeito a AIA deve ser um projecto de execução* (e não um mero estudo prévio ou anteprojecto — cfr. o artigo 28º/1 do RAIA).

Temos, assim, duas hipóteses de entrelaçamento entre a AIA e o licenciamento ambiental:

- por um lado, a *realização simultânea*, quando requerida e se possível: o pedido de licença ambiental deve ser instruído com um EIA (artigos 11º/1/n) e 12º/3 do RLA). A emissão de licença ambiental deve aguardar o decurso do prazo do procedimento de AIA (cfr. o artigo 19º do RAIA), surgindo até 10 dias após a prolação de decisão positiva, expressa ou tácita (artigo 16º/4/a) do RLA). Nestas hipóteses, os prazos de caducidade (interna) das duas decisões coincidem — cfr. os artigos 21º/1 do RAL, e 21º/1 do RAIA;

³⁸ Sendo certo que se trata de actos autorizativos com objectivos diversos — a DIA mais abrangente, a licença ambiental mais circunscrita —, o problema das emissões deverá ter sido liminarmente analisado no EIA (e na DIA), uma vez que a descrição dos impactos decorrentes "da emissão de poluentes, da criação de perturbações e da forma prevista de eliminação de resíduos e de efluentes" integra o conteúdo mínimo do EIA, nos termos do ponto 5 do Anexo III do RAIA.

- por outro lado, a *realização sucessiva*: o pedido de licença ambiental deve ser instruído, em alternativa, com:

- i) uma DIA favorável ou condicionalmente favorável, ou um parecer de conformidade do projecto de execução com a DIA, em caso de o procedimento de AIA decorrer em fase de projecto de execução ou de estudo prévio, respectivamente — artigo 12º/1/a) e b) do RLA; ou
- ii) uma decisão de dispensa de AIA — artigos 12º/1/c) do RLA, e 3º do RAIA; ou
- iii) a constatação da formação de uma DIA silente — artigo 12º/1/d) do RLA, e 19º do RAIA.

Nos casos de realização sucessiva, a licença ambiental deve ser emitida num prazo máximo de 55 dias — ou de 27, se o pedido tiver sido validado por entidade acreditada (artigo 16º/2 e 3) do RLA). Uma ressalva se impõe, todavia: o prazo mais longo, de 75 dias, para que aponta o nº 1 do artigo 16º do RLA, deve aplicar-se também às situações em que a DIA resulta da valoração positiva do silêncio, nos termos do artigo 19º/1 do RAIA³⁹. Esta afirmação vale sobretudo para as hipóteses em que a DIA tácita não tem base de sustentação no parecer final da Comissão de Avaliação, ou porque este não foi sequer emitido, ou porque o afronta (sem fundamentar as razões da divergência...) ⁴⁰ — cfr. o artigo 16º do RAIA. Aditar-lhe-íamos uma segunda situação: a dos projectos dispensados de AIA, ao abrigo do artigo 3º do RAIA (sendo certo que poderão ter sofrido outro tipo de avaliação de impactos — cfr. o artigo 3º/4/b) do RAIA).

³⁹ Neste sentido, Vasco PEREIRA DA SILVA, **Verde. Cor de Direito...**, cit., pp. 199-200 (reportando-se ao DL 194/00).

⁴⁰ A falta de vinculatividade do parecer da Comissão de Avaliação é um dos aspectos que se nos afiguram como mais negativos no actual RAIA. Perante a ausência de indicação em contrário, vale a regra do artigo 98º/2 do CPA: este parecer é obrigatório, mas não é vinculativo. Ora, em atenção ao princípio da prevenção, tal documento deveria ter um *efeito preclusivo* da emissão da DIA, caso atestasse a previsível ocorrência de impactos significativos no ambiente, não minimizáveis e/ou compensáveis, na sequência da implantação do projecto em análise. A sua existência no procedimento deveria constituir impeditivo da decisão, expressa ou tácita. O que não implica que a sua apreciação favorável vinculasse o Ministro do Ambiente a emitir a DIA: neste caso, prevalece a margem de livre decisão administrativa, envolvida nos princípios gerais que a norteiam, mas já não adstrita à observância do princípio específico que subjaz à AIA — o princípio da prevenção.

As hipóteses de dispensa e de deferimento tácito da DIA são referidas, precisamente, no RLA a propósito do conteúdo da licença ambiental: no primeiro caso, a licença deve incorporar as condições que eventualmente constem da decisão de dispensa; no segundo caso, a licença absorve os elementos do EIA e os resultados da consulta pública (se os houver, ressalvamos nós⁴¹) coligidos no procedimento de AIA — artigo 16º/7/a) e b) do RLA. Para além, claro, de a licença dever conformar-se com o conteúdo da DIA, favorável ou condicionalmente favorável.

Sendo a emissão da licença ambiental sucessiva à da DIA, os prazos de caducidade diferem sensivelmente⁴². *Quid juris* se a DIA caducar, permanecendo ainda válida a licença ambiental? O DL 194/2000 previa expressamente, no artigo 23º/3, a subsistência da DIA no caso de existir licença ambiental. O novo RLA não o faz, o que nos leva a crer que pretendeu determinar a caducidade consequente da licença, obrigando o operador a promover a repetição de ambos os procedimentos, com eventual aproveitamento de actos praticados em ambos (cfr. os artigos 21º/4 do RAIA e 21º/4 do RLA).

Uma dúvida que desejamos partilhar:

O DL 232/2007, de 15 de Junho, transpõe para a ordem jurídica portuguesa (com um atraso de 3 anos....) a directiva 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho, disciplinadora da avaliação ambiental estratégica (=RAAE)⁴³. Este diploma tem por objecto a avaliação de planos e programas "para os sectores da agricultura, floresta, pescas, energia, indústria, transportes, gestão de resíduos, gestão das águas, telecomunicações, turismo, ordenamento rural e urbano ou utilização dos solos e que constituam

⁴¹ Curiosamente, o legislador do RLA parece exigir, no caso de uma DIA tácita, a existência de participação pública; mas para a licença ambiental descarta-a, como vimos...

⁴² Note-se que, enquanto a caducidade da DIA se afere relativamente ao início da execução do projecto, a caducidade da licença ambiental se reporta ao início da exploração da instalação.

⁴³ Sobre este instrumento, vejam-se Susana GALERA RODRIGO, **La evaluación ambiental de planes y programas**, Madrid, 2006; Yves JÉGOUZO, **L'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes**, in *AJDA*, 2005/38, pp. 2100 segs. Em Portugal, Fernando ALVES CORREIA, **A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no Direito do Urbanismo**, in *RLJ*, nº 3496, 2007, pp. 4 segs.

enquadramento para a futura aprovação de projectos mencionados nos anexos I e II do Decreto-Lei nº 69/2000, de 3 de Maio, na sua actual redacção" [artigo 3º/1/b)]. Quando a realização da avaliação estratégica e da AIA sejam simultâneas (e essa é a solução preferível — artigo 13º/1), o diploma estabelece que a primeira absorve a segunda, sendo incorporadas no procedimento de avaliação estratégica "as obrigações decorrentes" do RAIA (artigo 3º/8 do RAAE).

Parece-nos que estas obrigações deverão compreender a constituição de uma Comissão de Avaliação do projecto, a consulta a entidades externas, a participação pública e a emissão de um título comprovativo da conformidade ambiental do plano/projecto, essencial à monitorização do mesmo e à promoção da sua eficácia conformativa de actos autorizativos posteriores — entre os quais, eventualmente, a licença ambiental. Ora, esta articulação/consunção não se revela óbvia, na medida em que o processo de avaliação estratégica recai sempre sobre um documento de iniciativa pública — um plano/programa —, cuja competência de aprovação oscila entre o Conselho de Ministros e as Assembleias Municipais (cfr. o DL 380/99, de 22 de Setembro, na redacção conferida pelo DL 316/2007, de 19 de Setembro - regime dos instrumentos de gestão territorial)⁴⁴, enquanto o projecto submetido a AIA, embora possa ser um projecto público, desenvolvido por entidades públicas, será na maioria das vezes de iniciativa privada. Esta dualidade reflecte-se no procedimento de avaliação dos impactos em cada uma das situações:

i) na avaliação estratégica, o relatório ambiental é da competência da autoridade competente para a aprovação do plano (artigo 6º/1 do RAAE); na AIA, o EIA é apresentado pelo operador (tendo por fonte empresas privadas)⁴⁵;

⁴⁴ Sempre que seja necessário realizar uma avaliação ambiental estratégica, todos os planos são acompanhados de relatório ambiental: os planos sectoriais de ordenamento do território são aprovados em Conselho de Ministros (artigo 37º/3 do DL 380/99); os planos regionais de ordenamento do território são aprovados em Conselho de Ministros (artigo 56º/2 do DL 380/99); os planos intermunicipais de ordenamento do território são aprovados por deliberação das Assembleias municipais interessadas ou pela Assembleia intermunicipal (artigo 67º do DL 380/99); os planos municipais de ordenamento do território — planos directores municipais; planos de urbanização; e planos de pormenor — são aprovados pela Assembleia Municipal mediante proposta da Câmara Municipal [artigos 86º/2/c); 89º/2/b); e 92º/2/b) do DL 380/99].

⁴⁵ As similitudes entre o relatório ambiental e o EIA ressaltam bem patentes do confronto entre os artigos 6º/1 do RAAE, e 12º e Anexo III do RAIA.

ii) na avaliação estratégica, o acto final é da competência do Governo ou de uma Assembleia Municipal, e incorpora os resultados da ponderação do relatório ambiental pelas entidades externas com atribuições na matéria e pelo público interessado, sob a forma de uma declaração ambiental (artigos 9º e 10º/1 do RAAE); na AIA, o acto final é da competência do Ministro do Ambiente — a DIA —, e deve apresentar os fundamentos de facto e de direito em que se baseia (artigo 17º do RAIA);

iii) nem o relatório ambiental nem a declaração ambiental são vinculativos de futuras DIAs, embora o Ministro do Ambiente deva fundamentar a eventual divergência com os mesmos (artigo 13º/4 do RAAE); a DIA é vinculativa, revestindo um efeito preclusivo, se desfavorável, e conformativo, se favorável (artigo 20º do RAIA).

Tendo em consideração o que antecede e abstraindo agora da configuração concreta da forma de co-envolvimento — que temos por necessário — entre a Comissão de Avaliação, as autoridades externas (cujos pareceres podem ser emitidos em conferência instrutória — artigo 7º/4 do RAAE), o público interessado e a autoridade com competência para aprovar o plano, ponto firme parece-nos ser a imprescindibilidade de conferir eficácia vinculativa à declaração ambiental. De outro modo, estaria encontrada uma fuga à eficácia da DIA, degradada em "mera" declaração ambiental não vinculante. Tal frustraria não só os objectivos de protecção ambiental que o Estado português assume, desde logo no plano constitucional, como violaria o compromisso comunitário de implementação plena e uniforme da directiva 85/337/CEE, do Conselho, de 17 de Junho, com as alterações introduzidas pela directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março.

2.2. A articulação do licenciamento ambiental com o regime de prevenção de riscos de acidentes graves causados por certas actividades industriais (consagrado no DL 254/2007, de 12 de Julho =RPAG) nem sempre se apresenta necessária. Cotejem-se os anexos dos diplomas e depressa se concluirá no sentido da necessidade de articulação apenas relativamente a certas situações, sendo as mais relevantes as respeitantes às instalações que se destinem à produção de compostos químicos inorgânicos de base (Anexo I, 4.,

do RLA, e Anexo I, Parte I, do RPAG). Cumpre identicamente atentar nas exclusões previstas no artigo 3º/2 do RPAG, e na ressalva do seu nº 3.

Com efeito, da leitura do nº 3 do artigo 3º do RPAG conclui-se pela necessidade de consideração de dois procedimentos: por um lado, para todos os estabelecimentos listados no Anexo I, o legislador prevê um dever de notificação da sua construção, do início do seu funcionamento ou da introdução de uma alteração substancial à APA, através da entidade coordenadora, devendo a notificação conter as informações a que alude o Anexo II ao RPAG. Por outro lado, aos operadores dos estabelecimentos listados no Anexo I que *revelem um nível superior de perigosidade* (coluna 3), o RPAG impõe (acresce) um outro dever: a elaboração de um Relatório de Segurança (artigo 10º)⁴⁶. Este Relatório de Segurança terá de merecer a aprovação da APA, conforme dispõe o artigo 11º do RPAG⁴⁷, antes da emissão da licença de construção ou da emissão da licença de exploração, sob pena de, na ausência daquela aprovação, tais actos serem fulminados de nulidade, de acordo com o nº 2 do preceito indicado. A aprovação, sublinhe-se, é expressa⁴⁸ — na sua ausência, o operador terá que recorrer à acção administrativa especial para condenação da APA à prática do acto devido.

A falta de notificação não parece inviabilizar a emissão da licença ambiental, embora constitua contra-ordenação grave (artigo 33º/1/b) do RPAG). O pedido de licença ambiental, nos termos dos artigos 11º/1/n) e 12º/2 do RLA, deve incluir, ou o parecer da APA dando luz verde à localização do estabelecimento industrial projectado — nos casos em que não deva ser sujeito a AIA: artigo 5º/4 do RPAG⁴⁹ —, ou o Relatório de Segurança (para

⁴⁶ A alínea f) do artigo 2º do RPAG define "Nível superior de perigosidade" como o do "estabelecimento onde estejam presentes substâncias perigosas em quantidades iguais ou superiores às quantidades indicadas na col. 3 das partes 1 e 2 do anexo I ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ou quando a regra da adição assim o determine".

⁴⁷ Confirmado pela alínea a) do nº 4 do artigo 14º do DL 69/2003, de 10 de Abril (que ainda se reporta ao DL 164/2001, de 23 de Maio, revogado pelo DL 254/2007, de 12 de Julho).

⁴⁸ Cfr. o artigo 12º/1 do RPAG. Caso o Relatório mereça a aceitação da APA, esta deve comunicar tal decisão à entidade coordenadora, à IGAOT e à Autoridade Nacional de Protecção Civil (ANPC) — nº 4.

⁴⁹ Esta disposição (e sua conjugação com o RLA) constitui, para nós, um mistério: por um lado, porque dificilmente concebemos a instalação/funcionamento de uma qualquer actividade listada no RPAG que não deva merecer AIA (e o legislador não se refere aos casos de dispensa); por outro lado, porque, e ainda que não sujeita a AIA,

estabelecimentos de especial perigosidade). Quer o parecer, quer o Relatório de Segurança aprovado pela APA, são condições essenciais de emissão da licença ambiental — artigo 16º/4/b) do RLA. A falta de alusão ao cumprimento do dever de notificação é de lamentar, pois trata-se de estabelecimentos de risco, ainda que mais baixo. Provavelmente o legislador subentendeu a exigência desse cumprimento no âmbito da aprovação do Relatório de Segurança, mas o certo é que há instalações que estão isentas da apresentação deste...

O desígnio de aceleração procedimental que anima o nosso legislador levou à criação da possibilidade de desenvolvimento paralelo dos procedimentos de licenciamento ambiental e de aprovação do Relatório de Segurança (quando exigível), por solicitação do operador — artigo 12º/3 do RLA. Imperiosa é a obtenção da aprovação do Relatório de Segurança pela APA — sempre prévia à emissão da licença ambiental, como acabámos de sublinhar. Caso o operador opte por requerer a aprovação do Relatório de Segurança antes de efectuar o pedido de licença ambiental, deve fazê-lo através da entidade coordenadora, que o transmite à APA, tendo esta 90 dias para decisão (artigo 12º do RPAG).

Note-se que o Relatório de Segurança é revisto e, se necessário, actualizado:

i) Sempre que o operador introduzir uma alteração substancial na instalação (com reflexos imediatos sobre a licença ambiental — artigo 10º/2 do RLA) — artigo 13º/1 do RPAG;

ii) De cinco em cinco anos a contar da aprovação pela APA — artigo 14º/1/a) do RPAG;

iii) Em qualquer momento, se uma alteração de circunstâncias o exigir, nomeadamente, um aperfeiçoamento de técnicas de segurança — artigo 14º/1/b) do RPAG;

iv) Sempre que o cruzamento de informação de estabelecimentos integrados num grupo "de efeito dominó"⁵⁰ o exija — artigo 14º/1/c) do RPAG.

deverá ficar sujeita, no mínimo, a um dever de notificação e, no máximo, à apresentação de um Relatório de Segurança. Ora, o RLA parece colocar as situações em alternativa.

⁵⁰ "Efeito dominó": uma situação em que a localização e a proximidade de estabelecimentos abrangidos pelo presente decreto-lei são tais que podem aumentar

Nas três últimas hipóteses, em princípio, a revisão do Relatório de Segurança implicará apenas alterações no esquema de segurança da instalação, não provocando mudanças relevantes no plano de controlo integrado da poluição gizado na licença ambiental. Porém, caso as alterações no plano da segurança não sejam devidamente absorvidas pelo operador, levando ao "chumbo" do Relatório de Segurança pela APA, consideramos que tanto a licença de exploração da instalação como a licença ambiental ficam suspensas na sua eficácia, devendo a IGAOT ordenar a suspensão de funcionamento da instalação até aprovação do Relatório de Segurança (cfr., por analogia, o artigo 12º/2 do RPAG).

2.3. Os artigos 12º do DL 69/2003, de 20 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo DL 183/2007, de 9 de Maio (Regime do licenciamento industrial = RLI), e 5º/3/e) do Decreto-Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Regulamentar 61/2007, de 9 de Maio (=DReg), estabelecem que o pedido de licenciamento de instalação de uma unidade industrial do tipo 1 deve ser instruído com o pedido de licença ambiental, nos casos aplicáveis. Sob a égide do anterior regime de licenciamento ambiental, a licença ambiental era parte integrante da licença de instalação.

Com efeito, o legislador teve o cuidado de esclarecer, no artigo 12º/9 do RLI, que "a licença de instalação ou de alteração de estabelecimento industrial é emitida pela entidade coordenadora e integra obrigatoriamente as condições e exigências impostas pelas entidades a que se referem os nºs 5, 6 e 8". Ora, porque nos termos do nº 5 do artigo 12º do RLI (e do artigo 10º/a) do DReg), a CCDR territorialmente competente deve emitir parecer sobre a conformidade ambiental da instalação e, nos termos do artigo 11º/3 do DReg, este parecer, para os estabelecimentos de tipo 1, é substituído pela licença ambiental, era evidente que a licença de instalação integrava aquela — devendo conformar-se com as suas prescrições, sob pena de nulidade (artigo 22º/2 do RLA). Esta conclusão era confirmada pelo artigo 12º/2/a) do DReg.

a probabilidade e a possibilidade de acidentes graves envolvendo substâncias perigosas ou agravar as consequências de acidentes graves envolvendo substâncias perigosas ocorridos num desses estabelecimentos" — artigo 2º/d) do RPAG.

[Voltar ao índice](#)

No entanto, com a alteração do RLA, o legislador *desafectou* a licença ambiental da licença de instalação da unidade industrial e *alocou-a* à licença de exploração da mesma — fórmula que permite requerer a licença de instalação sem estar previamente munido da licença ambiental, acelerando o procedimento global de licenciamento. Esta alteração, anunciada no Preâmbulo do RLA, é confirmada expressamente pelo artigo 9º/2 e 3 do RLA.

Refira-se que a simplificação procedimental introduzida pelo DL 288/2007, de 17 de Agosto, não se aplica no contexto do RLI, por determinação do nº 3 do artigo 3º do DL 288/2007. O legislador parece ter querido excluir as situações em que a DIA incide apenas sobre um anteprojecto de instalação industrial, como forma de salvaguardar a ponderação cuidada das características técnicas da mesma, nomeadamente no plano das obrigações de controlo integrado da poluição a que a licença ambiental a deverá vincular. Por outras palavras, um pedido de licença ambiental apresentado no âmbito de um procedimento de licenciamento industrial deverá, em regra, ter por base uma DIA incidente sobre um projecto de execução da instalação, e não de um mero anteprojecto (que sempre ficaria sujeito a verificação da conformidade posterior, por parte da entidade licenciadora — cfr. o artigo 28º do RAIA).

A alteração ao RLI de 2007 veio ainda explicitar o regime de exclusão de sujeição de certos estabelecimentos industriais à licença ambiental, tendo em consideração a sua capacidade produtiva. De acordo com o nº 8 do artigo 12º do RLI, estes estabelecimentos "podem requerer de forma fundamentada a exclusão da sujeição à licença ambiental e consequente exclusão do regime de prevenção e controlo integrados da poluição, junto da entidade coordenadora do licenciamento da actividade, a qual solicita parecer à autoridade competente para a licença ambiental, tendo o mesmo carácter vinculativo". O RLA, na versão de 2008, incorpora este procedimento no artigo 4º, em termos não inteiramente coincidentes. Vejamos.

O artigo 11º do DReg, que complementa o artigo 12º/8 do RLI, dispõe que: 1) a entidade coordenadora tem três dias úteis para proceder ao envio deste pedido de isenção à APA e esta tem 20 dias úteis para emitir parecer (nº 10); 2) este prazo inclui 10 dias úteis para solicitar, por uma única vez,

informação suplementar ao requerente (nº 11), suspendendo-se o prazo de decisão até envio dos mesmos ou decurso dos 10 dias (nº 12); 3) a ausência do parecer equivale a pronúncia favorável à isenção (nº 13). Ora, o artigo 4º do RLA reduz o prazo de emissão do parecer vinculativo pela APA a 10 dias, não mencionando nem qualquer possibilidade de suprimento, nem a valoração positiva do silêncio da APA...

Parece-nos que deve considerar-se tacitamente revogado o artigo 11º do DReg, pois vale o princípio *lex posterior lex anterior derogat* (artigo 7º/2 do Código Civil). Fica a dúvida sobre o prazo de que a entidade coordenadora dispõe para proceder ao envio do pedido de isenção à APA, bem assim como o lamento do encurtamento do prazo em desfavor do operador, retirando-lhe a possibilidade de corrigir falhas do pedido inicial. Saúda-se, naturalmente, a omissão da valoração positiva da ausência de parecer, devendo entender-se, em homenagem ao princípio da prevenção, que a omissão equivale a parecer desfavorável, gerando indeferimento (por o parecer ser vinculativo) do pedido de isenção, o qual pode ser judicialmente contestado pelo operador através de uma acção administrativa especial.

Os estabelecimentos abrangidos validamente pela exclusão prevista no artigo 4º do RLA têm o dever de informar periodicamente a entidade coordenadora da manutenção da situação que justifica a isenção (artigo 12º/7 do DReg). Além disso, sujeitam-se pelo menos a uma verificação anual, de controlo da efectiva capacidade de laboração. Caso a entidade coordenadora, no âmbito desta verificação (ou de uma acção de fiscalização avulsa), constate a ultrapassagem dos limites fixados, revoga de imediato a autorização de exclusão e comunica o facto à IGAOT (artigo 4º/5 e 6 do RLA), que deverá instruir um procedimento sancionatório por prática de contra-ordenação muito grave (cfr. o artigo 32º/1/a) do RLA).

2.4. A introdução do instituto das licenças de emissão de GEEs em Portugal é fruto do compromisso assumido em Quioto e resultado da necessidade de transposição da directiva 2003/87/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de Outubro, foi feita pelo DL 233/2004, de 14 de Dezembro, já por três vezes alterado (pelos DLs: 243-A/2007, de 31 de Dezembro; 230/2005, de 29 de

Dezembro; e 72/2006, de 24 de Março, que procedeu à republicação). Este diploma tem uma incidência directa sobre o instituto da licença ambiental sempre que a instalação industrial: emitir para a atmosfera algum dos gases listados no Anexo II⁵¹ do DL 233/2004; não se dedicar apenas à investigação, desenvolvimento e ensaio de novos processos (artigo 3º do DL 233/2004); e não se encontrar temporariamente excluída, ao abrigo dos artigos 12º e 39º do DL 233/2004 (cfr. o artigo 10º/9 do RLA).

Caso a instalação esteja abrangida pelo regime do DL 233/2004, o operador pode requerer, previamente à licença ambiental, título de emissão de GEEs para a projectada instalação, ou pode apresentar o pedido em simultâneo com o da licença ambiental — cfr. o artigo 11º/1/m) do RLA. Neste segundo caso, o pedido de licença deve ser instruído com todos os dados relevantes, com vista à avaliação das emissões produzidas. Sem embargo da eventual simultaneidade de pedidos e da anexação do título de emissões à licença ambiental, aquele constitui título autónomo e independente da licença (artigo 25º/3 do RLA).

Como a lógica do título de emissão de GEEs não é a do estabelecimento de tectos máximos, mas de uma conformação pelo mínimo a fim de incentivar o operador a reduzir o índice de poluição através da venda de licenças de emissão a terceiros⁵², o nº 7 do artigo 18º do RLA dispõe o seguinte:

⁵¹ Dióxido de carbono; Metano; Óxido nitroso; Hidrofluorcarbonetos; perfluorocarbonetos; Hexafluoreto de enxofre).

⁵² Tendo em mente que a poluição é um dos maiores inimigos do ambiente numa sociedade fortemente industrializada como a nossa, o legislador, logo em 1987, previa a possibilidade de celebração, entre o Governo e os operadores, de contratos-programa com vista à redução gradual da poluição, desde que tal não importasse em riscos significativos para o ambiente (cfr. o artigo 35º/2 e 3 da LBA). Foi porventura esta abertura que justificou a consagração da figura dos contratos de adaptação ambiental, prevista no DL 236/98, de 1 de Fevereiro — diploma que a Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, não revogou —, e que se traduz em poder a Administração celebrar com um privado um contrato que derroga as normas sobre valores-limite de emissões poluentes para o meio hídrico (sobre esta figura, Mark KIRKBY, **Os contratos de adaptação ambiental**, Lisboa, 2001, max. pp. 45 segs).

O contrato arrimado no artigo 78º do DL 236/98 parece-nos, para além de atentatório do artigo 112º/5 da CRP (facto que determina a inconstitucionalidade da norma), afrontar a lógica de prevenção e de correcção na fonte, que aponta para a minimização de fenómenos geradores de poluição, não para a sua perpetuação. Aceitar que o legislador, através da criação de um instrumento contratual, apoie a manutenção do *status quo* de degradação ambiental e não que o combata ou incentive activamente os operadores à sua alteração, constitui uma demissão das responsabilidades públicas de protecção do ambiente, uma violação dos

"A licença de uma instalação abrangida pelo anexo I ao Decreto-lei n.º 233/2004, de 14 de Dezembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 72/2006, de 24 de Março, não deve incluir um valor limite de emissão aplicável às emissões directas de um gás com efeito de estufa, previsto no mesmo anexo, a menos que se torne necessário assegurar que não é causada qualquer poluição significativa".

Ou seja, a licença ambiental só conterá valores-limite de emissão de gases com efeito de estufa — sendo certo que todos os outros serão sujeitos a determinados limites — caso haja receio da constituição de *hot spots*, locais de concentração de gases desse tipo que necessitem de ser alvo de um regime especial de limitação de emissões. É uma salvaguarda prevista no artigo 26 da directiva 2003/87, que reconquista para a licença ambiental o seu efeito de *command*, parcialmente perdido com a instituição do mercado de títulos de emissão⁵³.

Lisboa, Setembro de 2008

Carla Amado Gomes

*Prof.ª Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Prof.ª Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

[Voltar ao início do texto](#)

compromissos assumidos com a Comunidade (*maxime*, no plano da concorrência entre empresas, que logo acusará as distorções provocadas pela não adopção de medidas de controlo da poluição por parte de alguns operadores no mercado) e um atentado aos princípios norteadores de uma política coerente e eficaz de protecção ambiental.

Bem andou, por isso, o legislador, ao remeter a figura da "adaptação ambiental" para o plano da reposição da legalidade no âmbito de procedimentos de contra-ordenação, no artigo 96.º da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro. Assume-se a ilegalidade da posição do operador ("o infractor") e adopta-se o instrumento contratual com vista à reposição da legalidade, transitoriamente e como alternativa à revogação do título autorizativo por incumprimento das condições estabelecidas neste.

⁵³ Sobre o problema dos *hot spots* e a sua abordagem pela directiva, veja-se Tiago ANTUNES, **O comércio de emissões poluentes à luz da Constituição da República Portuguesa**, Lisboa, 2006, pp. 206 segs.

Note-se que esta salvaguarda vale somente no plano local, não entre Estados-membros. Por outras palavras, Portugal pode aumentar drasticamente o seu nível de emissões por força da aquisição, por empresas nacionais, de um número considerável de quotas a outros Estados-membros, podendo ser depois obrigado a restabelecer limites de emissão de GEEs em certas zonas, através de licenças ambientais, em virtude de especial saturação atmosférica.

[Voltar ao índice](#)

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA DO AMBIENTE***As TAREFAS INADIÁVEIS****Sumário**

- 1 – O Ambiente nos Tribunais Portugueses
 - O ambiente na Constituição da República Portuguesa;
 - Os tribunais cíveis – a dimensão privada do direito ao ambiente;
 - Os tribunais penais – os crimes ambientais;
 - A intervenção sancionatória da Administração e os recursos dos condenados;
 - Os tribunais administrativos - a relação jurídica administrativa
- 2 – O Ministério Público e a tutela dos interesses difusos junto dos tribunais
 - A tutela dos interesses colectivos e difusos como tarefa do Ministério Público;
 - As projecções no âmbito dos tribunais cíveis e administrativos desta tarefa;
 - As intervenções na repressão penal dos atentados aos interesses protegidos
- 3 – Das competências na lei à intervenção efectiva
 - Os relatórios anuais da Procuradoria-Geral;
 - A impossibilidade de quantificar objectivamente as intervenções produzidas;
 - Uma intervenção a aprofundar e a melhorar
- 4 – As tarefas inadiáveis
 - a) A urgência da identificação rigorosa das intervenções:
 - ao nível dos tribunais cíveis e administrativos;
 - ao nível dos tribunais penais, incluindo os procedimentos de mera ordenação social que ali chegam através dos recursos de impugnação.
 - b) O aprofundamento da formação inicial e complementar dos Juízes e M.P nas matérias ambientais:
 - A dimensão técnica do Direito do Ambiente, especialmente na sua dimensão europeia;
 - O conhecimento das fontes do direito não basta para uma aplicação correcta do mesmo – é imprescindível uma base de conhecimentos técnicos
 - c) A dispersão da acção dos magistrados pelos vários tribunais e necessidade de estruturas de coordenação efectiva:

* Texto base da intervenção proferida em Sevilha, em 11 de Novembro de 2010, na Conferência de Juízes e Procuradores Portugueses e Espanhóis - "Aplicação do Direito Ambiental da União Europeia: O Papel das Instâncias Judiciais Nacionais".

- A especialização dos magistrados
- d) Um novo diálogo na relação entre Administração e Tribunais:
 - A extensão e a profundidade da intervenção da administração na área ambiental;
 - Tribunais e Administração continuam a cultivar uma dimensão clássica de separação de poderes, o que se projecta nas culturas respectivas;
 - O Ministério Público e a Administração – uma relação diversa da dos Tribunais, com potencialidades para abrir novos caminhos de diálogo

I – O Ambiente nos Tribunais Portugueses

1 – A Constituição da República Portuguesa prevê no seu artigo 66.º, n.º 1, que «todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender»⁽¹⁾.

O n.º 2 do mesmo artigo define um conjunto de tarefas que são impostas ao Estado para assegurar o direito ao ambiente, tarefas estas que, de acordo com o mesmo dispositivo, o Estado prossegue «por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos».

A Constituição não define ambiente nem qualidade de vida, que são conceitos não coincidentes, surgindo a qualidade de vida como «um resultado, uma consequência derivada da interacção de múltiplos factores no mecanismo e funcionamento das sociedades humanas e que se traduz primordialmente numa situação de bem estar físico, mental, social e cultural, no plano individual, e em relações de solidariedade e fraternidade no plano colectivo»⁽²⁾.

No que se refere ao conceito de ambiente, ele é entendido na Constituição numa dimensão múltipla, de que se destacam os vectores, estrutural, funcional e unitário.

Entendido numa dimensão unitária, o ambiente é assumido como o «conjunto de sistemas ecológicos, físicos, químicos e biológicos e de factores económicos, sociais e culturais».

¹ Sobre a conformação do direito ao ambiente, cfr. VASCO PEREIRA da SILVA, Verde. *Cor de Direito*, Almedina, 2005, pp. 63 e ss.

² J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, p. 845.

Para além daquela visão unitária, a concepção de ambiente subjacente à Lei Fundamental integra uma compreensão *estrutural-funcional*, uma vez que os «sistemas físicos, químicos e biológicos e os factores económicos sociais e culturais, além de serem interactivos entre si, produzem efeitos, directa e indirectamente, sobre unidades existenciais vivas e sobre a qualidade de vida do homem» ⁽³⁾.

Neste parâmetro constitucional, a Lei de Bases do Ambiente – Lei n.º 11/87, de 7 de Abril ⁽⁴⁾, no seu artigo 5.º, n.º 2, alínea a), define o ambiente como «o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem».

No n.º 1 do mesmo artigo, refere-se que a qualidade de vida se traduz na «situação de bem-estar físico, mental e social e na satisfação e afirmação culturais, bem como em relações autênticas entre o indivíduo e a comunidade», qualidade esta que, nos termos daquela disposição, depende «da influência de factores inter-relacionados», onde se integram, entre outros, «a capacidade de carga do território e dos seus recursos» e «a integração da expansão urbano-industrial na paisagem, funcionando com valorização da mesma, e não como agente de degradação».

Emerge daquele dispositivo da Constituição da República um direito ao ambiente como direito constitucional fundamental, compreendendo uma dimensão negativa materializada no direito «à abstenção, por parte do Estado e de terceiros (pois se trata de um direito imediatamente operativo nas relações entre particulares) de acções» ⁽⁵⁾ nocivas para o ambiente, sendo nesta dimensão abrangido pelo regime específico dos direitos liberdade e garantias, decorrente do artigo 18.º daquela Lei Fundamental.

Além disso, aquele direito integra uma dimensão positiva que se centraliza no direito a uma «acção por parte do Estado (n.º 2) no sentido de defender o ambiente e de controlar as acções de degradação ambiental,

³ *Ibidem*.

⁴ Com as alterações decorrentes da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

⁵ J. J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, p. 845.

impondo-lhe as correspondentes obrigações políticas, legislativas, administrativas e penais»⁽⁶⁾.

Para além de assumir o direito ao ambiente com um regime e natureza análoga à dos direitos fundamentais, a Constituição impôs aos cidadãos o dever de defesa do mesmo.

Este dever de defesa do ambiente comporta «três aspectos: (a) obrigação de *não atentar* contra o ambiente (obrigação de não degradar, de não poluir); (b) *obrigações positivas* diversas, desde a obrigação de tratar resíduos ou efluentes domésticos ou industriais até à obrigação de instalação de equipamentos pró-ambientais; (c) dever de *impedir* atentados de outrem ao ambiente, incluindo pelo exercício da acção popular, prevista no artigo 52.º-2, em favor do direito ao ambiente» ⁽⁷⁾.

2 – Consagrado o direito ao ambiente, a Lei Fundamental não deixou de consagrar instrumentos de natureza jurídica que permitem aos cidadãos um papel activo na sua defesa, integrando no n.º 3 do seu artigo 52.º o direito de acção popular, nos seguintes termos:

- «3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:
- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
 - b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais».

Ultrapassando as dificuldades que o conceito tradicional de legitimidade processual poderia provocar em sede de defesa do ambiente, por força da dimensão difusa que caracteriza os interesses abrangidos, a Constituição garante aos cidadãos o direito de acção popular, o que lhes permite desencadearem a intervenção dos tribunais no sentido da defesa daqueles

⁶ J. J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, p. 847.

⁷ *Ibidem*.

interesses, e por esta via cumprirem também o dever que constitucionalmente lhes é imposto de participarem na sua defesa, sem que tenham que demonstrar serem titulares de um interesse directo e legítimo na relação jurídica de que deriva a sua pretensão.

A acção popular materializa-se, deste modo, «num **alargamento da legitimidade processual activa** a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua relação específica com os interesses em causa» ⁽⁸⁾.

Na verdade, os interesses difusos onde se enquadra o ambiente «estão radicados na própria sociedade, deles sendo titular, afinal, uma pluralidade indefinida de sujeitos (potencialmente todos os cidadãos...), reportando-se a bens indivisíveis e insusceptíveis de apropriação individual» por cada um dos cidadãos» ⁽⁹⁾.

Segundo LOPES do REGO, o direito de acção popular «aparece, pois, como um instrumento particular adequado à natureza dos interesses difusos, permitindo que qualquer cidadão possa desencadear os mecanismos processuais adequados à tutela de bens de natureza essencialmente social e colectiva. É, porém, evidente que a “*fungibilidade processual*” dos sujeitos legitimados para o seu exercício traduz desvio sensível ao critério normal de determinação da legitimidade das partes» ⁽¹⁰⁾.

O direito de acção popular para a salvaguarda dos interesses colectivos e difusos pode ser exercido por cada cidadão, individualmente, ou através de associações de defesa dos interesses que estejam em causa.

Aquele direito veio a ser regulamentado, nos parâmetros constitucionais, pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que no seu artigo 16.º limita a intervenção do Ministério Público à fiscalização «da legalidade e à representação do Estado quando este for parte na causa, dos menores e demais incapazes, neste último caso quer sejam autores ou réus» ⁽¹¹⁾.

⁸ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, p. 697.

⁹ “Reflexos Imediatos da consagração constitucional do direito de acção popular no âmbito da Jurisdição civil”, *Direitos Fundamentais do Cidadão - Da Lei à Realidade*, Caderno n.º 5 da Revista do Ministério Público, p. 203.

¹⁰ *Obra citada*, p. 204.

¹¹ Sobre o papel da acção popular na defesa do ambiente, cfr. LEBRE DE FREITAS, “A Acção Popular ao Serviço do Ambiente”, *Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra*

3 – Afirmado o direito ao ambiente como um direito fundamental, e reconhecido a todos os cidadãos o direito e a obrigação de defesa daquele bem jurídico, importa equacionar a forma com o sistema jurídico português enquadrar os conflitos que surjam no contexto da defesa do ambiente.

Os litígios derivados de agressões ao ambiente ou da colocação em perigo do mesmo projectam-se nas diferentes estruturas que integram o sistema judiciário, havendo que fazer uma divisão de base e que consiste na separação entre tribunais judiciais e tribunais administrativos.

Os tribunais judiciais são os tribunais comuns em matéria cível e criminal e exercem a jurisdição em todas as áreas não atribuídas a outras ordem judiciais.

Estes tribunais podem ser desdobrados em tribunais com competência com competência especializada para o julgamento de determinadas matérias, nomeadamente, cível, criminal, família e menores, etc.⁽¹²⁾

Aos tribunais administrativos, nos termos do n.º 3 do artigo 212.º da Constituição da República, compete o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.

O conceito de relação jurídica administrativa «transporta duas dimensões caracterizadoras: (1) as acções e recursos incidem sobre relações jurídicas em que, pelo menos, um dos sujeitos é titular, funcionário ou agente de um órgão do poder público (especialmente da administração); (2) as relações jurídicas controvertidas são reguladas sob o ponto de vista material pelo direito administrativo»⁽¹³⁾.

Na formulação de MÁRIO ESTEVES de OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES de OLIVEIRA, «são relações jurídico-administrativas aquelas que se estabelecem entre duas pessoas colectivas públicas ou entre dois órgãos administrativos (...) desde que não haja nas mesmas indícios claros da sua pertinências ao direito privado» e «aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos (seja ele público ou

Editora, Coimbra Editora, 1998, pp. 797 e ss.

¹² Cfr. artigo 74.º, n.º 2 da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto.

¹³ J. J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, p. 815.

privado) actua no exercício de um poder de autoridade, com vista à realização de um *interesse público legalmente definido*)»⁽¹⁴⁾.

Assim, se o litígio deriva de uma relação jurídica administrativa a competência para conhecer do mesmo vai recair nos tribunais administrativos. Fora desses casos, a competência será atribuída aos tribunais comuns, subdividindo-se em função das especializações que ali podem ocorrer.

Segundo MARIO AROSO de ALMEIDA, «são de direito administrativo grande parte das relações jurídicas litigiosas que se constituem quando a actividade desenvolvida por um particular lesa outro no seu direito a viver num ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. É, na verdade, o que sucede sempre que a actividade do lesante se encontre regulada por normas do direito administrativo e a lesão que, no desenvolvimento dessa actividade, ele causa às condições ambientais do lesado resulte especificamente da infracção dessas normas»⁽¹⁵⁾.

De mesmo modo, se a actividade em causa se tiver iniciado sem que a autorização administrativa devida tenha sido emitida, ou «se ela tiver sido desenvolvida em desconformidade com o título ao abrigo do qual ela se tenha iniciado, a Administração tem o dever de intervir para pôr cobro a essa situação». Os lesados têm, por isso, o poder de exigir essa intervenção, e, se ela for omitida, de exigir do próprio lesante que ponha termo à actividade lesiva»⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, os tribunais judiciais com competência em matéria cível julgarão as acções destinadas à defesa do ambiente, excluindo aquelas que são da competência dos tribunais administrativos, com especial destaque para as acções para efectivação da responsabilidade civil por danos ambientais⁽¹⁷⁾.

¹⁴ *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I, Almedina, 2006, p. 25.

¹⁵ "Tutela Jurisdicional em Matéria Ambiental", *Estudos de Direito do Ambiente*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, p. 82.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sobre as potencialidades da responsabilidade civil na tutela do ambiente, cfr. MANUEL TOMÉ GOMES, "A Responsabilidade Civil na Tutela do Ambiente" e MANUELA FLORES, "Responsabilidade Civil Ambiental em Portugal, Legislação e Jurisprudência", *Textos, Ambiente e Consumo*, Volume II, 1996, pp. 397 e ss. e 371 e ss., respectivamente.

Na verdade, os tribunais judiciais são «chamados a intervir no domínio da prevenção e cessação das agressões ao ambiente. Desde logo, sempre que a lesão (...) não resulte da infracção de normas de direito administrativo aplicáveis ao caso: ou porque a actividade ambientalmente lesiva nem sequer é objecto de regulação por quaisquer normas de direito administrativo dirigidas a proteger ao ambiente; ou porque as normas de direito administrativo aplicáveis ao caso não se destinavam a proteger a esfera do lesado» (¹⁸).

Para além disso, os tribunais judiciais com competência em matéria penal julgarão os crimes ambientais e conhecem igualmente dos recursos derivados das decisões sancionatórias proferidas pela administração ambiental.

4 – A administração desempenha um papel conformador das actividades com incidências ambientais, disciplinando o acesso às mesmas e definindo as condições do respectivo exercício.

Deste modo, incumbe à Administração o licenciamento ou as autorizações de exercício daquelas actividades, cabendo-lhe igualmente a fiscalização da forma como as mesmas são exercidas, tentando indagar se ela respeita ou não os parâmetros definidos.

Do exercício desta actividade de enquadramento emerge um conjunto de infracções, que no sistema português são enquadradas pelo chamado direito de mera ordenação social.

Em síntese, a administração desencadeia um procedimento de natureza sancionatório, modelado com base em alguns dos princípios fundamentais do processo penal e, estabelecido o necessário contraditório, aplica aos imputados uma sanção.

Estes, caso não concordem com a decisão de que são objecto, podem interpor um recurso para o tribunal que toma conhecimento dos factos, avalia a decisão administrativa proferida e confirma-a, ou altera-a.

A competência para o conhecimento destes processos pertence aos tribunais comuns com intervenção na área penal.

¹⁸ MÁRIO AROSO de ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 83

5 – O âmbito da jurisdição dos Tribunais Administrativos resulta do artigo 4.º do respectivo Estatuto, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (¹⁹), que na parte que aqui interessa, é do seguinte teor:

«Artigo 4.º

Âmbito da jurisdição

1 - Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto:

a) Tutela de direitos fundamentais, bem como dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares directamente fundados em normas de direito administrativo ou fiscal ou decorrentes de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal;

b) Fiscalização da legalidade das normas e demais actos jurídicos emanados por pessoas colectivas de direito público ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal, bem como a verificação da invalidade de quaisquer contratos que directamente resulte da invalidade do acto administrativo no qual se fundou a respectiva celebração;

c) Fiscalização da legalidade de actos materialmente administrativos, praticados por quaisquer órgãos do Estado ou das Regiões Autónomas, ainda que não pertençam à Administração Pública;

d) (...);

e) (...);

f) (...);

g) Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público, incluindo a resultante do exercício da função jurisdicional e da função legislativa;

h) Responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos;

i) (...);

j) (...);

l) Promover a prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, em matéria de saúde pública, ambiente, urbanismo, ordenamento do território, qualidade de vida, património cultural e bens do Estado, quando cometidas por entidades públicas, e desde que não constituam ilícito penal ou contra-ordenacional;

¹⁹ De acordo com a redacção emergente da Lei n.º 107-D/2003 de 31 de Dezembro.

- m) (...);
- n) Execução das sentenças proferidas pela jurisdição administrativa e fiscal.
- 2 – (...).
- 3 – (...).»

Tendo como referência o papel da administração pública no enquadramento das actividades com incidências ambientais e como parâmetro a subordinação da actividade da administração à lei, que é uma das bases em que assenta o sistema jurídico, a jurisdição administrativa desempenha um importante papel na sindicância da intervenção da administração em matérias com incidências ambientais, tornando-se, por essa forma, um instrumento nas mãos dos cidadãos no sentido da salvaguarda do ambiente.

Na verdade, o Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, no seu artigo 3.º, embora imponha que os tribunais administrativos julguem do «cumprimento pela administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam», não lhes cabendo julgar da «conveniência ou da oportunidade da sua actuação, no respeito pelo princípio da separação de poderes, acaba por atribuir aos Tribunais meios de intervenção que ultrapassam a mera declaração do Direito.

De facto, nos termos do n.º 2 daquele artigo 3.º, e «por forma a assegurar a efectividade da tutela, os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham à Administração e aplicar quando se justifique sanções pecuniárias compulsórias», e para além disso, nos termos do n.º 3 daquele artigo, cabe-lhes também assegurar a execução das sentenças que proferem contra Administração».

6 - O Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais configura um conjunto de meios de acção (formas processuais) através dos quais aqueles objectivos podem ser alcançados.

Nesse contexto, seguem a forma de «acção administrativa comum» disciplinada no artigo 37.º e seguintes daquele código, «os processos que tenham por objecto litígios cuja apreciação se inscreva no âmbito da

jurisdição administrativa e que, nem neste código nem em legislação avulsa, sejam objecto de regulação especial», e seguem os termos da «acção administrativa especial», disciplinada nos artigos 46.º e ss. daquele diploma, «os processos cujo objecto sejam pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos, bem como de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo».

De acordo com o n.º 2 deste mesmo artigo 46.º, podem ser formulados neste processo os «seguintes pedidos principais:

- a) Anulação de um acto administrativo ou declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica;
- b) Condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido;
- c) Declaração da ilegalidade de uma norma emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo;
- d) Declaração da ilegalidade da não emanação de uma norma que devesse ter sido emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo».

7 - Deste modo vão cair no âmbito da jurisdição administrativa, para além de outros, os conflitos entre particulares desde que disciplinados pelo direito administrativo e os conflitos de particulares com entidades públicas.

Ao nível dos conflitos entre particulares «sempre que uma conduta lesiva seja desenvolvida por particular em violação de normas de direito administrativo ou de vínculos jurídico administrativos decorrentes de um acto administrativo ou de contrato pode ser proposta, num tribunal administrativo, uma acção dirigida à condenação desse particular a abster-se da conduta lesiva ou a fazê-la cessar» ⁽²⁰⁾.

Já no âmbito das relações entre particulares e administração, o «CPTA reconhece expressamente que os eventuais interessados podem propor uma acção comum perante os tribunais administrativos para obter o reconhecimento do seu direito à adopção ou abstenção de condutas ou comportamentos por parte da Administração, assim como à sua condenação

²⁰ MÁRIO AROSO de ALMEIDA, *Obra citada*, p. 91.

à prática de actos e operações necessários ao restabelecimento das situações jurídicas lesadas»⁽²¹⁾.

Ainda neste âmbito, a acção administrativa especial poderá ser usada quando a lesão do ambiente for imputável a um acto jurídico da Administração, podendo o lesado impugnar esse acto através daquela acção e cumular na mesma outras pretensões, nomeadamente a «reparação de danos causados pelo acto ou pela norma: cfr. artigos 4.º, 5.º e 47.º do CPTA» e pode igualmente lançar mão dessa forma deste procedimento quando «a lesão do ambiente seja imputável à omissão por parte da Administração de um acto administrativo ou da aprovação de um regulamento: cfr. artigos 66.º segs. e 77.º do CPTA»⁽²²⁾.

II – O Ministério Público e os interesses difusos junto dos tribunais

1 - O Ministério Público no sistema jurídico português desempenha um complexo de funções que se podem reconduzir ao princípio da salvaguarda e da defesa do interesse colectivo junto e através dos tribunais.

É em homenagem a este princípio que devem ser entendidas as funções penais do Ministério Público, centralizadas na responsabilidade pelas investigações preliminares no processo penal, pela dedução da acusação e sua sustentação em julgamento, parâmetros em que o sistema português não inova relativamente a outras soluções vigentes no espaço europeu.

Com efeito, a repressão da criminalidade deriva da natureza dos interesses colectivos postos em causa pelo crime e da necessidade de salvaguarda das condições necessárias à manutenção da vida colectiva.

É igualmente em homenagem a este princípio que o Ministério Público assume as tradicionais funções de protecção judiciária de pessoas, nomeadamente de menores, de incapazes, de trabalhadores no âmbito da jurisdição do trabalho, uma vez que a sociedade enquanto tal tem o dever de defender os interesses de cidadãos em especiais condições de debilidade.

²¹ MÁRIO AROSO de ALMEIDA, *Obra citada*, p. 93.

²² MÁRIO AROSO de ALMEIDA, *Obra citada*, p. 94.

Em todas estas situações há interesses do conjunto dos cidadãos, da sociedade enquanto tal, que carecem tutela judiciária, ou cuja tutela se exerce prioritariamente através dos tribunais, e são estes interesses que estão na base da configuração de uma estrutura pública – o Ministério Público – a quem se atribuem amplos poderes de iniciativa processual para a realização daquele objectivo.

Importa que se diga que para além destes poderes de iniciativa processual que se projectam na dimensão colectiva do Ministério Público, a essa dimensão não é alheia a salvaguarda da independência dos tribunais e a conformação da sua acção à lei, o outro vector legitimante desta instituição.

De facto, o Ministério Público português tem como sua função a conformação da acção dos tribunais à lei, pelo que, nesta dimensão, também é «Ministério Fiscal».

2 - A dimensão colectiva dos interesses prosseguidos pelo Ministério Público justificou a atribuição expressa a esta Magistratura da responsabilidade pela salvaguarda dos interesses difusos, «na linha da tradição de uma magistratura ligada à promoção de objectivos sociais»⁽²³⁾ .

Na verdade, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), do respectivo estatuto, incumbe também ao Ministério Público «assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses colectivos e difusos».

O Estatuto não se assumiu como uma base de legitimação autónoma da intervenção do Ministério Público, mas não deixou de assumir as competências que lhe são atribuídas por diferentes dispositivos no contexto da legislação avulsa relativa às matérias relacionadas com os interesses difusos.

É o que se passa com o artigo 45.º, n.º 1, da Lei de Bases do Ambiente, que determina que «sem prejuízo da legitimidade de quem se sinta ameaçado ou tenha sido lesado nos seus direitos, à actuação perante a jurisdição competente do correspondente direito à cessação da conduta ameaçadora ou lesiva e à indemnização pelos danos que dela possam ter resultado, ao abrigo do disposto no capítulo anterior, também ao Ministério

²³ CUNHA RODRIGUES, *Em Nome do Povo*, Coimbra Editora, 1999, p. 172.

Público compete a defesa dos valores protegidos pela presente lei, nomeadamente através da utilização dos mecanismos nela previstos».

O Ministério Público desempenha deste modo e neste âmbito o «papel de guardião dos valores ambientais e é-lhe conferida uma ampla legitimidade processual em tudo o que respeita à protecção dos diversos componentes do ambiente»⁽²⁴⁾.

Ou seja, ao lado da legitimidade dos cidadãos para recorrerem aos tribunais para a salvaguarda do seu direito ao ambiente, por si, ou através de associações que prossigam aquele objectivo, o sistema jurídico atribui igualmente ao Ministério Público a responsabilidade pela salvaguarda daquele bem jurídico.

O Ministério Público pode, deste modo, através dos meios de natureza jurídica colocados à sua disposição nas várias leis processuais desempenhar um papel activo na salvaguarda dos valores jurídicos inerentes ao ambiente.

A intervenção do Ministério Público ocorre no contexto das diferentes jurisdições com competência nesta matéria, através dos meios de acção que caracterizam os procedimentos inerentes a essas jurisdições.

3 – Em coerência com este dispositivo, o artigo 26.º-A do Código de Processo Civil veio determinar que «têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa (...) do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural (...), qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.

A legitimidade do Ministério Público é aqui assumida por forma derivada, «nos termos da lei», o que no caso do ambiente se reconduz ao artigo 45.º, n.º 1, da respectiva Lei de Bases, já acima referida.

Neste contexto o Ministério Público tem competência para instaurar acções cíveis destinadas a obter a efectivação da responsabilidade civil e o ressarcimento dos danos patrimoniais e morais sofridos em consequência das condutas que agriçam o ambiente, tais como as actividades poluidoras, mas

²⁴ JOÃO PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente*, Almedina, 1992, p. 96.

também as acções que visem a inibição de exercício dessas actividades, para além das providências cautelares que se destinem a pô-lhes termo de imediato.

Esta competência para a efectivação da responsabilidade civil pela prática de actos danosos para o ambiente projecta-se igualmente no âmbito dos processos penais, nos casos em que exista responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal, o que fundamenta a dedução de pedidos de indemnização no processo penal em que se averiguem factos susceptíveis de integrarem a prática de crimes ambientais.

4 - O Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais estabelece no seu artigo 9.º, «um princípio geral em matéria de legitimidade activa que, em correspondência com as normas dos artigos 26.º e 26.º A do Código de Processo Civil, congrega as duas formas típicas de legitimidade directa – uma baseada na titularidade da relação controvertida (n.º 1) e a outra na titularidade de um interesse supra individual (n.º 2) e estende ao Ministério Público a legitimidade»⁽²⁵⁾ para propor as acções a que se refere o n.º 2 do mesmo artigo 9.º.

Em coerência com este princípio, resulta daquele n.º 2 que, «independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais».

No quadro das normas constitucionais acima referidas relativas ao direito de acção popular, resulta do n.º 2 deste artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, a conformação do direito de acção popular para defesa dos interesses discriminados naquela norma, a favor de qualquer pessoa ou associações e fundações defensoras dos interesses em causa, ao

²⁵ MARIA ISABEL F. COSTA, “O Ministério Público no Contencioso Administrativo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 28.º, Abril-Junho de 2007, p. 17.

lado do direito de acção assente numa lógica clássica de legitimidade derivada da qualidade de parte na relação material controvertida.

Paralelamente, aquele código retoma a legitimidade do Ministério Público para a salvaguarda dos mesmos interesses, em conformidade com os princípios consagrados no respectivo estatuto, o que não se confunde com a intervenção do Ministério Público na mera defesa da legalidade, que tem projecção em inúmeros dispositivos daquele diploma, nomeadamente no artigo 55.º, n.º 1, alínea b), norma que confere ao Ministério Público legitimidade para a impugnação de actos administrativos.

Neste caso «o Ministério Público age no quadro das suas funções próprias, que lhe estão constitucionalmente conferidas pugnando pela (e pela reparação da) lei ofendida» ⁽²⁶⁾.

5 – No sistema jurídico português incumbe ao Ministério Público a responsabilidade pela fase inicial do processo penal, denominada inquérito, no contexto da qual são desencadeadas as diligências destinadas a recolher a prova dos factos integrativos de crimes, em ordem à decisão sobre a submissão ou não a julgamento.

O Ministério Público dirige aquela fase do processo, desencadeando por si ou através das polícias com competências em matéria de investigação criminal as diligências necessárias à realização daquele objectivo.

Encerradas tais diligências incumbe ao Ministério Público avaliar os elementos recolhidos e com base nos mesmos decidir se o caso é o não submetido a julgamento.

A decisão do Ministério Público é susceptível de controlo judicial, a requerimento do acusado ou das pessoas atingidas com o crime.

Tal controlo é facultativo e, se nada for requerido o processo, é remetido ao tribunal competente para o julgamento, não existindo uma forma de sindicância obrigatória e oficiosa da decisão do Ministério Público tomada no termo daquela fase do processo.

²⁶ MÁRIO AROSO de ALMEIDA e CARLOS CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007, p. 334.

As decisões de arquivamento, poderão, contudo, ser reapreciadas por iniciativa do superior hierárquico imediato do magistrado responsável pela decisão, que poderá mandar reabrir o processo ou deduzir acusação.

Ao nível da investigação dos crimes ambientais o Ministério Público pode recorrer à colaboração dos departamentos da administração ambiental em ordem a um mais exaustivo conhecimento dos factos em investigação⁽²⁷⁾.

Incumbe também ao Ministério Público uma intervenção activa na audiência de julgamento em ordem à sustentação da acusação por si deduzida, quer ao nível da produção e análise da prova, quer ao nível do debate das questões de natureza jurídica que ali sejam suscitadas.

6 – De particular importância no sistema jurídico português é a intervenção judiciária nos procedimentos de natureza sancionatória desencadeados pela Administração pública.

Na verdade, os condenados podem recorrer das decisões sancionatórias proferidas pela Administração para os tribunais, que julgam o recurso com conhecimento da matéria de facto e de direito.

Na petição de recurso o condenado manifesta as razões da sua discordância face à decisão de que foi objecto, podendo pedir ao Tribunal a produção de meios de prova não tomados em consideração no processo, ou uma nova ponderação da prova que ali já tenha sido produzida.

O Tribunal pode ouvir a autoridade administrativa a quem pode pedir todos os esclarecimentos que considere necessários ao esclarecimento dos factos, conforme resulta expressamente do artigo 70.º do Regime Geral das Contra-ordenações.

No caso de haver lugar a produção de novos meios de prova, o recurso é decidido em audiência que segue o regime da audiência em processo penal, com algumas especialidades.

O processo comporta múltiplas intervenções processuais em que o Ministério Público pode tomar posição sobre o objecto do recurso e colaborar

²⁷ Sobre investigação criminal no domínio dos crimes contra o ambiente, cfr. "Crimes Ambientais e Metodologias de Investigação", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, n.º 2 – Abril-Junho de 2005, pp. 275 e ss.

activamente com o Tribunal na descoberta da verdade e na realização do Direito ⁽²⁸⁾.

III – Das competências na lei à intervenção efectiva

1 – Face ao cenário que resulta do acima exposto sobre o sistema jurídico português, a sua organização judiciária e os meios legalmente conferidos aos cidadãos e às suas associações para a defesa do ambiente, pode claramente concluir-se que não é por falta de meios legais que o ambiente não é objecto de uma protecção profunda em Portugal.

Ao lado dos meios conferidos aos cidadãos e às suas associações, o sistema jurídico ainda faz intervir expressamente o Ministério Público na salvaguarda daqueles valores, criando mais uma via que pode suprir a menor iniciativa cívica na defesa daqueles interesses.

As soluções consagradas no âmbito da jurisdição administrativa têm grandes potencialidades no sentido de coagir a Administração a cumprir as exigências legalmente previstas no que se refere ao enquadramento de actividades com incidências ambientais.

Na verdade, a impugnação de actos ilegais que pode levar não apenas à declaração de ilegalidade dos mesmos, mas à sujeição da Administração à sua substituição pelos actos legalmente devidos, com a possibilidade de o Tribunal controlar a execução das suas decisões, surge como um poderoso instrumento de sujeição da Administração à lei.

É, contudo, legítimo que se pergunte se os cidadãos portugueses estão a recorrer efectivamente aos Tribunais no sentido de acautelar a defesa do seu direito ao ambiente, ou se o Ministério Público, está a assumir as competências que legalmente lhe estão atribuídas, e que são vastas, no sentido da realização daquele direito.

A primeira grande dificuldade que encontra quem ensaie uma resposta àquelas duas questões é a falta efectiva de informação segura sobre o que se passa nesta área nos Tribunais.

²⁸ Sobre a intervenção do Ministério Público no âmbito dos recursos de impugnação, cfr. "A Intervenção do Ministério Público na Defesa do Ambiente", *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Abril – Junho de 2005, pp. 79 e ss.

De facto, os procedimentos conexos com o ambiente, sejam eles acções cíveis, processos penais, recursos de impugnação ou acções administrativas, não são tratados autonomamente no contexto da estatística judiciária, diluindo-se os processos instaurados nesta área, no contexto das formas processuais adoptadas nos vários tribunais.

Deste modo, não é possível quantificar os processos e determinar o seu concreto objecto a partir da estatística judiciária, salvo no que se refere aos crimes ambientais⁽²⁹⁾.

Nesta sede, a estatística da justiça refere-nos números de crimes englobados nesta categoria, contudo, a valia destes números em termos de expressão da factualidade que é ou devia ser considerada crime ambiental, é de reduzido ou nulo interesse.

O acesso aos processos relacionados com o ambiente é, contudo, possível a partir das decisões publicadas nas bases de dados jurídicas do Ministério da Justiça⁽³⁰⁾.

Há vários anos que os Tribunais Judiciais de 2.ª instância e o Supremo Tribunal de Justiça vêm integrando naquelas bases de dados as decisões proferidas.

São igualmente objecto desta forma de divulgação as decisões dos Tribunais administrativos de 2.ª instância, do Supremo Tribunal Administrativo e as intervenções mais significativas do Ministério Público proferidas no âmbito desta jurisdição.

A consulta das decisões publicadas fornece elementos relevantes sobre a forma com a instância judiciária está a encarar as questões ambientais e as soluções jurídicas que encontra para lhes dar resposta.

Trata-se, contudo, de uma informação parcelar, uma vez que integra apenas decisões dos Tribunais superiores e sabe-se que nem todas as decisões são publicadas, não havendo um levantamento estatístico que permita uma leitura quantitativa dos processos em causa.

²⁹ Cfr. <http://www.dgpj.mj.pt>

³⁰ <http://www.dgsi.pt/>

2 – O Ministério Público dispõe de uma estatística própria que integra anualmente o Relatório Anual da Procuradoria-Geral da República, mas também aqui os processos relativos ao ambiente se diluem no contexto mais vasto de outras categorias processuais, não sendo possível a partir desses números chegar a uma visão aproximada daquilo que se passa, e, sobretudo, analisar a intervenção levada a cabo.

Assim, por exemplo, no Relatório Anual de 2009, dá-se conta de que o Ministério Público instaurou na jurisdição administrativa, a nível nacional, 66 acções publicas enquanto que em 2008 esse número foi de 118, e no ano de 2007 fora de 158⁽³¹⁾.

Estes números englobam também as acções instauradas pelo Ministério Público relativamente ao ordenamento do território, matéria em que esta magistratura está a intervir de uma maneira mais intensa, nomeadamente através da impugnação de licenciamentos ilegais.

Os números traduzem apenas as acções instauradas pelo Ministério Público junto desta jurisdição, não sendo sequer expressivos da intervenção nos procedimentos instaurados pelos cidadãos ou pelas associações de defesa do ambiente, nem da intervenção levada a cabo noutros procedimentos que possam ter incidência sobre o ambiente.

Como todas as abordagens estatísticas, estes números comportam várias leituras, mas importa que os equacionemos no contexto global da intervenção prosseguida pelo Ministério Público, pelo menos como base de reflexão.

3 - A consciência da necessidade de ter informação sobre a intervenção do Ministério Público nas áreas dos interesses difusos tem estado presente nas preocupações da Procuradoria-Geral da República ao longo dos anos.

Foi esta preocupação que motivou a emissão de uma directiva de carácter geral aos magistrados, através da circular n.º 6/2006, de 27 de Março.

Através dessa directiva impôs-se aos magistrados que remetessem à Procuradoria-Geral informação sobre os procedimentos relacionados com esta matéria, nomeadamente, processos penais, recursos de decisões

³¹ Relatórios Anuais da Procuradoria-Geral da República de 2009, p. 307 e 315; de 2008, p. 256 e 263; e de 2007, p. 296 e 303.

condenatórias proferidas pela Administração e sobre os procedimentos de natureza cível ou administrativa.

A comunicação seria feita prioritariamente por via electrónica e alimentaria uma base de dados que recolheria toda a informação. Paralelamente era actualizada uma estrutura já existente que passaria a tratar toda a informação recebida.

Quatro anos depois desta tomada de posição por parte da Procuradoria-Geral, os dados recolhidos apontam para 44 comunicações na globalidade deste período, comunicações estas que integram processos cíveis, criminais e recursos de impugnação, e que incluem também peças processuais relativas às intervenções desencadeadas pelo Ministério Público.

Estão em causa comunicações oriundas de cerca de 12 comarcas, nada se sabendo das restantes, o que só por si evidencia uma situação de possível incumprimento generalizado desta directiva.

Esta Circular foi emitida num contexto de alguma indefinição relativamente à implementação do Sistema Integrado de Informação do Ministério Público – O SIMP, solução informática que hoje enquadra todas as comunicações internas no âmbito desta estrutura, tendo sido arredadas as comunicações em formato papel.

Esse facto, contudo, não justifica o cenário de possível incumprimento generalizado que rodeia esta directiva.

IV – As tarefas inadiáveis

1 - Qualquer tentativa de inversão da situação actual relativamente à resposta do Ministério Público às questões ambientais passa por vários de níveis de intervenção que terão de ser conjugados entre si.

Numa primeiro momento é imperioso que se cumpram as directivas internas e que se proceda à recolha da informação sobre os procedimentos que correm pelos Tribunais nesta área, nomeadamente aqueles que têm intervenção do Ministério Público.

Trata-se de um ponto de partida sem o qual a leitura que se faça da intervenção do Ministério Público será sempre desfocada e potencialmente

errónea, podendo em muitas situações ser injusta para a generosidade de magistrados para quem os valores ambientais são uma realidade a defender.

O conhecimento das intervenções processuais que estão a ser produzidas poderá ser utilizado de uma maneira vantajosa na formação inicial e complementar dos magistrados.

Além disso, essa informação permite o acesso a componentes dos processos que escapam à divulgação das decisões dos tribunais através das bases de dados jurídicas do Ministério da Justiça.

A informação a colher é aquela que está prevista na referida circular n.º 6/2006, de 27 de Março, com expressão nos Tribunais judiciais e administrativos, incluindo os procedimentos de natureza cível e administrativa, bem como os de natureza sancionatória.

2 – A dispersão dos procedimentos de natureza ambiental por várias ordens de Tribunais e pelas circunscrições judiciais no território nacional potencia uma situação onde não existem formas de aglutinação do trabalho dos vários profissionais que intervêm nesta área.

E na verdade cada magistrado continua entregue a si mesmo, numa forma bem expressiva em Portugal, entregue à sua autonomia, sem articular a sua acção com a dos demais.

Nas palavras de ISABEL F. COSTA, «uma magistratura de iniciativa e acção não pode continuar a privilegiar a independência de desempenho individual, mais afeiçoada ao exercício da judicatura, em prejuízo do trabalho de equipa, multidisciplinar e especializado, comprometido com a eficácia de acção e o cumprimento de estratégias e objectivos»⁽³²⁾.

A verdade é que a dimensão colectiva dos temas ambientais reclama uma intervenção concertada e orientada, única forma de salvaguardar a igualdade dos cidadãos perante a lei, que pode vir a ser profundamente atingida pelos poderes de iniciativa dos diferentes magistrados, exercidos de forma díspar e muitas vezes contraditória.

³² *Obra citada*, p. 42.

A concertação exige estruturas que coordenem a acção dos vários profissionais envolvidos e neste sentido a solução espanhola da «Fiscalía de Medio Ambiente y urbanismo» torna-se, para nós, um exemplo relevante⁽³³⁾.

Mas independentemente da coordenação da acção dos vários magistrados, uma estrutura deste tipo, ao colocar em rede um conjunto de profissionais, pode potenciar um salto qualitativo que é essencial na melhoria da resposta às agressões ao ambiente.

Impõe-se igualmente a especialização de magistrados nas matérias inerentes à defesa dos interesses difusos.

Na verdade, a especialização surge como o único caminho de futuro face à complexidade do Direito na sociedade em que vivemos e à impossibilidade de dar formação aprofundada nestas áreas, como em muitas outras, a todo o corpo de magistrados.

A verdade é que no dia a dia os juízes e procuradores lidam cada vez mais com equipas de advogados e outros profissionais do Direito altamente especializados nesta matéria e nelas profissionalizados por inteiro, o que está a introduzir uma clara alteração das bases em que assenta a independência e a credibilidade dos tribunais.

3 – Uma segunda linha de abordagem deve ser dirigida para a formação, quer ao nível da formação inicial, quer na formação permanente, ao longo da vida profissional.

A formação na área do ambiente para ser útil não se pode limitar a uma mera divulgação do Direito, ou da forma como o mesmo é aplicado.

O Direito do Ambiente tem uma dimensão técnica que é essencial para compreender a sua juridicidade e cuja compreensão é essencial ao bom êxito da sua aplicação.

É obvio que as perícias estão ao dispor dos aplicadores do Direito e elas podem suprir a sua falta de informação técnica, sendo esse o espaço natural das perícias no processo.

Mas, só se compreende o efectivo papel de uma perícia, se se entender a dimensão do problema a decidir, e o simples diálogo com o perito torna-se,

³³ [Http://www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

com muita facilidade, um diálogo de surdos, pela diversidade de linguagens utilizadas.

De facto, o recurso à perícia supõe a concretização da questão a decidir e a analisar e a capacidade de diálogo entre o perito e o aplicador do Direito.

Deste modo, trazer à formação de magistrados (juízes e procuradores) a dimensão técnica dos diferentes instrumentos de natureza jurídica que enquadram o ambiente é seguramente uma forma de melhorar o conhecimento das realidades ambientais.

A necessidade de diálogo entre o perito e o aplicador do direito traz para a praça pública uma outra área que é a da relação entre a Administração e os Tribunais.

4 - No espaço da nossa cultura judiciária criou-se ao longo ao longo dos anos um fosso entre a Administração e os Tribunais que é expressão da velha lógica da separação de poderes, que motiva, muitas vezes, algumas animosidades incompreensíveis e que conduz na prática a dificuldades na aplicação do Direito.

É um dado indesmentível que, no que se refere à defesa do ambiente, se intrometeu um novo agente – a Administração – entre os cidadãos e os Tribunais, pelo que as questões ambientais já não podem ser vistas apenas no plano da relação dos cidadãos com a instância judiciária.

São hoje atribuídos à Administração poderes cada vez mais vastos de condicionamento das actividades com incidências ambientais, tendo esta, por tal motivo, um papel insubstituível na defesa dos valores ambientais.

Trata-se de uma realidade com a qual temos de saber conviver, tendo uma noção muito clara do espaço de cada instância e dos limites à intervenção de cada um.

A capacidade de diálogo e sobretudo a compreensão do papel da Administração não atinge a independência dos Tribunais, nem coloca os juízes nas mãos da Administração no momento de proferirem as suas decisões.

A verdade é que a Administração e as questões ambientais são olhadas muitas vezes com algum desconforto, se não mesmo com desconfiança, no mundo dos Tribunais.

Há várias razões que contribuem para isso: o desconhecimento das matérias que gera insegurança; o elevado nível de tecnicidade que caracteriza aquelas matérias e que dificulta a sua compreensão.

Neste cenário, pelas ligações que mantém com sociedade e com a Administração, no quadro dos poderes de iniciativa processual de que dispõe, o Ministério Público pode tornar-se um meio de canalização de informação para os processos, informação esta que é relevante no suporte das decisões a proferir.

Para além disso, mesmo no quadro dos poderes de iniciativa que algumas leis processuais conferem aos tribunais é possível também encontrar base para uma busca de informação que potencie uma decisão mais sólida.

5 – No que se refere à realidade portuguesa, mais do que novos instrumentos de natureza jurídica, o que a melhoria e o aprofundamento da execução da legislação ambiental exige pela parte do Ministério Público é uma nova mentalidade, uma nova consciência por parte dos magistrados do sentido da sua função.

De facto, o Ministério Público está nos Tribunais para desencadear os procedimentos necessários à salvaguarda do interesse colectivo, nas situações em que essa salvaguarda exige o concurso da instância judiciária.

É uma lógica de realização dos interesses do conjunto dos cidadãos que deve motivar a intervenção do Ministério Público e servir de base a uma nova forma de estar.

Nos tempos que correm a defesa da sociedade contra o crime e a estabilização das condições essenciais para a normalidade da vida colectiva, já não esgotam a função do Ministério Público.

Há hoje outros valores que reclamam a atenção dos magistrados desta magistratura, onde a salvaguarda do ambiente tem um papel de destaque.

A dimensão colectiva desses interesses exige uma intervenção articulada, estrategicamente definida e orientada, devendo cada magistrado subordinar a sua acção a essa orientação colectiva.

António Leones Dantas

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

AMBIENTE, ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E URBANISMO
NA PROVIDORIA DE JUSTIÇA

1. Introdução. O Provedor de Justiça: natureza e missão

i) O controlo da actividade administrativa

A descrição da natureza e dos contornos da actividade do Provedor de Justiça nos domínios do ambiente, do ordenamento do território e do urbanismo constituirá o objecto principal deste estudo, que procurará assinalar a especificidade da actividade processual concernente a essas matérias e, bem assim, sublinhar a particular aptidão do Provedor de Justiça para a defesa de valores ecológicos e urbanísticos e do equilíbrio da gestão territorial.

Apesar da concisão do objecto de análise anteriormente delimitado, começaremos por dar um modesto contributo para o esclarecimento de diversos equívocos que persistem, mesmo entre juristas, a respeito da natureza e da missão do Provedor de Justiça — designadamente, quanto à utilidade da sua intervenção, à extensão dos seus poderes e à sua posição imparcial perante os conflitos que opõem os cidadãos que se lhe dirigem à administração pública (ou a outras entidades que, possuindo natureza distinta, integrem o âmbito de actuação daquele órgão do Estado).

No quadro constitucional vigente³⁴, o Provedor de Justiça é o órgão do Estado a quem cabe apreciar, sem poder decisório, as queixas dos cidadãos por acção ou omissão dos poderes públicos, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (cf. o artigo 23.º/1 da Constituição). Contudo, o artigo 23.º da Constituição encerra uma realidade que extravasa o sentido literal das suas normas, conforme nos revela a Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprova o Estatuto do Provedor de Justiça³⁵

³⁴ Em rigor, a figura do Provedor de Justiça foi instituída entre nós pelo Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril, e posteriormente acolhida constitucionalmente.

³⁵ A Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, foi alterada pelas Leis n.º 30/96, de 14 de Agosto, e n.º 52-A/2005, de 10 de Outubro.

(abreviadamente, EPJ). Conforme se demonstrará, a missão daquele órgão do Estado ultrapassa largamente o sentido que a letra do referido artigo da Constituição parecia anunciar, na medida em que o legislador veio a robustecer a actuação do Provedor de Justiça, concedendo-lhe a dignidade reclamada por uma figura inspirada no *Ombudsman* sueco, que é comumente identificado como a matriz dos seus congéneres europeus.

Pode afirmar-se sem hesitação que a fiscalização da actividade administrativa consubstancia a principal missão do Provedor de Justiça, o que evidencia tratar-se, acima de tudo, de um órgão especialmente apto a intervir no domínio da actividade da administração pública *lato sensu*³⁶, estendendo-se o seu âmbito de actuação à totalidade dos poderes públicos que praticam actos materialmente administrativos, designadamente a Assembleia da República e os Tribunais³⁷ (competência essa que não é afastada pelo disposto no artigo 22.º/2 e 3 do EPJ, cujo teor não pode ser interpretado extensivamente). A importância reconhecida pelo legislador à missão do Provedor de Justiça motivou a inclusão³⁸, no artigo 2.º/2 do EPJ, dos particulares no âmbito subjectivo de actuação daquele órgão do Estado, desde que se trate de especiais relações de domínio e da defesa de direitos, liberdades e garantias. Assim, para além das entidades indicadas no artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo, veio o âmbito de actuação do Provedor de Justiça a incluir particulares desprovidos de poderes de autoridade *proprio sensu*.

Não obstante, seria errado presumir que a intervenção do Provedor de Justiça se encontra circunscrita ao domínio administrativo — em rigor, a Constituição não estabelece «*nenhum limite expresso*»³⁹ à competência daquele órgão do

³⁶ Ou seja, a actividade sujeita à fiscalização do Provedor de Justiça não se circunscreve ao elenco de entidades subsumíveis à previsão do artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo

³⁷ Sem prejuízo da exclusão das decisões jurisdicionais, por força do disposto no artigo 203.º da Constituição, que proclama o princípio da independência do poder judicial.

³⁸ Através da alteração operada pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto, que aditou o n.º 2 ao artigo 2.º.

³⁹ Vide J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2007, p. 441.

Estado, a qual abrange todos os poderes públicos. Ainda assim, a actividade político-legislativa — particularmente, da Assembleia da República e das assembleias legislativas regionais — afigura-se pouco permeável⁴⁰ à actuação do Provedor de Justiça, tanto pela sua natureza como pela legitimidade democrática directa daqueles órgãos, o que não impede, porém, que o aperfeiçoamento da actividade legislativa integre expressamente a missão confiada ao *Ombudsman*, nos termos do artigo 21.º/1/c) do Estatuto do Provedor de Justiça.

Sem prejuízo de quanto acaba de afirmar-se quanto à extensão do domínio de actuação do Provedor de Justiça, cumpre ressaltar que o princípio da separação e interdependência de poderes (artigo 111.º da Constituição) condiciona a sua intervenção, aconselhando o uso de especial prudência quando existir a possibilidade de colidir com opções político-legislativas; trata-se de procurar o equilíbrio entre a prossecução da missão que àquele órgão do Estado é confiada pela Constituição, por um lado, e o respeito pelo princípio democrático, que se exprime através do exercício das competências dos órgãos responsáveis pela condução das funções política e legislativa, por outro.

Igual ressalva merece a relação do Provedor de Justiça com os tribunais, particularmente no que concerne às suas decisões jurisdicionais, constitucionalmente respaldadas pelo princípio da independência do poder judicial (artigo 203.º da Constituição), porquanto nada parece aconselhar o Provedor de Justiça a abster-se de formular uma opinião sobre determinada tendência jurisprudencial, posto que não se imiscua na apreciação de casos concretos nem pretenda influenciar actos jurisdicionais — na medida em que uma dada interpretação for compatível com a norma aplicada, pronunciar-se junto do legislador sobre a exegese do preceito normativo enquadra-se ainda no contributo para o aperfeiçoamento da legislação, mantendo incólume a independência hermenêutica e jurisdicional dos tribunais.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, afirmando-se que a acção do Provedor de Justiça pode «*muito bem abarcar a actividade política e legislativa do Estado e [d]os respectivos órgãos*», embora não seja essa a configuração legal dada pelo EPJ.

ii) A independência

Entre os traços característicos essenciais da figura do *Ombudsman* figura a independência da sua intervenção, sem a qual resultaria inevitavelmente comprometida a garantia dos direitos dos cidadãos perante os poderes públicos.

A independência do Provedor de Justiça, tal como se encontra consagrada no artigo 23.º/3 da Constituição⁴¹, apresenta duas dimensões: uma subjectiva, porque atinente ao titular do órgão, e uma outra objectiva ou instrumental, porque relativa ao conjunto de garantias e de instrumentos contemplados na lei para afastar do desempenho das funções do Provedor de Justiça eventuais constrangimentos externos. No que concerne à primeira dimensão, diz-se no artigo 5.º/2 do EPJ que a escolha do titular do órgão recairá sobre um indivíduo com comprovada reputação de integridade e independência. No que respeita à segunda vertente da independência do Provedor de Justiça, diz-se, logo no artigo 7.º do EPJ, que este órgão é independente e inamovível, não podendo o mandato do seu titular cessar fora dos casos legalmente previstos.

Quanto aos instrumentos previstos para assegurar o livre exercício dos poderes funcionais cometidos ao Provedor de Justiça, enunciam-se unicamente os principais: (i) exclusão de responsabilidade civil e atribuição de imunidade criminal pelas recomendações, reparos ou opiniões emitidos e pelos actos praticados em exercício de funções (artigo 8.º/1 do EPJ); (ii) proibição de detenção e de prisão sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime punível com pena de prisão superior a três anos e em flagrante delito (artigo 8.º/2 do EPJ); (iii) garantia da estabilidade do emprego, da carreira e do regime de segurança social anteriores (artigo 13.º do EPJ); (iv) garantia de autoridade e da inerente colaboração de todas as autoridades e agentes da autoridade (artigos 18.º e 19.º do EPJ); disponibilidade de um gabinete e de

⁴¹ Os artigos 1.º/2 e 7.º do EPJ aludem igualmente à independência do Provedor de Justiça.

um serviço de apoio dotado de autonomia administrativa e financeira e de instalações próprias (artigo 40.º do EPJ).

Sem pretender ser exaustiva, a enumeração antecedente permite concluir haver o legislador procurado reunir as condições necessárias para que o Provedor de Justiça encontre facilitada a sua missão, exercendo os poderes de que dispõe com a independência decorrente da sua idoneidade, que assim se vê preservada por um acervo de instrumentos e garantias.

iii) A legitimidade

O cargo de Provedor de Justiça é provido por eleição pela Assembleia da República, nos termos do disposto no artigo 23.º/3 da Constituição, esclarecendo-se no artigo 5.º/1 do EPJ que a maioria necessária para a eleição terá de corresponder, no mínimo, a dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções. Esta forma de designação do titular do órgão confere-lhe uma legitimidade de natureza democrática, na medida em que a Assembleia da República representa todos os cidadãos portugueses (artigo 147.º da Constituição). Simultaneamente, a exclusão da eleição do Provedor de Justiça do sufrágio directo e universal permite resguardá-lo da volatilidade da opinião pública e das incertezas do calendário eleitoral, reforçando a sua independência sem todavia comprometer a legitimidade democrática que advém da estreita relação com a instituição parlamentar e que é assegurada pela maioria qualificada exigida para a eleição.

Uma outra forma de legitimidade reside na natureza *sui generis* do Provedor de Justiça, uma vez que este órgão não possui natureza administrativa, não exerce a função jurisdicional nem pode dispor normativamente, ganhando assim a legitimidade para fiscalizar a administração, contribuir para o aperfeiçoamento das soluções normativas de que depende a resolução de litígios e propor, sugerir e recomendar alterações de legislação e o suprimento de omissões normativas. DIOGO FREITAS DO AMARAL identifica na figura do *Ombudsman* o quarto poder do Estado, considerando-o ontologicamente

distinto das realidades que integram a extensão do conceito de administração pública⁴². Por seu lado, VITAL MOREIRA entende encontrar-se institucionalizada uma função de garantia ou de controlo — não reconduzível a nenhum dos três poderes do Estado tradicionalmente descritos — a que pertence o Provedor de Justiça, o qual não pode ser visto como uma entidade administrativa independente⁴³.

iv) O poder de recomendar e outros meios de actuação

O controlo da actividade dos poderes públicos (mormente da actividade administrativa), a par das garantias de independência e da legitimidade democrática indirecta do Provedor de Justiça, justifica a atribuição a este órgão do poder de recomendar; a recomendação surge, pois, como o paradigma da intervenção do Provedor de Justiça, figurando, desde logo, no artigo 23.º/1 da Constituição. Contudo, presumir que a decisão do *Ombudsman* em todos os casos concretos depende da formulação de recomendação, nos termos previstos no artigo 23.º/1 da Constituição e nos artigos 3.º, 20.º/1/a) e 38.º do EPJ, constitui um erro, conforme se esclarecerá ulteriormente. Na realidade, embora o poder de recomendar seja o poder por excelência do Provedor de Justiça, permitindo-lhe exigir do destinatário da recomendação a satisfação de um especial dever de cooperação e de fundamentação da hipotética oposição ao teor daquela, são escassas as situações que dão causa ao exercício desse poder.

Uma outra ideia errada a respeito da actuação do Provedor de Justiça prende-se com a falta de poder decisório, o que, em tese, enfraqueceria a sua posição perante os demais poderes públicos. De facto, o artigo 23.º/1 da Constituição, secundado pelos artigos 3.º e 22.º/1 do EPJ, rejeita a atribuição de poder decisório ao Provedor de Justiça, convertendo a sua acção em *soft law*. No entanto, é precisamente essa característica que permite ao

⁴² DIOGO FREITAS DO AMARAL, «Limites Jurídicos, Políticos e Éticos da Actuação do “Ombudsman”», in *Democracia e Direitos Humanos no Século XXI*, Provedoria de Justiça, 2003, p. 50.

⁴³ VITAL MOREIRA, «As Entidades Administrativas Independentes e o Provedor de Justiça», in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Provedoria de Justiça, 2002, pp. 106 a 113.

Ombudsman ser criativo nas soluções que apresenta, contribuindo amplamente para a produção legislativa e para a alteração de práticas administrativas. Sem poder decisório — isto é, sem poder obrigar — o Provedor de Justiça estriba a sua actuação exclusivamente na rigorosa investigação dos factos e na bondade dos argumentos jurídicos invocados, persuadindo em lugar de ordenar; invocando o império da razão em detrimento do *ius imperii*. Essa característica permite-lhe agir com maior liberdade, apresentando soluções inovadoras e promovendo a mediação.

As recomendações do Provedor de Justiça podem ter por destinatário qualquer órgão ou serviço integrado no seu âmbito subjectivo de actuação, podendo reportar-se a situações em concreto (artigo 20.º/1/a) do EPJ) ou, distintamente, pretender conduzir à interpretação, alteração, revogação ou produção de normas (artigo 20.º/1/b) do EPJ). No que concerne aos fundamentos das recomendações do Provedor de Justiça, cumpre esclarecer não serem exclusivamente normativos, na medida em que àquele órgão do Estado não se encontra vedado invocar critérios de justiça, nem tão-pouco apreciar o mérito das decisões sujeitas à sua apreciação, ainda que, no limite, a única via de actuação importe a alteração do quadro normativo vigente pelos órgãos competentes para o efeito.

Formulada uma recomendação, o seu destinatário fica legalmente obrigado a pronunciar-se sobre o seu teor no prazo máximo de sessenta dias, devendo fundamentar a eventual recusa de acatamento do sentido da recomendação (artigo 38.º/2 e 3 do EPJ). A falta de resposta a uma recomendação pode dar lugar a uma comunicação à Assembleia da República, dada a especial relação de proximidade entre este órgão de soberania e o Provedor de Justiça.

Conforme se antecipou *supra*, a recomendação não consubstancia o desfecho necessário de todos os processos organizados pelo Provedor de Justiça, nem sequer da sua maioria. A título de exemplo, pode referir-se terem sido arquivados 6790 processos durante o ano de 2010 e formuladas somente 22 recomendações em igual período. Esta proporção não traduz de modo

algum a clamorosa improcedência da generalidade das queixas apreciadas, apenas a circunstância de a recomendação constituir um recurso utilizado *in extremis* pelo Provedor de Justiça, quando a instrução do processo aconselha uma firme tomada de posição e não se mostra possível persuadir por outros meios — formais ou informais — a entidade visada. Em termos práticos, importa reter este dado, uma vez que a experiência demonstra que grande parte dos cidadãos que lidam com o Provedor de Justiça esperam obter daquele órgão do Estado uma recomendação que ponha termo ao conflito, quase como se de uma sentença com valor executivo se tratasse.

De utilidade muito superior à recomendação mostra-se a própria instrução dos processos, que consiste em pedidos de informação, inspecções, exames, inquirições ou qualquer outro procedimento razoável que não colida com os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo efectuada por meios informais e expeditos, sem sujeição às regras processuais relativas à produção de prova (artigo 28.º/1 do EPJ). Considerando dever o Provedor de Justiça ouvir a entidade visada (artigo 34.º do EPJ), estabelece-se uma dialéctica através da qual o poder de persuasão daquele órgão facilita a resolução do objecto da queixa, frequentemente por meio da promoção de mediações e conciliações.

v) O dever de cooperação

Encontrando-se desprovido de poder decisório, o Provedor de Justiça encontra no dever de cooperação a que o artigo 23.º/4 da Constituição obriga os órgãos e agentes administrativos um contributo imprescindível para a realização da sua missão. Contando com o resultado do cumprimento daquele dever, o Provedor de Justiça pode dispor de todos os esclarecimentos que haja por convenientes⁴⁴, adquirindo a informação que lhe permitirá alcançar uma decisão. Os pedidos de esclarecimentos formulados não se limitam à mera satisfação de questões ou à consulta de

⁴⁴ Desde que não sejam precludidas restrições respeitantes ao segredo de justiça, nem a invocação do interesse superior do Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes, em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais.

documentos, permitindo-se a realização de exames, inquirições ou inspecções (se necessário, sem aviso prévio), nos termos do artigo 28.º/1 do EPJ, e a fixação de prazo para resposta ou até a convocatória de quem o Provedor de Justiça entender dever prestar informações (artigo 29.º/4 e 5 do EPJ).

Os amplos poderes instrutórios reconhecidos ao Provedor de Justiça são, em conjunto com o correspondente dever de cooperação por parte das entidades administrativas, a forma encontrada pelo legislador para colmatar a inexistente força vinculativa das decisões daquele órgão do Estado.

Devido à sua origem histórica e à particular aptidão do Provedor de Justiça para defender os cidadãos dos abusos dos poderes públicos, o legislador usou de especial zelo ao assegurar a supramencionada colaboração, estipulando no artigo 29.º/6 do EPJ um conjunto de sanções para a eventual violação do dever de cooperação em apreço. Assim, o incumprimento não justificado do dever de cooperação por parte de um funcionário ou agente da administração pública central, regional ou local, das Forças Armadas, de institutos públicos ou de empresas pertencentes ao âmbito subjectivo de intervenção do Provedor de Justiça constitui crime de desobediência, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

De modo a equilibrar a força do dever de cooperação com o Provedor de Justiça, o EPJ estabelece, no seu artigo 34.º, o dever de audição prévia da entidade visada pelo Provedor de Justiça antes da tomada de uma decisão definitiva, com excepção dos casos de pouca gravidade e dos casos que sejam encaminhados para outras vias graciosas ou contenciosas de composição de litígios. Trata-se simultaneamente de uma garantia de contraditório e de uma forma de reforçar o aperfeiçoamento da actividade administrativa, uma vez que tantas vezes se verifica que, perante a obrigação de justificar procedimentos irregulares, a entidade visada reconhece a falta de fundamento da sua acção ou omissão, servindo-se dessa audição prévia para alterar o seu procedimento e pôr termo à questão controvertida.

Não obstante, sublinhe-se que o Provedor de Justiça não se encontra obrigado a esperar indefinidamente pela resposta da entidade visada, podendo fixar prazo para a pronúncia do órgão ou agente inadimplente e, em último caso, convocá-lo à sua presença ou decidir sem o seu contributo, caso esteja em posse de elementos suficientes para tanto.

A nossa experiência prática na Provedoria de Justiça⁴⁵ aconselha que neste ponto se procure contribuir para esclarecer que os pedidos de informação dirigidos às entidades visadas têm por fim reunir informações que permitam alcançar uma conclusão ou, naquelas situações em que os factos arrolados indiciem fortemente a procedência da queixa, permitir à autoridade administrativa interpelada contrapor argumentos que indiquem o contrário, se for caso disso. Importaria, por isso, que a cooperação dispensada pela administração pública não revelasse, como tantas vezes sucede, uma natureza excessivamente defensiva, que protela a instrução dos processos, nomeadamente pela escassez da informação prestada ou pela remissão para copiosos elementos documentais de conteúdo vago e irrelevante para o esclarecimento das questões formuladas.

vi) A legitimidade junto do Tribunal Constitucional

Um outro traço característico do Provedor de Justiça, tal como se estabeleceu entre nós, é a sua legitimidade junto do Tribunal Constitucional. Embora essa

⁴⁵ A Provedoria de Justiça é um serviço dotado de autonomia administrativa e financeira, destinado a prestar o apoio técnico e administrativo necessário ao desempenho da missão do Provedor de Justiça, nos termos do artigo 40.º/1 e 2 do EPJ e do artigo 1.º da Lei Orgânica da Provedoria de Justiça (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 279/93, de 11 de Agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.º 15/98, de 29 de Janeiro, n.º 195/2001, de 27 de Junho, e n.º 72-A/2010, de 18 de Junho). A Provedoria de Justiça conta com os coordenadores e assessores a que se refere o artigo 17.º do EPJ, a quem o artigo 18.º do mesmo diploma atribui o estatuto de autoridades públicas: trata-se da assessoria, nos termos do artigo 6.º da citada lei orgânica. É frequente a imprecisão dos conceitos utilizados quando se discute o Provedor de Justiça e o serviço que o apoia; assim, importa reafirmar constituir aquele um órgão unipessoal do Estado, com poderes funcionais próprios e parcialmente indelegáveis (artigo 16.º do EPJ, *a contrario*), ao passo que a Provedoria de Justiça se encontra ao seu serviço. Aliás, foi com a entrada em vigor da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que a designação “Serviço do Provedor de Justiça” foi abandonada, dando lugar à actual. Em suma, deve reter-se que o Provedor de Justiça não integra a Provedoria de Justiça nem esta assume qualquer outra função para além do apoio àquele órgão do Estado.

prerrogativa não constitua uma marca distintiva da figura do *Ombudsman*, mas resulte principalmente da especificidade do nosso sistema de garantia da constitucionalidade, ela não deve ser menosprezada, por traduzir um reforço da margem de intervenção do Provedor de Justiça. Como é sabido, a fiscalização abstracta da constitucionalidade, confiada ao Tribunal Constitucional, tem por pressuposto a formulação de um pedido dependente do preenchimento de requisitos de legitimidade, estando esta reservada ao conjunto de entidades indicadas no artigo 281.º/2 da Constituição — entre as quais figura, na alínea d), o Provedor de Justiça.

No que respeita à legitimidade para requerer a verificação do cumprimento da Constituição, assume especial relevância a menção feita ao Provedor de Justiça — a par do Presidente da República — no n.º 1 do artigo 283.º da Constituição, que atribui legitimidade para suscitar a apreciação e a verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as suas normas. Considerando a escassez de remédios para fazer face à inconstitucionalidade por omissão, bem como a impossibilidade da sua arguição em juízo ou a pedido de quem não se encontre identificado no artigo 283.º/1 da Constituição, a legitimidade conferida ao Provedor de Justiça, aliada à sua aptidão para receber e apreciar queixas dos cidadãos, permite contornar a incipiência da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e inclusivamente suprir a falta de um recurso de amparo⁴⁶, quanto aos pedidos que ultrapassem com sucesso a filtragem (JORGE MIRANDA) realizada pelo Provedor de Justiça antes de decidir requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização do cumprimento da Constituição⁴⁷.

2. A actividade processual

i) Iniciativa: a queixa e a organização oficiosa de processos

A actividade empreendida pelo Provedor de Justiça tem uma expressão processual; quer se trate de averiguações decorrentes de queixa ou de iniciativa oficiosa do Provedor de Justiça, é organizado um processo quando

⁴⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 443.

⁴⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra Editora, 2000, p. 285.

não se verificam pressupostos para arquivamento liminar ou para o encaminhamento imediato dos cidadãos para outras vias (artigos 27.º/2 e 32.º do EPJ, respectivamente). A instrução de processos constitui a principal tarefa desenvolvida pelos colaboradores do Provedor de Justiça, podendo analisar-se o trabalho levado a cabo por este órgão do Estado observando os dados estatísticos contidos nos relatórios anuais apresentados à Assembleia da República (em cumprimento do artigo 23.º/1 do EPJ).

A iniciativa subjacente à organização de um processo na Provedoria de Justiça pode revestir a natureza de queixa (artigo 23.º da Constituição e artigos 3.º e 24.º/1 do EPJ) ou partir de uma decisão oficiosa do Provedor de Justiça (artigos 4.º e 24.º/1 do EPJ) ou de um pedido da Assembleia da República (artigo 26.º do EPJ). Embora a letra do texto constitucional se reporte exclusivamente à apreciação de queixas formuladas pelos cidadãos, houve por bem o legislador ordinário admitir, no EPJ, a possibilidade de o Provedor de Justiça promover oficiosamente averiguações⁴⁸. Este aparente alargamento do rol de prerrogativas ao alcance do Provedor de Justiça não é senão uma decorrência lógica da independência daquele órgão do Estado e da dignidade da missão de defesa da legalidade e da justiça que o ocupa, porquanto mal se compreenderia que, pela falta da iniciativa dos cidadãos, se encontrasse o *Ombudsman* impedido de proteger os direitos dos cidadãos, a legalidade e a justiça. Igual motivação inspira o artigo 26.º do EPJ, que prevê a solicitação de diligências por deputados, a título individual ou colectivo.

Não obstante, a liberdade inerente a uma sociedade democrática resulta necessariamente na preponderância da queixa (em detrimento da iniciativa oficiosa), o que evidencia poderem os cidadãos contar com a eficiência do Provedor de Justiça. Ilustrando, refira-se terem sido organizados, durante todo ano de 2010, 6505 processos decorrentes de queixa, havendo o Provedor de Justiça ordenado a abertura oficiosa de apenas 17 processos em igual período de tempo.

⁴⁸ Artigo 4.º do EPJ: «A actividade do Provedor de Justiça pode igualmente ser exercida por iniciativa própria e é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.». Cf. ainda o artigo 24.º do mesmo estatuto.

Nos termos do artigo 24.º/2 do EPJ, as queixas ao Provedor de Justiça não dependem de interesse directo, pessoal ou legítimo, nem estão condicionadas por prazo algum. Quanto à forma, as queixas podem ser apresentadas oralmente ou por escrito e devem identificar o seu autor, o qual deve assinar a queixa sempre que se mostre possível (artigo 25.º/1 do EPJ). As queixas apresentadas oralmente nas instalações da Provedoria de Justiça — ou perante qualquer agente do Ministério Público — são reduzidas a escrito em auto e assinadas pelo impetrante sempre que possível (artigo 25.º/2 e 3 do EPJ). Conforme se adiantou *supra*, há ainda a possibilidade de virem a Assembleia da República, as comissões parlamentares ou os deputados solicitar ao Provedor de Justiça a promoção de diligências para a prossecução das petições ou queixas que lhes sejam enviadas (artigo 26.º do EPJ).

Apreciadas preliminarmente as queixas, e indeferidas liminarmente aquelas que revelem ser manifestamente apresentadas de má fé ou desprovidas de fundamento (artigo 27.º do EPJ), inicia-se o procedimento tendente à abertura e instrução do processo, caso não haja lugar a um pedido de aperfeiçoamento dos termos em que a queixa se encontra formulada (artigo 25.º/4 do EPJ).

ii) A instrução

Conforme foi anteriormente referido, a instrução dos processos organizados pelo Provedor de Justiça consiste em pedidos de informação, inspecções, exames, inquirições ou qualquer outro procedimento que não colida com direitos fundamentais dos cidadãos, e é efectuada por meios informais e expeditos, sem sujeição às regras processuais relativas à produção de prova (artigo 28.º/1 do EPJ). Para tanto, conta o Provedor de Justiça com a coadjuvação de coordenadores e assessores, distribuídos por várias áreas funcionais especializadas em razão da matéria, e com a cooperação do Ministério Público ou de outras entidades públicas, com prioridade e urgência, quando for caso disso (artigo 28.º/2 do EPJ). No âmbito da instrução de processos, o Provedor de Justiça tem à sua disposição amplíssimos poderes

instrutórios, enunciados no artigo 21.º do EPJ, os quais lhe permitem reunir toda a informação que tenha por necessária para a prossecução da sua missão.

Nos domínios do ambiente, do ordenamento do território e do urbanismo, a realização de visitas de inspecção, com ou sem aviso prévio, e a consulta de documentos, nomeadamente de elementos desenhados e escritos referentes a operações urbanísticas e a obras públicas, assumem especial relevo — por ser frequentemente necessário comprovar *in situ* os exactos contornos das situações objecto de queixa e a veracidade das alegações dos queixosos e das entidades visadas, bem como por se mostrar amiúde imprescindível confrontar a realidade com o teor dos elementos documentais coligidos. Para tanto, conta a Provedoria de Justiça com a colaboração de um arquitecto, que auxilia a instrução dos processos que requerem o emprego de conhecimentos técnicos especializados.

Revela-se de especial importância para a actividade do Provedor de Justiça a previsão, no artigo 29.º do seu estatuto, do redobrado dever de cooperação que recai sobre os órgãos e agentes de entidades públicas, civis e militares, sem o que se encontraria decerto fortemente debilitada a margem de actuação daquele órgão do Estado, dada a relevância que assumem os seus poderes instrutórios, conforme se esclareceu anteriormente.

iii) A audição prévia da entidade visada

No domínio da actividade processual do Provedor de Justiça, a audição prévia das entidades visadas⁴⁹ na queixa (artigo 34.º do EPJ) assume um papel de relevo, ao permitir conhecer os argumentos em que se sustenta a posição tomada pelos poderes públicos; não raras vezes, porém, o cuidado empregue na análise prévia das questões controvertidas e a qualificação jurídica dos factos relevantes — em conjunto com a enunciação das possíveis alternativas de resolução do litígio em causa — permitem a consumpção do processo pela

⁴⁹ Tanto em sede da apreciação preliminar de queixas, como no âmbito da instrução de processos, é frequente constatar-se que a entidade visada pelo queixoso não é verdadeiramente responsável pela acção ou omissão descrita, pelo que o Provedor de Justiça procede oficiosamente ao aperfeiçoamento da queixa, dirigindo-se à pessoa colectiva ou ao órgão competente.

audição prévia, o que justifica a celeridade de muitos dos processos organizados⁵⁰. Não obstante a utilidade da audição prévia a que o legislador dedica o artigo 34.º do EPJ, admite-se a dispensa dessa fase do procedimento instrutório, sempre que o Provedor de Justiça entenda substituí-la por depoimento (artigo 30.º do EPJ) ou encaminhar o impetrante para a entidade competente para colocar em marcha um meio gracioso ou contencioso, especialmente previsto pela lei, que se encontre ao alcance daquele.

iv) A decisão

Em resultado da instrução, que compreende a utilização dos meios instrutórios já indicados⁵¹, o Provedor de Justiça toma posição sobre o objecto do processo, acto que compreende a decisão sobre a procedência ou improcedência da queixa e, sendo caso disso, a formulação de uma sugestão tendente à reposição da legalidade ou à reparação da injustiça ou, quando houver por conveniente, a elaboração de uma recomendação formal. Sempre que conclua pela improcedência da pretensão, o Provedor de Justiça manda o arquivar o processo, nos termos do artigo 31.º, alínea b), do EPJ. Do teor da decisão é notificado o queixoso, sendo dado igualmente conhecimento do seu sentido às entidades cuja cooperação haja sido pedida no decurso da instrução do processo (a título de exemplo, vide o artigo 38.º/7).

Os dados estatísticos referentes ao ano de 2010 permitem verificar terem sido consideradas procedentes sensivelmente metade das queixas apreciadas, tendo os respectivos processos conhecido diferentes desfechos, consoante a possibilidade de reposição da legalidade ou reparação da injustiça e, bem assim, a aceitação do sentido da decisão por parte da entidade visada, que

⁵⁰ Embora não se encontrem disponíveis dados referentes ao número de processos arquivados em resultado da simples audição prévia da entidade visada, note-se que, no universo dos 6790 processos organizados durante o ano de 2010, 2111 foram arquivados em menos de 30 dias.

⁵¹ A sequência e a diversidade dos meios instrutórios utilizados em cada processo depende inteiramente da sua complexidade e da suficiência dos esclarecimentos reunidos, variando entre a resolução definitiva do diferendo em resultado de diligências meramente informais e a troca reiterada de ofícios entre o Provedor de Justiça e a entidade visada.

se afigura essencial para o pleno êxito da intervenção do Provedor de Justiça, pelos motivos precedentemente enunciados.

Em todo o caso, as decisões instrutórias não são susceptíveis de recurso e só podem ser objecto de reclamação para o próprio Provedor de Justiça, nos termos do artigo 36.º do EPJ.

Na prática, os impetrantes podem solicitar a revisão da decisão proferida, cujo resultado dependerá exclusivamente da apreciação do Provedor de Justiça; em relação às entidades visadas, a sua oposição fundamentada põe termo à acção daquele órgão do Estado, salvo nos casos em que o EPJ lhe atribui outras prerrogativas⁵² ou quando o Provedor de Justiça entender existirem indícios da prática de infracções criminais, de mera ordenação social ou disciplinares ou, ainda, quando julgar adequado comunicar as conclusões alcançadas ao Ministério Público, a quem caberá avaliar a oportunidade da prossecução da acção pública destinada à reposição da legalidade ou a ponderação da aplicação das sanções pertinentes.

3. A intervenção do Provedor de Justiça nos domínios do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Urbanismo

i) A necessidade de especialização em função da matéria: a Área 1

A especialização das diferentes áreas da assessoria visa satisfazer a necessidade de tratar com maior proficiência a grande diversidade dos objectos das queixas dirigidas ao Provedor de Justiça, considerando a amplitude do âmbito objectivo da sua intervenção. A equipa de assessores, dirigida por um coordenador, que se ocupa das matérias referentes ao

⁵² Nomeadamente, quando se trate da recusa de acatamento de recomendações, enunciando o artigo 38.º do EPJ as seguintes hipóteses: a interpelação do superior hierárquico do destinatário da recomendação (n.º 4); o envio de uma comunicação ao órgão deliberativo, quando se esteja perante recomendações dirigidas a órgãos executivos autárquicos (n.º 5); a exposição dos fundamentos da recomendação não acatada à Assembleia da República (n.º 6).

ambiente, recursos naturais, urbanismo, habitação e ordenamento do território constitui uma unidade funcional designada por Área 1, a que dedicaremos a exposição subsequente.

Considerando a relativa juventude dos ramos do direito público referentes às matérias sob a alçada da Área 1, e a patente volatilidade do quadro normativo correspondente, a actividade da referida unidade da assessoria exige o domínio de conhecimentos que não se esgotam no direito administrativo geral. Sucede, para além disso, mostrar-se também frequentemente inevitável o recurso a técnicas pertencentes a outras áreas do saber (contando a Provedoria de Justiça, por exemplo, com a colaboração permanente de um arquitecto). Em situações que o exigem, a instrução dos processos distribuídos à Área 1 envolve ainda a participação de especialistas de outros campos científicos, nomeadamente das engenharias e das ciências naturais, assegurada através da cooperação com entidades administrativas que dispõem de recursos humanos particularmente qualificados. Excepcionalmente, ocorre serem convidadas organizações não governamentais de ambiente⁵³ a contribuir para a actividade instrutória⁵⁴, dada a natureza dos interesses difusos cuja defesa e promoção visam alcançar.

ii) Análise quantitativa e qualitativa das queixas: a situação actual

Embora com variações anuais, o peso relativo das queixas relativas ao ambiente, urbanismo e ordenamento do território ronda normalmente os 10% do total das queixas que originam a abertura de processo⁵⁵. Desse total, a distribuição entre processos concernentes a matérias especificamente urbanísticas, ambientais e de ordenamento do território é aproximadamente igual, respeitando a cada um desses domínios cerca de 30% do total dos

⁵³ Estas organizações, também designadas legalmente pelo acrónimo ONGA, possuem um estatuto jurídico próprio, reconhecido pela Lei n.º 35/98, de 18 de Julho.

⁵⁴ A experiência processual revela ficar a colaboração das ONGA aquém do esperado, possivelmente devido à falta de meios ao dispor daquelas organizações ou por incompreensão da missão do Provedor de Justiça.

⁵⁵ Durante o ano de 2010, a Área 1 instruiu 543 novos processos do total de 6505 processos organizados nesse período.

processos a cargo da Área 1. Admitindo a intervenção do Provedor de Justiça o tratamento de queixas contra omissões ilegais ou injustas imputadas aos poderes públicos (*supra*, 1) — e considerando que os interesses de que cura a presente exposição reclamam, em regra, uma acção positiva de protecção ou de garantia, em lugar de uma abstenção por parte dos poderes públicos — não deverá causar surpresa constatar que em cerca de metade dos processos instruídos por esta área da assessoria se reclamou a adopção de um comportamento; no domínio do ambiente, essa percentagem ascende mesmo aos 80%.

Entre as petições referentes a questões urbanísticas, o maior peso relativo cabe às situações atinentes a obras de edificação (cerca de 40%). Em segundo lugar, contam-se as queixas por utilização indevida de edifícios e suas fracções (de 10% a 20%). Expressão assinalável revela igualmente o conjunto das queixas concernentes à conservação e reabilitação de edifícios e suas fracções (10%), aos projectos de especialidades e à necessária ligação das redes prediais às redes públicas (10%) e ao património imobiliário público e habitação a custos controlados (10%).

No domínio do ordenamento do território, metade das queixas pode ser identificada com o domínio público (50%). Seguidamente, figuram assuntos relacionados com instrumentos de gestão territorial e obras públicas (30%). Contam também com alguma expressão as queixas sobre expropriações por utilidade pública (cerca de 20%).

Entre as queixas cujo objecto pode ser reconduzido a questões ambientais, a incomodidade sonora motiva um grande número de pedidos de intervenção do Provedor de Justiça (50%). Embora se trate invariavelmente da percepção do ruído pelos residentes nas imediações da fonte da incomodidade — e não necessariamente da relevância daquele para as diferentes componentes ambientais, a concepção antropocêntrica do direito do ambiente (entendido positivamente como um direito ao ambiente) vigente entre nós aconselha a inclusão desses pedidos na categoria de queixas ambientais, o que, de resto, encontra apoio no artigo 22.º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do

Ambiente), que propõe a luta contra o ruído enquanto forma de salvaguarda da saúde e do bem-estar das populações.

iii) “*Not in my back yard!*” — a tutela de posições substantivas de vantagem e as tarefas fundamentais do Estado

Nas três grandes áreas referenciadas (urbanismo, ordenamento do território e ambiente), há algumas especificidades dignas de nota.

A primeira nota justifica-se pela recorrente instrumentalização de interesses públicos pelos cidadãos queixosos, com o objectivo de satisfazer motivações individuais, sem que existam situações substantivas de vantagem que respaldem os pedidos formulados. Este expediente resulta da natureza pública das normas substantivas que visam a salvaguarda dos valores que a Constituição incumbe o Estado de proteger e promover. Em cada caso, cabe ao Provedor de Justiça determinar a conveniência da prossecução da instrução, uma vez que a motivação subjacente à queixa é irrelevante e não deverá prejudicar a reposição da legalidade nem a reparação de injustiças (ainda que distintas ou de sentido contrário à intenção do queixoso).

Um outro aspecto a referenciar consiste na volatilidade das situações que originam algumas queixas (por exemplo, no domínio ambiental). Frequentemente, a oportunidade da iniciativa dos autores das petições dirigidas ao Provedor de Justiça não é consentânea com o ritmo da superveniência de factos relevantes, inviabilizando a adopção de providências em tempo útil. Contribui igualmente para o protelamento da instrução a necessidade de utilização de meios técnicos sofisticados por profissionais especializados, o que dificulta a reacção tempestiva do Provedor de Justiça, dadas as limitações dos meios directamente ao seu dispor.

Um fenómeno com assinalável prevalência nos domínios do ambiente, do urbanismo e do ordenamento do território é o designado pelos autores anglo-saxónicos pela expressão “*not in my back yard!*” (abreviadamente, NIMBY); trata-se da reacção de oposição a projectos públicos ou privados com repercussão na gestão urbanística, no ambiente e na qualidade de vida das

populações ou no ordenamento territorial — oposição essa motivada amiúde por interesses pessoais que não corporizam valores jurídicos merecedores de protecção legal, embora possam, ainda assim, coincidir incidentalmente com a configuração normativa de interesses públicos, o que legitima, também nesses casos, a intervenção do Provedor de Justiça.

Mesmo encontrando a sua justificação na violação do bloco de legalidade ou na preterição do interesse público, a intervenção do Provedor de Justiça perante queixas que erradamente atribuem relevância jurídica a interesses individuais (por exemplo, a protecção de vistas) não extravasa os limites daquela legitimação, desde que a referida intervenção se circunscreva à reposição da legalidade ou à reparação de injustiças, se for caso disso. Sucede que, embora representando erradamente a relevância jurídica do objecto da queixa, é frequente os queixosos descreverem a violação de interesses difusos: bens jurídicos que se reflectem na comunidade globalmente considerada, entre os quais se contam o ambiente, a boa gestão urbanística e o correcto ordenamento do território, e que não exigem uma lesão nem a identificação de interesses directos e pessoais, por se prestarem apenas à fruição colectiva⁵⁶.

A salvaguarda dessas situações materiais insusceptíveis de apropriação individual (SÉRVULO CORREIA)⁵⁷ está patente na previsão constitucional das tarefas fundamentais do Estado, designadamente no artigo 9.º/e) da Constituição⁵⁸. No mesmo sentido, os artigos 65.º e 66.º do texto constitucional consagram simultaneamente direitos nos domínios da habitação, do urbanismo, do ordenamento do território, do ambiente e da qualidade de vida, e incumbem o Estado de promover a materialização de tais direitos. Se dúvidas houvesse a respeito da intervenção do Provedor de Justiça no âmbito dos interesses difusos, a legitimidade deste órgão do Estado para suscitar junto do Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta da constitucionalidade, inclusivamente

⁵⁶ CARLA AMADO GOMES, «O Provedor de Justiça e a tutela de interesses difusos», in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Provedoria de Justiça, 2008, p. 115 e ss., 116.

⁵⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lex, 2005, pp. 651 e ss..

⁵⁸ Artigo 9.º/e) da Constituição: [São tarefas fundamentais do Estado:] «Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território (...)».

por omissão, torna bem patente a sua particular aptidão para a protecção dos referidos interesses.

O Provedor de Justiça ocupa-se frequentemente da salvaguarda de interesses difusos, mesmo quando as iniciativas dos impetrantes apenas remotamente se reconduzem a esses interesses⁵⁹, conforme se referiu, em parte por se tratar de matérias que não constituem ainda, entre nós, uma prioridade para uma larga faixa da população⁶⁰.

iv) Legalidade, justiça e margem de livre decisão administrativa: considerações sobre os limites da actuação do Provedor de Justiça

Uma das características da figura do *Ombudsman* reside nos seus poderes de pronúncia, que não se circunscrevem à estrita legalidade, mas abrangem igualmente uma ideia de justiça⁶¹. Esta referência ao princípio da justiça traduz-se, por um lado, na prerrogativa de recomendar a alteração das normas vigentes e, por outro lado, na possibilidade de conformação do caso concreto à luz de critérios que, apesar de admitidos pelas normas, ultrapassam o significado imediato do seu enunciado. No mesmo sentido, ao Provedor de Justiça não deve recusar-se a pronúncia sobre o mérito de decisões que integram o exercício da margem de livre decisão administrativa; considerando que essa margem só assume pleno relevo quando não se esteja perante a violação da norma, o Provedor de Justiça pode avaliar a subsunção da decisão ao conjunto das alternativas toleradas pela normatividade que condiciona a administração⁶².

Esta actuação do Provedor de Justiça, por vezes roçando as margens de incerteza inerentes a cada decisão administrativa, encontra alento na falta de

⁵⁹ Conforme evidencia CARLA AMADO GOMES (*cit.*, p. 117), é possível a sobreposição de interesses difusos e de interesses individuais, pelo que a acção de salvaguarda de interesses difusos realizada pelo Provedor de Justiça tem frequentemente origem em queixas referentes a interesses individuais, por vezes mesmo em situações em que esses interesses não assumem uma dimensão merecedora de tutela, não fora a sua coincidência *de facto* com situações materiais insusceptíveis de apropriação individual.

⁶⁰ CARLA AMADO GOMES, *cit.*, p. 110

⁶¹ Cf. os artigos 23.º/1 da Constituição e 1.º/1 do EPJ.

⁶² No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *cit.*, pp. 442 e 443.

poderes decisórios desse órgão do Estado; ou seja, é justamente a incapacidade de obrigar os poderes públicos a conformar a sua acção com o entendimento do Provedor de Justiça que lhe permite tomar posições que estão para além do conjunto dos poderes de pronúncia tradicionalmente reservado ao poder judicial, sendo conhecida a tradicional hesitação dos tribunais administrativos em imiscuir-se nas questões substantivas até mais remotamente dirigidas ao mérito ou à conveniências das decisões administrativas⁶³.

Em suma, o escasso controlo heterónomo da discricionariedade administrativa *proprio sensu* e da interpretação de conceitos verdadeiramente indeterminados⁶⁴ não pode, num domínio em que se estabelecem complexas relações multipolares, dar azo à ausência de um controlo eficaz sobre a actividade administrativa, assumindo a actuação do Provedor de Justiça um papel especialmente apto para proceder ao reequilíbrio daquelas relações, que se afiguram fortemente condicionadas pela margem de livre decisão administrativa⁶⁵. Diferentemente, o Provedor de Justiça persuade os poderes públicos através da justiça das suas sugestões e da solidez dos seus argumentos, mostrando conhecer alternativas que prosseguem o interesse público e salvaguardam as posições substantivas de vantagem dos cidadãos.

As matérias relacionadas com o urbanismo, o ambiente e o ordenamento do território estão particularmente expostas às dificuldades colocadas pela fiscalização de decisões tomadas no exercício de poderes funcionais tendencialmente discricionários (em sentido lato), quer por se tratar de domínios que chamam à colação conceitos verdadeiramente indeterminados, quer por ser frequente o recurso a juízos de valoração de *standards* pretensamente técnicos (discricionariedade técnica), quer ainda por ocorrerem remissões legais para normas alheias ao bloco de legalidade

⁶³ Assim, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *cit.*, p. 31, afirmando poder e dever o Provedor de Justiça ir além do que é permitido aos tribunais no controlo jurídico da discricionariedade, sem prejuízo dos limites próprios da designada zona cinzenta.

⁶⁴ Por todos, vide BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex, 1995, pp. 103 e ss.

⁶⁵ JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, *O Provedor de Justiça – Defensor do Ambiente*, Provedoria de Justiça, 2000, p. 7.

(normas extra-jurídicas). Estes fenómenos encontram explicação na relativa juventude dos referidos ramos do direito administrativo e, bem assim, na dificuldade de traduzir em conteúdo normativo a compreensão dos conceitos necessários para construir o direito do urbanismo, do ambiente e do ordenamento do território.

O trunfo principal do Provedor de Justiça nesta sede é precisamente a criatividade que lhe assiste — alimentada pela natureza persuasória da sua intervenção. Assim, sempre que não for conveniente ponderar a alteração das normas aplicáveis, a acção do *Ombudsman* no seio da margem de livre decisão administrativa presta-se a uma panóplia de alternativas que distingue o Provedor de Justiça dos tribunais⁶⁶, sem prejuízo da integridade da liberdade decisória almejada pelo legislador ao atribuir a referida margem de livre apreciação.

4. A prática processual; síntese de algumas intervenções do Provedor de Justiça

Passaremos a descrever algumas intervenções concretas do Provedor de Justiça, todas elas correspondentes a processos instruídos e arquivados⁶⁷, para melhor ilustrar o que constitui na prática a actuação daquele órgão do Estado:

A. Junto de dois municípios, o Provedor de Justiça entendeu expor um importante conjunto de observações, visando o aperfeiçoamento da actividade administrativa de fiscalização e de controlo da incomodidade sonora e das condições de segurança em estabelecimentos de bebidas e discotecas. Em ambos os casos, a elevada concentração de estabelecimentos ruidosos de diversão nocturna era deixada sem licença e sem a pronta adopção de medidas de reposição da legalidade violada.

⁶⁶ Pronunciando-se sobre a matéria, cf. DAVID DUARTE, «A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça», in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Provedoria de Justiça, 2008, p. 76.

⁶⁷ As situações aqui descritas encontram-se, na sua maioria, sintetizadas nos relatórios anuais apresentados pelo Provedor de Justiça à Assembleia da República, tendo sido seleccionadas segundo critérios estatísticos ou de relevância jurídica, e adaptadas para o efeito da presente exposição.

Entendeu o Provedor de Justiça que, não era apenas a legítima autoridade dos poderes públicos a ficar lesada, como, principalmente, era criado um tratamento discriminatório em relação aos moradores e aos empresários que dispunham de estabelecimentos em rigorosa conformidade com o direito. A uma câmara municipal foram apontadas várias dificuldades de articulação entre os serviços urbanísticos, ambientais e de fiscalização, mas sobretudo a concessão demasiado indulgente de dilações para legalização, sem contrapartidas exigidas aos infractores para o desagravamento do ruído excessivo. No outro caso, o motivo determinante da incomodidade pareceu estar no ruído produzido pela concentração de utentes de bares na via pública, o que justificava uma redução dos horários de abertura ao público e a acção conjugada com as forças de segurança, para salvaguardar a ordem pública. Considerou o Provedor de Justiça imperativo compatibilizar a revitalização dos centros históricos e o estímulo às actividades económicas com o respeito pelos direitos dos moradores, cujo repouso era condição ambiental prioritária e pressuposto essencial da qualidade de vida daqueles. Em ambos os casos, foi lembrado aos responsáveis municipais que a omissão de concretas medidas de polícia administrativa poderia vir a constituir fonte de responsabilidade civil extracontratual.

B. Encontrando-se em curso, desde 2008, a inventariação e a legalização de milhares de explorações pecuárias no território continental desprovidas das licenças exigíveis em face do Decreto-Lei n.º 214/2008, de 10 de Novembro (Regime Jurídico do Exercício da Actividade Pecuária), o Provedor de Justiça considerou que este regime transitório, aliás, já prorrogado, não podia justificar que se mantivessem em actividade explorações nocivas para o ambiente e para a saúde pública quando se reconhecesse ser inviável a sua legalização. Recorde-se que, sobretudo as suiniculturas, as vacarias e os aviários, são frequentemente acusadas de contaminarem as águas, os solos e a qualidade do ar, quer por se localizarem indevidamente dentro dos aglomerados urbanos, quer por se furtarem à adaptação a novas tecnologias mais compatíveis com a qualidade ambiental. As autoridades públicas furtam-se, quase sempre, ao encerramento fora de casos de risco grave para a saúde

humana ou animal, seja por lhes faltarem meios de execução coerciva, seja por não disporem de instalações próprias para depósito, à sua guarda, dos animais. É contudo uma questão aguda de justiça ambiental: a incomodidade causada a terceiros é extremamente intensa, sem que estes retirem vantagem ou benefício algum da actividade e dos seus rendimentos. Relativamente a uma vacaria de dimensões consideráveis, localizada em aglomerado urbano, o Provedor de Justiça procurou persuadir as diferentes autoridades públicas competentes para decretarem o encerramento. Ao cabo de diversas interpelações junto da administração central e dos serviços municipais, foi admitido que a situação não se compadecia com o termo do período transitório.

C. Depois de uma câmara municipal se recusar a ordenar a demolição de determinada obra não licenciada nem legalizada, por não poder excluir, em absoluto, a susceptibilidade de a mesma vir a satisfazer as prescrições legais e regulamentares de segurança, de salubridade e de estética das edificações urbanas, contrapõe-se àquela autoridades não poder permanecer indefinida a situação urbanística do imóvel. Com efeito, ao cabo de um longo período, o interessado jamais se dispusera a iniciar o procedimento de legalização da obra. Expõe-se à consideração municipal (entre a jurisprudência dividida do Supremo Tribunal Administrativo sobre a natureza vinculada ou discricionária do poder de demolição) que não basta conhecer a obra pela aparência externa para obstar à demolição, mostrando-se indispensável conhecer dos projectos especialidades de engenharia, nomeadamente de estruturas e estabilidade, o que fica postergado sem a iniciativa do interessado. Por conseguinte, se não é totalmente certa a conformidade de certa obra com os requisitos normativos, devem os presidentes das câmaras municipais executar a demolição de obras clandestinas, depois de esgotado um prazo razoável concedido ao interessado para a legalização. Não é suficiente para obstar à ordem de demolição de obras clandestinas admitir que os índices e coeficientes urbanísticos permitem a sua legalização. Se o interessado, sobre quem recai o ónus da prova, se abstém de alcançar a legalização, a câmara municipal ignora de quem é a responsabilidade pelo projecto de estruturas e

estabilidade e pela sua exacta observância.

D. De par com outras queixas similares apresentadas contra vários municípios, queixara-se uma arrendatária de uma câmara municipal não intimar a senhoria a executar as obras de conservação extraordinária necessárias para repor as condições de segurança da edificação em risco, muito menos a especificar os trabalhos necessários. Com efeito, o órgão municipal visado considerava tratar-se de um conflito puramente privado, relegando, assim, o interesse público na segurança, salubridade e estética das edificações. Mais se retorquiu à câmara municipal que a discricionariedade administrativa que equaciona a execução coerciva não pode limitar-se a um juízo de oportunidade financeira, havendo de compreender motivações de prudência. Concluindo, o direito dos inquilinos se poderem substituir aos proprietários de edificações urbanas deterioradas na conservação extraordinária, não exime as autoridades municipais de exercerem os seus poderes de intimação dos proprietários, nem de aplicarem sanções e, quando necessário for, de executarem coercivamente a ordem, a expensas dos proprietários. A câmara municipal de Pombal atendeu à queixa, intimando a proprietária com a especificação dos trabalhos a realizar, instaurando procedimento contra-ordenacional e admitindo ponderar a substituição.

E. Em queixa dirigida ao Provedor de Justiça, reclamava-se de uma câmara municipal e da direcção regional de economia competente em razão do território, a adopção de medidas de fiscalização de um estabelecimento industrial e de reposição da legalidade, por se julgar que a laboração daquela unidade deteriorava a qualidade do ar e produzia ruído excessivo. Ouvidas as entidades visadas, verificou-se que o estabelecimento estava licenciado para o exercício da actividade industrial. As instalações em que funcionava, porém, não possuíam licença de construção nem de utilização. A legalização da construção era admissível, embora o respectivo procedimento não conhecesse evolução. Existia, também, um procedimento de alteração do licenciamento industrial na mesma situação. Consequentemente, o problema persistia, mantendo-se a laboração do estabelecimento e os incómodos descritos na queixa, sem que fossem adoptadas providências

[Voltar ao índice](#)

concretas de reposição da legalidade urbanística e ambiental. Mostrando-se o estabelecimento susceptível de legalização, as entidades visadas foram instadas a adoptarem medidas concretas no sentido da regularização efectiva do seu funcionamento, designadamente, no que respeitava ao controlo do ruído e à legalização das instalações. Na sequência das diligências promovidas pelo Provedor de Justiça, a direcção regional de economia competente comunicou a implementação de dispositivos de controlo do ruído, comprovando a sua eficácia através de medição acústica. O pleno sucesso destas medidas dependia, porém, do cumprimento de determinadas condições como, por exemplo, da preservação das janelas fechadas, que eram de difícil fiscalização. A câmara municipal, por sua vez, notificou o proprietário para apresentar pedido de legalização das instalações. Perante a inércia do proprietário, a câmara municipal determinou a cessação da utilização. Uma vez que o industrial não se conformou com a ordem, a câmara municipal informou que iria determinar o despejo administrativo. Apesar de as instalações não possuírem licença de construção, a sua demolição foi excluída pela admissibilidade da legalização, nos termos do artigo 106.º/2 Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação. Concluiu-se, por isso, que as entidades visadas adoptaram as medidas de tutela da legalidade devidas, cujo cumprimento permitiu resolver os problemas expostos na queixa. A par da elucidação sobre os motivos da decisão de arquivamento do processo, o reclamante foi informado sobre os meios judiciais de direito privado ao seu alcance, atenta a relevância desta situação no plano das relações de direito privado entre proprietários, nos termos dos artigos 1346.º e 1347.º do Código Civil.

F. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça no sentido de persuadir uma câmara municipal a agir contra a ilegalidade resultante da construção de anexos, do tipo “*marquise*”, em espaço do domínio público do município. Comprovou-se tratar-se de construções insusceptíveis de legalização, tendo sido ordenada a demolição. Posteriormente, a ordem de demolição foi revogada, com fundamento na existência de outras construções nas mesmas condições. Mais tarde, veio a câmara municipal a emitir mandados de

notificação dirigidos aos proprietários de todas as fracções ampliadas, decisão essa que viria a ser suspensa, em virtude de ter sido iniciada a elaboração de um projecto de reconversão da área envolvente (no âmbito do qual a câmara municipal pretendia proceder aos trabalhos de demolição). Em face desses esclarecimentos, o processo viria a ser arquivado, em 2001, por se considerar que a intenção expressa pela edilidade seria levada à prática logo que possível. Sucede que, em 2002, executado o projecto, foi novamente requerida a intervenção do Provedor de Justiça — em função do incumprimento das intimações para demolição dos anexos reclamados — dando lugar à reabertura do processo. Viria a ser comunicada, pela câmara municipal, a necessidade de proceder a um estudo geológico, porquanto o talude sobranceiro ao passeio público ocupado apresentaria problemas de estabilidade. Por esse motivo, foi determinado o rearquivamento do processo. Em 2003, porém, os reclamantes viriam opor a irrelevância das estruturas ilegais para a estabilidade do talude e a existência de risco de incêndio, pelo que se promoveu a reabertura do processo. Viria a realizar-se uma visita ao local pelos serviços da Provedoria de Justiça, confirmando-se a irrelevância dos anexos para a estabilidade estrutural do talude. Promoveu-se, em 2004, uma reunião com os queixosos, a seu pedido, não tendo estes comparecido. Presumindo -se o seu desinteresse, o processo foi novamente rearquivado. Contudo, em momento ulterior, foram aqueles recebidos, por determinação do Provedor de Justiça, tendo transmitido que a câmara municipal havia permitido a deposição de grandes quantidades de entulho no talude cuja estabilidade afirmara inspirar cuidado. Recebido um relatório atestando a irrelevância das estruturas ilegais para a estabilidade do talude, foi determinada a reabertura do processo. No ano de 2005, instada pela Provedoria de Justiça, reiterou a câmara municipal a imprescindibilidade de um estudo geológico antes de se efectuar uma intervenção. Decorridos poucos meses, procurou-se obter informações junto daquele órgão autárquico, tendo o presidente da câmara municipal declarado aguardar ainda a conclusão do estudo geológico. Seis meses após a última comunicação, o presidente da câmara municipal declarou, em 2006, ter havido perigo iminente de derrocada do talude, insistindo na importância de

dispor de um estudo geológico para proceder à intervenção. Simultaneamente, informou terem sido notificados os proprietários, em Maio daquele ano, no sentido de executarem as demolições. Solicitada a presença de um representante do presidente da câmara municipal nas instalações da Provedoria de Justiça, foi manifestada, em Abril de 2007, a intenção de realizar as demolições pretendidas no prazo máximo de noventa dias. Veio a câmara municipal, em Agosto de 2007, comunicar o início da execução dos trabalhos, tendo o presidente da câmara municipal transmitido a conclusão dos mesmos em Setembro de 2007. Encontrando -se reposta a legalidade urbanística, na sequência de persistentes diligências instrutórias (formais e informais), foi o processo rearquivado.

G. Em queixa dirigida ao Provedor de Justiça, afirmava-se ter sido indeferido um pedido de informação prévia referente a uma operação de loteamento projectada, por não esta não se conformar com um plano municipal de defesa da floresta contra incêndios, não obstante ir ao encontro das regras do plano director municipal do mesmo concelho. Ouvido o órgão executivo da entidade visada, foi possível apurar que as prescrições do plano municipal de defesa da floresta contra incêndios vinham sendo invocadas, no âmbito de procedimentos administrativos, para o indeferimento de pretensões de particulares, mesmo se compatíveis com instrumentos de gestão territorial válidos e eficazes perante as entidades públicas e os particulares. Considerando o quadro dos instrumentos de gestão territorial delineado pela Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, e concretizado pelo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, e as exigências de publicidade decorrentes dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, recomendou o Provedor de Justiça fosse reconhecida a eficácia restrita do plano municipal de defesa da floresta contra incêndios. Tendo sido integralmente acatada a recomendação formulada, e revisto o procedimento administrativo, foi determinado o arquivamento do processo.

H. Foi solicitada a intervenção do Provedor de Justiça, reclamando-se o pagamento de uma indemnização por prejuízos materiais imputados à acção de espécimes de javali na área de uma reserva natural. Analisada a queixa e pedidas explicações aos serviços desconcentrados da Autoridade Florestal Nacional e do Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, IP, foi possível determinar terem os danos sido produzidos anteriormente a qualquer pedido de correcção apresentado pelo queixoso às autoridades administrativas, o que excluía a responsabilidade do Estado, nos termos do Decreto-Lei n.º 202/2004, de 18 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da conservação, fomento e exploração dos recursos cinegéticos. Ainda assim, foi possível apurar não terem os serviços do Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, IP, actuado com a diligência que a gravidade do risco para a segurança de pessoas e bens justificava, nomeadamente por não terem informado o queixoso da necessidade de contactar a Autoridade Florestal Nacional com vista à adopção de medidas preventivas. Posteriormente, a promoção de contactos informais pelos serviços da Provedoria de Justiça permitiu suprir a falta de comunicação entre as autoridades administrativas com competência na matéria em causa, tendo sido obtido o parecer favorável do Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, IP, e atribuída pela Autoridade Florestal Nacional autorização para a implementação de acções de correcção destinadas a gerir a densidade do povoamento de javali. Uma vez confirmada pelo queixoso a resolução da situação objecto de queixa, foi o processo arquivado.

Miguel Martinho

Jurista

Os Relatórios anuais do Provedor de Justiça à Assembleia da República estão disponíveis em:

<http://provedor-jus.pt/relatoriosan.php>

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

SELECÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
EM MATÉRIA DE ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E URBANISMO

A escolha de jurisprudência constitucional na área do ordenamento do território e do urbanismo não é tarefa fácil, considerando a vastidão do tema. A própria doutrina hesita na delimitação do âmbito de matérias abrangidas no “direito do ordenamento do território” e no “direito do urbanismo”, podendo dizer-se, de forma muito simplista, que enquanto o *urbanismo* se prende com a definição e controlo da execução das normas respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, o *ordenamento do território* prossegue fins mais amplos que, para além daqueles, incluem o desenvolvimento harmonioso das diferentes regiões*.

É muito extensa a jurisprudência constitucional que trata questões, directa ou indirectamente, relevantes para o domínio do ordenamento do território e do urbanismo. Na impossibilidade de abarcar toda essa jurisprudência, e partindo de uma análise necessariamente tópica, seleccionámos um conjunto de arestos, que agrupámos em função dos seguintes temas:

- i) *Jus aedificandi*;
- ii) “Espaço de condomínio” de interesses estaduais e locais;
- iii) Caducidade de licenças e aprovações urbanísticas incompatíveis com disposições supervenientes de plano regional de ordenamento do território (PROT);
- iv) Princípio da publicidade dos planos;
- v) Participação dos interessados no planeamento urbanístico;
- vi) Questões várias (desobediência a ordem de demolição; despejo administrativo; ocupação de solo objecto de incêndio; cedência de bens do Estado; classificação (retroactiva) de áreas protegidas;

* O presente texto tem por base a sessão ministrada no *Curso Pós-Graduado sobre Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo* do ICJP da FDUL, em 17.02.2011. A autora agradece à Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes o convite para participar no Curso.

Cfr. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, 4.ª ed., Almedina, 2008, 72 e s. e 92/93.

entrada em domicílio (tribunal competente); reabilitação urbana – venda forçada).

Toda a jurisprudência a seguir citada encontra-se disponível em www.tribunalconstitucional.pt

1. Jus aedificandi

O entendimento sobre o *jus aedificandi* (ou seja, o direito de urbanizar, lotear e edificar) pressupõe uma certa perspectiva sobre o direito de propriedade.

A posição que o Tribunal Constitucional tem vindo a tomar sobre a dimensão da garantia constitucional da propriedade está muito claramente sintetizada no Acórdão n.º 421/2009, onde se lê:

«(...) o Tribunal tem dito, em jurisprudência constante (e vejam-se, entre outros, os Acórdãos n.ºs. 44/99; 329/99; 205/2000; 263/2000; 425/2000; 187/2001; 57/2001; 391/2002; 139/2004; 159/2007, todos eles disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt), que sendo afinal a “propriedade” um pressuposto da autonomia das pessoas, não obstante a inclusão do direito que lhe corresponde no título respeitante aos “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, alguma dimensão terá ele que permita a sua inclusão, pelo menos parcial, nos clássicos direitos de defesa, ou, para usar a terminologia da CRP, em alguma da sua dimensão será ele análogo aos chamados direitos, liberdades e garantias. (...)

Resta saber qual a dimensão da garantia constitucional da propriedade que acolherá assim um radical subjectivo, que, pela sua estrutura, será análogo a um direito, liberdade e garantia. Ora, e quanto a esta matéria, decorrem da jurisprudência do Tribunal alguns pontos firmes, que poderão ser sintetizados como seguem. O primeiro ponto firme é o da não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o correspondente conceito constitucional: a garantia constitucional da propriedade protege – no sentido que a seguir se identificará – os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais tutelados pela lei civil, ou o direito real máximo. O segundo ponto firme é o da dupla natureza da garantia reconhecida no artigo 62.º, que contém na sua estrutura tanto uma dimensão institucional-objectiva quanto uma dimensão de direito subjectivo. O terceiro ponto firme dirá respeito ao âmbito desta última dimensão, de radical subjectivo, que irá incluída na estrutura da norma jufundamental. A esta dimensão pertence, precisamente como direito “clássico” de defesa, o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade senão por intermédio de um procedimento adequado

e mediante justa compensação, procedimento esse especialmente assegurado no n.º 2 do artigo 62.º. Para além disso – e como se disse no Acórdão n.º 187/2001, § 14 – “a outras dimensões do direito de propriedade, essenciais à realização do Homem como pessoa (...), poderá também, eventualmente, ser reconhecida natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias”.»

No que respeita ao *jus aedificandi*, o Tribunal Constitucional tem afirmado repetidamente que este não se inclui no núcleo essencial do direito de propriedade privada, que é tutelado pela Constituição da República Portuguesa (CRP) como direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Esta afirmação tem sido feita a propósito da apreciação da inconstitucionalidade orgânica de normas com conteúdo limitador do direito a edificar, a respeito das quais se invoca a violação do artigo 165.º, n.º 1, alíneas b), e) ou l) da CRP, por versarem matéria da competência relativa da Assembleia da República.

É disso exemplo o Acórdão n.º 544/01, que não julgou inconstitucionais as normas constantes do artigo 17.º, n.ºs 1 (em conjugação com o n.º 1 do artigo 4.º e com a alínea d) do anexo II) a 6, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março. Estava em causa um conjunto de normas que estabelecia um regime transitório de Reserva Ecológica Nacional (REN), sujeitando a condicionamentos as operações de loteamento, obras de urbanização, construção de edifícios, aterros, escavações e destruição do coberto vegetal, e o seu confronto com a reserva relativa de competência da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias e meios e formas de intervenção nos solos por motivos de interesse público (artigo 168º, n.º 1, alíneas b) e l), da CRP, na versão emergente da 2.ª revisão constitucional, que é a de 1989). A questão de constitucionalidade consistia em saber se tais condicionamentos (que, contrariamente ao que sucederia numa área incluída na REN, não proibiam aquelas actividades, mas apenas as faziam depender de aprovação) consubstanciavam uma restrição do conteúdo do direito de propriedade de certos imóveis, como pretendia o recorrente. O Tribunal concluiu o seguinte:

«(...) ainda que se entenda que os direitos de urbanizar, lotear e edificar assumem a natureza de faculdades inerentes ao direito de propriedade do solo, há que reconhecer que não estão em causa faculdades que façam sempre parte da essência do direito de propriedade, tal como ele é garantido pela Constituição, pelo que o Governo, ao editar as normas em causa, não invadiu a referida reserva parlamentar. Com efeito, tal reserva parlamentar abrange apenas "as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos 'direitos análogos", por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias"»».

Por seu turno, o Acórdão n.º 496/2008, não julgou inconstitucional o artigo 20.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento do Plano de Ordenamento da Orla Costeira de Burgau-Vilamoura (Regulamento do POOC), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/99, de 27 de Abril, em conjugação com os artigos 9.º, n.º 2, e 91.º desse mesmo Regulamento do POOC e com o artigo 105.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, (na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro). O recurso de constitucionalidade aqui apreciado teve origem num recurso contencioso de anulação do despacho do membro do Governo que ordenava a demolição de uma moradia na Praia da Falésia. O Tribunal Constitucional concluiu que

«as normas em causa não excederam os limites impostos pela Constituição ao legislador, na sua tarefa de "conformação" da "propriedade" nos termos da Constituição» e, mais uma vez, afirmou que «não se pode considerar que o direito a construir seja um elemento integrante da tutela constitucional da propriedade, impondo-se enquanto tal ao legislador ordinário enquanto direito análogo a um direito, liberdade e garantia. Pelo mesmo motivo, não pode também concluir-se que todas as normas que tenham por efeito a "ablação" de um tal direito estejam sob reserva de competência da Assembleia da República, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição».

No Acórdão n.º 14/2009 decidiu-se não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 68.º, alínea a), do Regulamento do Plano Director Municipal de São Pedro do Sul, aprovado pela Assembleia Municipal de São

Pedro do Sul em 23 de Fevereiro de 1995 e ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 105/95, de 13 de Outubro, na interpretação segundo a qual a utilização de uma casa de habitação, existente em área incluída na Reserva Ecológica Nacional, como casa de hóspedes, consubstancia uma alteração de uso para efeito de proibição de realização de obras de reconstrução e ampliação na casa em questão. Convocando jurisprudência anterior, fundamentou-se da seguinte forma a não assimilação do *ius aedificandi* a um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias:

«se o direito duma pessoa não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública e mediante o pagamento de uma justa indemnização, integra essa dimensão nuclear do direito de propriedade, já as diversas faculdades integrantes do chamado ius aedificandi, por não serem essenciais à realização do Homem como pessoa, não têm uma natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias».

E de novo se concluiu que a norma aí em questão, limitativa do direito do proprietário em realizar obras de alteração em construções que lhe pertencem, não se pode considerar abrangida pela reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (alínea b) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição, na redacção de 1982).

2. “Espaço de condomínio” de interesses estaduais e locais

O urbanismo é um “espaço de condomínio”¹ de interesses estaduais e locais.

Por diversas vezes o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a intervenção concorrencial da administração central e da administração local, designadamente, no domínio do licenciamento de operações de loteamento e das obras de urbanização e de construção.

No Acórdão n.º 432/93 o Tribunal apreciou preventivamente a constitucionalidade de normas (constantes de Decreto aprovado em Conselho de Ministros e enviado ao Presidente da República para promulgação como decreto-lei) que estabeleciam medidas relativas aos programas de realojamento e de construção de habitações económicas.

¹ Na expressão de ALVES CORREIA, *ob.cit.*

Perante a questão de saber se tais normas “usurpam” espaços de autonomia do poder local (cfr. artigo 65.º, n.º 4, da CRP), o Tribunal respondeu negativamente, pelas razões assim sintetizadas:

«as normas concretizam a escolha de meios para uma política de asseguramento do direito à habitação que a Constituição define como incumbência primária do Estado. Envolvem decisões em matéria de ordenamento do território e planeamento urbanístico que não são privativas das autarquias (cf. C.R.P., artigo 65º, nºs. 1 e 2, alíneas a) e c)). E não o são porque respeitam ao interesse geral da comunidade constituída em Estado. Estas matérias transcendem o universo dos interesses específicos das comunidades locais, aquele mesmo que se desenvolve num horizonte de proximidade, participação, controlabilidade e auto-responsabilidade e que funda a legitimação democrática do poder local.» Mais se acrescenta que «este domínio da promoção habitacional, do ordenamento do território, urbanismo e gestão do ambiente é mesmo um domínio aberto à intervenção concorrente das autarquias e do Estado».

Na mesma linha, afirma-se no Acórdão n.º 674/95 que

«o urbanismo é (...) daqueles domínios reconhecidamente abertos à intervenção concorrente das autarquias e do Estado/administração central».

Neste aresto estava em causa uma norma do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico das operações de loteamento, segundo a qual as deliberações municipais sobre loteamento estão sujeitas a parecer ou autorização de certas entidades, estranhas ao município. O Tribunal entendeu que tal norma não violava o princípio da autonomia das autarquias locais e que a mesma devia ser lida «no sentido da harmonização desse espaço comum de actuação», nela se estabelecendo

«em termos claramente respeitadores da autonomia local, que o procedimento conducente à decisão de licenciamento seja apto a habilitar a autoridade autárquica, a quem cabe o poder de licenciar, à ponderação de toda a multiplicidade de interesses, sejam eles públicos e particulares, locais e gerais, envolvidos por uma decisão daquela natureza».

Pelo Acórdão n.º 376/96 foi igualmente julgada não inconstitucional uma norma que atribui à Junta Autónoma de Estradas o poder de embargar obras proibidas nas zonas *non aedificandi* das estradas nacionais. Colocando-se novamente o problema da relação entre o Estado (agindo, no caso, através de um instituto público) e as autarquias locais, o Tribunal concluiu que o poder de embargar, assim atribuído à JAE,

«não traduz o exercício de poderes próprios de uma tutela substitutiva ou de uma tutela de outro tipo que o artigo 243.º da Constituição não consinta. Ele é, antes, um poder próprio de autotutela - um poder daquela entidade, que a lei lhe confere para que possa realizar os fins que ao Estado cabe prosseguir nessa matéria e que este põe a cargo daquela Junta».

No Acórdão n.º 560/99 foi apreciada a validade constitucional de duas normas do Decreto-Lei n.º 289/73, na medida em que prescrevem a intervenção da administração central num acto da competência municipal. Também aqui se concluiu pela não inconstitucionalidade das normas em causa por se estar perante uma competência estadual própria e concorrente com a das autarquias locais.

Mais recentemente, no Acórdão n.º 359/2006, o Tribunal Constitucional decidiu pronunciar-se pela ilegalidade do referendo local que a Assembleia de Freguesia da Costa da Caparica deliberou realizar sobre "a construção de um bairro de habitação social na Mata de Santo António, previsto no plano de pormenor II – Jardim Urbano, do programa Polis". Em síntese, o aresto considerou que aos órgãos de freguesia não são cometidos poderes próprios de iniciativa, elaboração ou aprovação em matéria de planeamento urbanístico, competindo tais poderes, ao nível da administração local, aos órgãos do município. E que a inexistência de poderes dos órgãos da freguesia no domínio do planeamento urbanístico é ainda mais evidente em situações abrangidas pelos instrumentos jurídicos específicos do "Programa Polis", como era aqui o caso. O que conduziu à conclusão de que as perguntas referendárias em causa não versavam sobre matéria integrada na competência dos órgãos da freguesia.

3. Caducidade de licenças e aprovações urbanísticas incompatíveis com disposições supervenientes de plano regional de ordenamento do território (PROT)

No importante Acórdão n.º 329/99, lavrado em Plenário, com um voto de vencido, decidiu-se não julgar inconstitucionais as normas constantes do artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro, no entendimento de que elas se hão-de ter por integradas pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 27 de Novembro de 1967, por forma a impor-se ao Estado o dever de indemnizar, nos termos deste último diploma legal, os particulares que, por aplicação daquelas normas, vejam "caducar" as licenças que antes obtiveram validamente.

A recorrente nos autos, apoiada em vários pareceres jurídicos, invocava uma ablação inconstitucional do direito a lotear/construir validamente concedido e que passou a integrar a sua esfera patrimonial. As normas em questão exigiam que as licenças (de loteamento, de obras de urbanização ou de construção) concedidas anteriormente pelas câmaras municipais, ainda que tituladas por alvará, fossem submetidas a confirmação do Governo, com vista a garantir a sua compatibilidade com os planos regionais de ordenamento do território (no caso, tratava-se do Plano Regional de Ordenamento do Território do Litoral Alentejano – PROTALI).

Em extensa fundamentação, o Tribunal considerou que as normas questionadas condicionavam a eficácia das licenças urbanísticas concedidas e afastou a sua inconstitucionalidade orgânica, por falta de autorização parlamentar para a respectiva emissão. Pronunciou-se igualmente pela conformidade de tais normas com a garantia constitucional do direito de propriedade (partindo do já referido entendimento que a jurisprudência constitucional faz do *ius aedificandi*), com a liberdade de iniciativa económica e com os princípios da autonomia das autarquias locais e da descentralização administrativa. Mais afirmou que, no caso, a ablação do direito à licença de loteamento concedida não podia entender-se como arbitrária ou demasiado onerosa, não sendo constitucionalmente inadmissível nem violando o princípio da protecção da confiança.

Lê-se em certo ponto do aresto que

«[a] conclusão a que acaba de chegar-se não é posta em crise pelo facto de a licença em causa nos autos já ter sido concedida no momento da edição das normas sub iudicio – e de, assim, se estar perante uma ablação de um direito (no caso, do direito de lotear) que, uma vez validamente concedido, passou a integrar a esfera patrimonial (é dizer, a propriedade) do titular da licença. De facto, a ablação desse direito, sendo, embora, susceptível de originar uma obrigação de indemnizar, não tem a virtualidade de transmutar a essência do direito de propriedade, por forma a fazer incluir nela faculdades que a garantia constitucional não cobre (recte, as faculdades de lotear, urbanizar e construir)».

A fundamentação deste acórdão (emitido em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade) foi reiterada no Acórdão n.º 517/99, que, perante um pedido de fiscalização abstracta, a requerimento do Provedor Justiça, confirmou aquele juízo de não inconstitucionalidade.

4. Princípio da publicidade dos planos

Foi submetida à apreciação do Tribunal Constitucional a validade constitucional de certos planos de pormenor aprovados antes da entrada em vigor da Constituição de 1976, e não publicados no jornal oficial. Invocava-se a sua inconstitucionalidade por falta de publicidade nos termos exigidos no artigo 122.º da CRP (na numeração anterior à revisão constitucional de 1997, hoje correspondente ao artigo 119.º).

Quer no Acórdão n.º 234/97 (que incidiu sobre o Plano Urbanização da Costa do Sol), quer no Acórdão n.º 279/2004 (referente ao Plano Morfológico Av. Liberdade, conhecido por “Plano Vieira de Almeida”), o Tribunal não julgou inconstitucionais tais normas. Entendeu-se nestes arestos que o artigo 122.º da CRP (actual 119.º) não é parâmetro de aferição da validade constitucional de normas de planos urbanísticos aprovados antes da entrada em vigor da Constituição de 1976; e que *«a inconstitucionalidade superveniente só opera relativamente a inconstitucionalidades materiais»*.

5. Participação dos interessados no planeamento urbanístico

O artigo 65.º, n.º 5, da CRP, garante a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico, sendo uma manifestação do princípio da democracia participativa (artigo 2.º) e uma concretização da participação dos interessados na actividade administrativa (artigo 267.º, n.º 1).

O Tribunal Constitucional tem salientado que o artigo 65.º, n.º 5, da Constituição, tem aplicabilidade directa, uma vez que não contém qualquer remissão para a lei (contrariamente ao que sucede, por exemplo, com o artigo 267.º, n.º 4, da CRP). Mais sublinhou que não se trata de uma garantia absoluta, havendo vários graus de intensidade de participação e admitindo mesmo certos casos em que a compatibilização com outros ditames constitucionais pode restringir ou eliminar essa participação.

Assim, no Acórdão n.º 163/2007, decidiu-se não julgar inconstitucional a norma do n.º 5 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Fevereiro, interpretada no sentido de as disposições dos "Regulamentos de Normas Provisórias", não precedidos de inquérito público, prevalecerem sobre as disposições de Regulamentos de outros instrumentos de planeamento urbanístico aprovados na sequência de um procedimento que integra esse mecanismo de audição dos interesses dos particulares. Entendeu o Tribunal que a omissão da previsão legal de participação dos interessados no processo de elaboração das normas provisórias, através de inquérito público, não traduz uma solução arbitrária, encontrando o seu fundamento na natureza urgente e cautelar das referidas medidas, que visam neutralizar os perigos e inconvenientes que para o interesse público poderiam decorrer da demora na aprovação final dos planos. Mais salientou que, embora não se encontre prevista a modalidade de participação mais rigorosa (inquérito público), está, de algum modo, acautelado o direito de participação dos interessados, através da intervenção da assembleia municipal.

6. Questões várias

a) Criminalização da desobediência a ordem demolição

O Acórdão n.º 274/98 não julgou inconstitucional a norma constante do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, segundo a qual «o desrespeito dos actos administrativos que determinem o embargo, a demolição, a reposição do terreno na situação anterior à infracção ou a entrega do alvará de licença de construção é considerado crime de desobediência, nos termos do artigo 388.º do Código Penal» (correspondente ao artigo 348.º, na versão actual do Código).

Afirma-se neste aresto que a opção de criminalização tomada pelo legislador quanto ao não acatamento da ordem de demolição por parte do infractor não se afigura violadora dos princípios da justiça e da proporcionalidade. E que a circunstância de existir também ilícito de mera ordenação social (sancionando-se a construção sem licença com coimas) não pode servir para considerar injusta ou desproporcionada esta solução de incriminação, sendo frequente o concurso de normas criminais e de ilícito de mera ordenação social relativamente a condutas entre si relacionadas, no âmbito de certas matérias jurídicas.

No actual Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 55/99, de 16 de Dezembro, alterado, por último, pela Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro), o respectivo artigo 100.º prescreve o seguinte: «O desrespeito dos actos administrativos que determinem qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística previstas no presente diploma constitui crime de desobediência, nos termos do artigo 348.º do Código Penal.» Ou seja, enquanto que o anterior artigo 59.º (visado no acórdão citado) identificava os concretos actos administrativos cujo desrespeito era considerado crime de desobediência, o actual artigo 100.º do RJUE criminaliza o desrespeito de qualquer acto administrativo que determine “qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística” previstas naquele diploma. A conformidade constitucional desta norma, que levanta problemas não suscitados pela anterior, ainda não foi sujeita à apreciação do Tribunal Constitucional.

b) Despejo administrativo

No Acórdão n.º 568/98 julgou-se não inconstitucional a norma constante do artigo 165º, § 4º do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (RGEU), segundo a qual «[A]s câmaras municipais poderão ordenar, independentemente da aplicação das penalidades referidas nos artigos anteriores, a demolição ou o embargo administrativo das obras executadas em desconformidade com o disposto nos artigos 1.º a 7.º, bem como o despejo sumário dos inquilinos e demais ocupantes das edificações ou parte das edificações utilizadas sem as respectivas licenças ou em desconformidade com elas.»

No recurso decidido por este aresto invocava-se a violação do princípio da “reserva de juiz” (artigo 202.º CRP). Para fundamentar este juízo de não inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional salientou a distinção entre o despejo previsto no RAU (que é consequência da resolução validamente efectuada do contrato arrendamento e que, visando a composição de um litígio entre privados, tem de ser decretado pelo Tribunal) e o despejo administrativo, que visa impedir uma utilização do imóvel desconforme com o respectivo licenciamento. Neste último, as câmaras municipais actuam em defesa de interesses públicos da colectividade (salubridade, estética, segurança) e sobretudo de “interesses de urbanismo”.

c) Ocupação de solo objecto de incêndio

O Acórdão n.º 639/99 não julgou inconstitucionais as normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 327/90, de 22 de Outubro, referentes à ocupação do solo objecto de incêndio florestal. Tais normas proibem, pelo prazo de dez anos, a realização de quaisquer acções com vista à urbanização, construção ou alteração do solo ou das espécies vegetais dos terrenos com povoamentos florestais percorridos por incêndios.

A recorrente – empresa de empreendimentos turísticos, proprietária de um terreno em Cascais, onde deflagrara um incêndio que devastara 90% do coberto vegetal – invocava a inconstitucionalidade da norma, além do mais, por violação do direito de propriedade e do princípio da igualdade.

O Tribunal começou por afirmar que «[O] direito de propriedade não é um direito absoluto nem ilimitado; o seu exercício tem de se coordenar com outros imperativos constitucionais, como os que decorrem, no que aqui interessa

considerar, das normas que asseguram a protecção do ambiente e do ordenamento do território.» E, no caso dos autos, considerou que não podia sequer invocar-se «um direito a edificar no solo a que se refere a proibição contida na lei», uma vez que não chegou a ser «aprovada qualquer licença de loteamento, de urbanização ou de construção, que pudesse fundamentar um eventual direito da recorrente susceptível de ser ponderado em conjunto com o interesse público referido.» Mais considerou que a fixação dos pressupostos de que depende o levantamento da proibição não violava o princípio da igualdade, pois «não são iguais – não se impondo portanto constitucionalmente que sejam tratadas de modo igual – as situações dos requerentes que provem que o incêndio ficou a dever-se a causas fortuitas e as situações dos requerentes que não façam tal prova. No primeiro caso, sendo ilidida a presunção de "destruição das manchas florestais, com vista à posterior ocupação dos solos para outros fins", pode ser autorizado o regime de excepção à proibição; no segundo caso, não sendo ilidida tal presunção, não poderá ser levantada a proibição geral estabelecida na lei.»

d) Cedência de bens do Estado

O Acórdão n.º 374/2002 não julgou inconstitucional a norma do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 23 465, de 18 de Janeiro de 1934, que dispõe sobre cedência de bens do Estado a título precário, ou sem título, determinando que aqueles que tenham para seu uso tais bens «são obrigados a entregá-los dentro do prazo de sessenta dias a contar do aviso postal que receberem da repartição competente, sob pena de serem despejadas imediatamente pela autoridade administrativa ou policial, sem direito a qualquer indemnização».

O aresto afasta as semelhanças entre esta "cedência" e a locação ou o comodato, qualificando-a como um "acto juspublicisticamente regido", no qual «[N]ão está em causa a comercialidade dos bens – como, no fundo, pretende o recorrente – nem ao órgão da Administração são cometidas funções de jurisdição, mas sim o poder de ceder, a título precário, bens do domínio privado do Estado, considerando a indispensabilidade ou necessidade dos bens para os fins a que estão institucionalmente afectados e o relevo e interesse social das actividades prosseguidas, bem como o poder

de recuperar esses bens, desde que observado o formalismo estabelecido legalmente.» Confrontando a norma com o “direito à habitação” (artigo 65.º da CRP), afirma-se no acórdão que este *«não é susceptível de conferir, por si mesmo, um direito judicialmente exercitável, implicando a interpositio do legislador, destinada a concretizar o seu conteúdo»*.

e) Classificação (retroactiva) de áreas protegidas

No Acórdão n.º 360/2004 decidiu-se não julgar inconstitucional a norma do n.º 3 do artigo único do Decreto-Lei n.º 204/2002, de 1 de Outubro, que retroage os efeitos desse diploma, que manteve em vigor a classificação das áreas protegidas operada pelos diplomas que procederam à sua criação ou à respectiva reclassificação nos termos do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, ao termo dos prazos neles fixados para elaboração dos planos de ordenamento e respectivos regulamentos.

Neste aresto, afirma-se que *«fora dos domínios penal, fiscal e das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, uma lei retroactiva não é, em si mesma, inconstitucional»*. Só o será se *«violam princípios ou disposições constitucionais autónomos, como sucederá se afectar, de forma inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa, direitos ou expectativas legitimamente fundados dos cidadãos, pois então violará aquele mínimo de certeza e de segurança que as pessoas devem poder depositar num Estado de direito (artigo 2.º da Constituição)»*. Além do mais, salientou-se que *«não radica na norma questionada a "restrição retroactiva" desses direitos, já que ela não procedeu a qualquer classificação de áreas protegidas, limitando-se a fazer retroagir o alargamento do prazo de aprovação dos planos de ordenamento dessas áreas, com manutenção em vigor das anteriores classificações.»*

Esta jurisprudência foi seguida nos Acórdãos n.ºs 394/2004 e 436/2004.

f) Entrada em domicílio – tribunal competente

No Acórdão n.º 145/2009 foi julgada inconstitucional a norma do artigo 95.º, n.º 3, do Decreto-lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, enquanto atribuiu competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em

domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais. O acórdão considerou que a norma em causa é inovadora, uma vez que criou um desvio à ordem constitucional de distribuição de competências judiciais e, por isso, é organicamente inconstitucional, porque dispôs em matéria de competência dos tribunais sem a necessária autorização parlamentar (artigo 165º, nº 1, alínea p), da CRP).

Este juízo de inconstitucionalidade, emitido pela 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, não conduziu ainda a qualquer modificação legislativa, não obstante terem sido posteriormente introduzidas alterações ao RJUE, através da Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro.

g) Reabilitação urbana - venda forçada

No já citado Acórdão n.º 421/2009, emitido em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, o Tribunal não se pronunciou pela inconstitucionalidade de duas normas de um Decreto da Assembleia da República, enviado ao Presidente da República para promulgação, que continha duas distintas autorizações legislativas endereçadas ao Governo, a serem cumpridas através da emissão de decretos-lei autorizados, uma referente ao “regime jurídico da reabilitação urbana em áreas de reabilitação urbana e dos edifícios nestas situados”, a segunda destinada à aprovação do “regime de denúncia ou suspensão do contrato de arrendamento para demolição ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos e da actualização de rendas na sequência de obras com vista à reabilitação”.

Este acórdão tratou diversas questões de grande interesse, desde logo, o problema prévio da cognoscibilidade, pelo Tribunal Constitucional, de normas constantes de autorizações legislativas e os limites do juízo a formular pelo Tribunal.

No que mais directamente se relaciona com o nosso tema, o Acórdão debruçou-se sobre a norma que autorizava o Governo a estabelecer um regime de venda forçada ou de expropriação de edifício ou fracção, se o proprietário violar a obrigação de reabilitar.

Da extensa fundamentação a este respeito, salientaremos apenas que o aresto deu resposta à questão de a Constituição não se referir, expressamente, à hipótese da existência, no ordenamento infraconstitucional, do instituto da venda forçada, afirmando que a disposição contida no n.º 4 do artigo 65.º da Constituição não visa *«instituir um numerus clausus, ou um princípio de tipicidade, quanto à adopção das medidas necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística, só admitindo por isso, e quanto a essas medidas, o recurso pelo legislador ordinário ao instituto da expropriação»*.

A venda forçada (bem como o arrendamento forçado) veio a ser consagrada no Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro, que aprovou o Novo Regime da Reabilitação Urbana (NRJRU), não tendo, até agora, as normas respectivas sido sujeitas à apreciação do Tribunal Constitucional.

Lisboa, Fevereiro de 2011

Esperança Mealha

Juíza de direito (Jurisdição Administrativa e Fiscal)
Assessora no Gabinete dos Juízes do Tribunal Constitucional

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

EXECUÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO TERRITORIAL E MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO (PEREQUAÇÃO)**Sumário**

1. Planeamento versus gestão urbanística; **2.** A evolução dos modelos de gestão; **3.** A gestão urbanística como execução sistemática de planos; **3.1.** As vias em confronto: os planos de pormenor e as unidades de execução; **3.2.** As unidades de execução e as operações de reparcelamento; **4.** Da perequação de benefícios e encargos decorrentes dos planos

1. Num momento em que praticamente todo o território nacional se encontra abrangido pelos mais diversos instrumentos de gestão territorial, em especial por planos municipais de ordenamento do território — os mais relevantes por, para além de terem eficácia plurisubjectiva, desempenharem as tarefas planificatórias mais relevantes de *classificação* e *qualificação* dos solos —, falar em *gestão urbanística* significa falar na *execução de planos municipais*, nas mais variadas dimensões em que esta tarefa se traduz (*execução material* e *execução jurídica rectius perequação*). Não se pode, pois, falar já, actualmente, de uma gestão urbanística sem planos, mas de uma gestão urbanística assente em instrumentos de planeamento.

Nesta perspectiva, existe uma estrita relação entre a *elaboração* e a *execução dos planos municipais*, entre *planeamento* e *gestão urbanística*, fazendo ambos parte de uma mesma realidade *iterativa*.²

Tal não significa que *planear* e *executar* sejam actividades equivalentes, já que não há como negar que se trata de duas realidades que, pelo menos do ponto de vista lógico e cronológico, se apresentam como *distintas* e *sucessivas*³. No entanto, tal não poderá significar que no *planear* está a *inovação* e no *executar* a *mera aplicação subsuntiva de normas pré-*

² Em causa está a perspectivação do planeamento como um *processo contínuo* que abrange não apenas o momento da sua *elaboração*, mas também o da respectiva *concretização*, a qual se apresenta como o fim último do plano, já que este apenas tem a sua razão de ser se for para ser executado. Acrescem, a estes dois momentos, os da *avaliação* e *monitorização*, indispensáveis à plena eficácia deste processo.

³ Por isso, afirma António Cândido de Oliveira que “*executar não é o mesmo que planear. A invenção, a imaginação, a criação são naturais e encontram a sua expressão no planeamento não na execução. Se a execução é altura para inventar, então não é actividade de execução é actividade de planeamento.*” ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, “Problemática jurídica da execução dos planos directores municipais” in CEDOUA/APDU/FDUC, *A Execução dos Planos Directores Municipais*, Coimbra, Almedina, p. 25.

determinadas. É que à execução do plano deve ser reconhecido também, em doses adequadas, espaços de conformação /e de decisão por parte das entidades públicas envolvidas. Por isso, o *projecto*, que está na base da gestão urbanística, não deve ser visto como uma mera reprodução das opções constantes do *plano*, devendo antes ser-lhe reconhecido um papel “criador” e “integrador” das previsões deste.⁴ O que significa também um diferente entendimento das funções que devem ser reservadas aos planos, os quais não se têm de apresentar como instrumentos que tudo prevêem e disciplinam. Pelo contrário, a sua função reguladora não é posta em causa se a gestão urbanística for chamada a concretizar ou adaptar as suas normas à realidade através de juízos próprios de oportunidade e de mérito.⁵

2. Os modelos de gestão urbanística têm sofrido uma evolução sensível.

a) Não obstante o que afirmámos — de que hoje em dia a gestão urbanística não pode ser desligada do planeamento — deve, no entanto, ter-se em atenção que uma coisa há-de ser uma *gestão urbanística a partir de planos* (isto é, *sem os contrariar*) outra, completamente distinta, a *gestão urbanística como execução de planos*.

Do primeiro tipo é a gestão urbanística que foi levada a cabo pelos municípios nos últimos anos e cujas características mais relevantes assentaram nos seguintes pressupostos:

- Planos municipais com amplas admissibilidades construtivas, não sujeitas a condicionantes ou programação, promovendo licenciamentos dispersos e desgarrados (desde que conformes com os planos);

⁴ Assim, vem-se defendendo que, para que um *projecto* urbanístico esteja de acordo com as disposições de um plano e, por isso, *não o viole*, não é necessário que reproduza *estrita e rigorosamente* o que nele está previsto, bastando que, no conjunto ou no seu todo, o *projecto* urbanístico licenciado dê cumprimento às exigências *significativas* ou *expressivas* constantes do plano.

⁵ Sobre a possibilidade e, mesmo, a necessidade, de os instrumentos de planeamento municipal (desde os planos directores municipais aos planos de pormenor) se apresentarem como instrumentos dotados de algum grau de *flexibilidade*, que permitem a sua conformação à realidade no momento da gestão urbanística cfr. o nosso *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. ... e ss.

- Ausência de iniciativas públicas fundiárias (directas, ou de dinamização de processos societários);
- Administração municipal que se limita a aguardar as iniciativas privadas, apreciando os respectivos projectos e licenciando-os desde que não contrariem os planos (o que significa que os *timings* para intervir no território são definidos pelos promotores e não pela Administração municipal);
- Iniciativas privadas e fechadas no limite de cada propriedade (isto é, com total ausência de processos associativos)⁶.

As consequências deste tipo de gestão traduzem-se:

- Numa ocupação *dispersa e desgarrada* no território, como marca de um *licenciamento casuístico* de operações urbanísticas que cumprem (não contrariam) as opções dos planos directores municipais;
- Numa *irracional expansão das infra-estruturas* pelo território, que permanecem, muitas vezes, subaproveitadas;
- Num *crescimento casuístico, fragmentado e disperso*, entrecruzado com *terrenos expectantes*, mais ou menos abandonados.
- Em insuficiências, quantitativas e qualitativas, de infra-estruturas, equipamentos e espaços verdes, de espaço público em geral.

Tudo resultado de um *casuismo* e na *pequena dimensão de muitas das operações urbanísticas*, a que acresce a *falta de meios*: os promotores têm em regra um contributo insuficiente e os proprietários imobilistas têm uma contribuição quase nula.

A solução para alguns destes problemas passa pela assunção, por parte dos municípios, de uma atitude mais proactiva, *programando* as operações privadas em função das suas prioridades, condicionando as operações urbanísticas a *soluções de conjunto* e promovendo *parcerias* entre privados e destes com a Administração na concretização dos planos. Tudo a apontar

⁶ Cfr. JORGE CARVALHO, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Perequação, taxas e cedências. Administração urbanística em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 20.

para uma *nova lógica de gestão urbanística*, onde os municípios *programam, coordenam e controlam* operações que, de forma integrada, executam os planos, em vez de se limitarem a *controlar*, por intermédio dos procedimentos legalmente previstos, operações urbanísticas casuísticas e desgarradas que lhe são apresentadas (e quando lhe são apresentadas) pelos interessados, visando o seu controlo unicamente garantir que os respectivos projectos não contrariam os planos.

b) Existem, assim, várias lógicas, distintas, de perspectivar a gestão urbanística, sendo que, em função de cada uma delas, se apresentam como prioritários diferentes instrumentos postos à disposição da Administração municipal.

A mais tradicional é, já o dissemos, a que é feita pelos municípios “a reboque” de iniciativas privadas: situação típica em que os interessados, designadamente proprietários dos solos, lhe apresentam, para apreciação e controlo prévios, projectos para a realização das mais variadas operações urbanísticas (loteamentos urbanos, obras de urbanização, obras de edificação, etc.), procedendo a Administração municipal à emissão dos correspondentes *actos de controlo preventivo e fiscalizando*, posteriormente, a sua concretização.

Os mais relevantes actos que se reconduzem a este tipo de gestão (actos administrativos de gestão urbanística) são os que se encontram regulados no *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação* (RJUE⁷) — licenciamentos, admissões de comunicações prévias, autorizações, actos de tutela de legalidade — embora aí também se enquadrem actos relativos a operações em que a iniciativa pertence a entidades públicas, designadamente, aos municípios, já que, por vezes, a intervenção urbanística nos solos é promovida pela própria Administração mediante a realização de obras de urbanização, construção de equipamentos colectivos, construção de habitação social e económica, etc., necessitando, para o efeito, de desencadear os competentes procedimentos de aprovação dos respectivos projectos (cfr.

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março e pela Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro.

artigo 7.º do RJUE)⁸.

Uma lógica mais recente de gestão urbanística, a que já fizemos referência, aponta para um papel mais activo dos municípios, que passam a *programar* e a *coordenar* as várias intervenções no território, assumindo a este propósito especial relevância as formas de *execução sistemática* dos planos por intermédio da delimitação de *unidades de execução*. É neste sentido que aponta o *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial* (RJIGT⁹).

Note-se, porém que quer o modelo de gestão urbanística decorrente do RJUE, quer aquele para que aponta o RJIGT estão vocacionados para a concretização de operações urbanísticas de *nova urbanização* ou *edificação*. Sucede, porém, que é à *reabilitação urbana* que é dado actualmente maior relevo, tendo sido aprovado em 2009 um novo regime jurídico a ele respeitante aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de Outubro. De acordo com este diploma, também a concretização de operações de reabilitação urbana aponta para a necessária *programação pública* das intervenções a efectuar (de acordo com a sua ordem de prioridades e não em consonância com os *timings* dos proprietários), para a *delimitação de áreas que apontem para intervenções integradas* (áreas de reabilitação urbana e unidades de intervenção ou de execução) e para a *promoção de parcerias* entre privados e destes com a Administração ou com terceiros na concretização das operações em causa.

Por este motivo a reabilitação urbana, posiciona-se também como uma via para contrariar o modelo de gestão urbanística tradicional (de controlo de operações casuísticas de iniciativa dos interessados) e para afastar um desenvolvimento urbanístico assente na *expansão urbana* (com todos os custos inerentes: territoriais, financeiros, ambientais e, mesmo, sociais),

⁸ Para uma leitura de que o artigo 7.º do RJUE apenas isenta as operações urbanísticas das entidades nele referidas (incluindo os municípios) da licença e comunicação prévia nele disciplinada e não de um procedimento (específico) de controlo preventivo cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, comentário ao artigo 7.º

⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 53/2000, de 7 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 181/2009, de 7 de Agosto

permitindo a *consolidação e ocupação* do já edificado integradamente com a intervenção em espaços expectantes dentro das cidades. Apresenta-se, deste modo, como uma forma de gestão urbanística que obedece à mesma lógica (ao mesmo paradigma) da gestão urbanística para que aponta o RJIGT: uma lógica de execução sistemática e não de apreciação casuística dos projectos, como parece decorrer do RJUE (execução assistemática), muito embora vocacionada para intervenções no existente, ao contrário das unidades de execução, mais vocacionadas para áreas de colmatação.¹⁰

c) Do afirmado resulta que o modelo de gestão urbanística para que aponta o RJIGT (em consonância com a que decorre do regime da reabilitação urbana) é substancialmente distinto do que consta do RJUE.

Trata-se, de facto, de duas lógicas de gestão urbanística distintas, que parecem antagónicas e dificilmente conciliáveis entre si, sendo certo, para além do mais, que o RJIGT determina expressamente, no seu artigo 119.º, que os *planos e as operações urbanísticas* (estas, precisamente, aquelas que se encontram reguladas no RJUE), são executadas *através dos sistemas* de compensação, cooperação e imposição administrativa, os quais funcionam no interior de *unidades de execução* previamente delimitadas pelas câmaras municipais.

Assim, muito embora o RJIGT e o RJUE tenham ambos plena vigência, parecem desarticulados quanto ao modelo de gestão urbanística para que apontam, permitindo um (o RJUE) um tipo de gestão (assistemática) que o outro (o RJIGT) parece impedir, ao impor como forma de execução dos planos e operações urbanísticas a execução sistemática.

Torna-se, assim, necessário proceder a uma devida articulação e harmonização entre dois diplomas e, por essa via, a uma articulação e harmonização dos *vários modelos de gestão* para que cada um aponta.

Esta articulação deve, a nosso ver, ser feita estabelecendo uma relação

¹⁰ Esta é a resposta às existências decorrentes da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, do RJIGT e do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, que apontam no sentido da *contenção* (consolidação) dos perímetros urbanos e do *preenchimento de espaços vazios dentro dos perímetros existentes*, bem como do reforço e *revitalização* (reabilitação) dos centros das cidades, fornecendo instrumentos adequados para alcançar aqueles desideratos.

entre o modelo de gestão a mobilizar e as categorias do solo urbano que estão em causa — prendendo-se, por isso, com o *estatuto jurídico dos distintos tipos de solo* —, a qual pode ser feita nos seguintes termos:

– *nos solos urbanizados (bem) consolidados*, a gestão urbanística processar-se-á preferentemente por intermédio de operações urbanísticas realizadas nos termos do RJUE;

– *nos solos urbanizados a consolidar (colmatar)*, a gestão deve ser operada por intermédio da prévia delimitação de unidades de execução nos termos do RJIGT, quando se justifique que as intervenções sejam suportadas por uma solução integrada de conjunto (v.g. quando existe um espaço vazio no meio da cidade que deve ser preenchida por um projecto conjunto); se tal se não justificar, a gestão urbanística é feita à luz dos procedimentos do RJUE;

– *nas solos urbanizados (mal ou deficientemente) consolidados* (designadamente degradados), a gestão deve ser feita por intermédio de *áreas de reabilitação urbana* nos termos do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, as quais poderão, eventualmente, abranger em parte zonas de colmatação;¹¹

– *Nas zonas (solos) de urbanização programada (zonas urbanizáveis)*, a gestão operará por intermédio de unidades de execução a delimitar pelo município nos termos do RJIGT. Pode, contudo admitir-se uma gestão feita por intermédio de operações urbanísticas avulsas nos termos do RJUE quando estejam em causa parcelas situadas em contiguidade com a zona urbanizada ou com áreas que tenham adquirido características semelhantes àquela através de acções de urbanização ou edificação e desde que o município considere que as soluções propostas asseguram uma correcta articulação formal e funcional com a zona urbanizada e não prejudicam o ordenamento urbanístico da área envolvente.

¹¹ Relevante a este propósito é o facto a reabilitação urbana integrar agora a gestão urbanística corrente do território: de regime excepcional (com o que constava do Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7 de Maio) o Decreto-Lei n.º 307/2009 passou a integrar uma das formas normais de actuação dos municípios e de gestão urbanística destes.

3. A gestão urbanística como execução sistemática de planos

3.1. a) Para a concretização de um novo modelo de gestão territorial, as palavras de ordem são, actualmente, como se referiu, a *programação*, a promoção ou condicionamento das operações urbanísticas a *soluções de conjunto* e a promoção de *parcerias* entre privados e destes com a Administração na concretização dos planos.

De entre os instrumentos legalmente previstos, destacam-se, como os mais adequados para a consecução dos referidos objectivos, os *planos de pormenor* e as *unidades de execução*, que se apresentam, não obstante as devidas diferenças, como instrumentos intercambiais do ponto de vista funcional.

Com efeito, e desde logo, os planos de pormenor, por apontarem, em regra, para um desenho urbano “desligado” da divisão fundiária da sua área de intervenção, são um instrumento adequado para que o município promova *intervenções* não limitadas ao interior da propriedade de cada um (forçando, portanto, *intervenções de conjunto*), “empurrando”, assim, os proprietários abrangidos para *processos associativos* (contratualizados), sem os quais não poderão concretizar nos seus terrenos qualquer operação urbanística. Para além do mais, os planos de pormenor programam a sua própria concretização, dispondo de um *programa de execução* e de um *plano de financiamento*.

A par destes, e como uma novidade na legislação mais recente, surgem as *unidades de execução* delimitadas pelas câmaras municipais, por iniciativa própria ou dos interessados (n.º 2 do artigo 119.º, do RJIGT).

A delimitação de unidades de execução — *no interior das quais funcionam um dos três sistemas* legalmente definidos — deve, de acordo com o disposto no artigo 120.º, cumprir um conjunto de exigências, a saber:

- assegurar um desenvolvimento urbano harmonioso;
- garantir a justa repartição de benefícios e encargos pelos proprietários
- e
- disponibilizar terrenos destinados a espaço público, equipamentos e zonas verdes.

Precisamente por serem estes os objectivos das unidades de execução,

[Voltar ao índice](#)

as mesmas apresentam-se como um instrumento adequado para garantir *intervenções de conjunto, programação e contratualização entre proprietários*. É que, e desde logo, ainda que de iniciativa dos interessados, cabe sempre à câmara municipal a sua delimitação, devendo esta garantir, em primeiro lugar, que a área da unidade de execução proposta *tem uma dimensão adequada* para permitir um projecto urbano integrado e harmonioso bem como uma justa repartição de benefícios e encargos pelos proprietários. Tal significa, desde logo, que a *área da unidade de execução* não pode corresponder (ou não deve corresponder, em regra) ao limite da propriedade de um só interessado, por este limite raramente permitir um projecto que cumpra aquelas exigências). Admitimos, porém, que uma unidade de execução possa corresponder a um só prédio, da propriedade do mesmo titular, quando aquele tenha uma dimensão, em termos de área, adequada à concretização de um projecto urbano (intervenção urbanística) que, do ponto de vista da ocupação da *urbe*, se possa considerar integrada e potenciadora de um crescimento urbano harmonioso. Numa situação destas não terá, naturalmente, de ocorrer, no interior da unidade de execução, a repartição de benefícios e encargos. Esta situação deve, contudo, por excepional, ser devidamente fundamentada.

Para além do mais, a unidade de execução deve ser delimitada de forma a garantir a disponibilização de terrenos destinados a espaço público, equipamentos e zonas verdes onde os mesmos sejam necessários, pelo que a sua localização deve ser decidida em estreita articulação com a hierarquia de prioridades e a programação da ocupação territorial da competência da câmara, devendo ser acompanhada de um programa que reflecta uma estratégia de desenvolvimento que identifique as funções desejáveis, públicas e privadas. Nesta óptica, deve a Administração municipal, na sua tarefa de *programação e de controlo dos processos urbanísticos* através da delimitação de unidades de execução, distinguir as *áreas em que importa ou é prioritário intervir*, para uma maior estruturação e qualificação da cidade existente, das outras em que, mesmo admitidas pelo plano, *é despiciente ou negativa qualquer intervenção*.¹²

¹² Neste sentido vide mais desenvolvidamente Jorge CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 413.

O relacionamento entre a delimitação das unidades de execução e a programação ou ordem de prioridades das intervenções urbanísticas previstas no plano e definidas pela câmara municipal deve determinar a adopção do *sistema de imposição administrativa* para aquelas intervenções que, nos termos do mesmo, assumam uma *prioridade absoluta* (embora esta opção não deva fechar as portas à possibilidade de se poder promover a execução da intervenção urbanística pelos interessados no caso de os mesmos assim o pretenderem, optando-se, nestes casos, por um sistema de compensação ou, pelo menos, de cooperação).¹³ Tratando-se, por sua vez, de *intervenções desejáveis*, o sistema a adoptar deverá ser, tendencialmente, o da cooperação (disponibilizando-se a administração para substituir os proprietários que se não queiram associar). No caso das intervenções apenas *admissíveis*, mas que, na óptica do município, só devam ser realizadas em determinadas condições, o sistema a adoptar deverá ser o da compensação, não se disponibilizando o ente autárquico para substituir qualquer proprietário. Tal significa que o licenciamento da intervenção urbanística deverá ficar condicionado à associação entre a totalidade dos proprietários, que, a acontecer, obrigará a soluções de conjunto e determinará a obrigatoriedade de estes arcarem com os custos de infra-estruturação da intervenção urbanística a realizar na unidade de execução. Caso tal associação não se alcance (o que será frequente), evita-se o surgimento de intervenções não desejáveis.¹⁴

¹³ Assim, sempre que existe uma área em que importa intervir de uma forma integrada e com uma solução de conjunto, de forma a prosseguir um interesse público imediato (v.g. a abertura de uma via estruturante), a delimitação de uma unidade de execução sujeita ao sistema de imposição significa que, caso os proprietários se não associem para realizar a operação urbanística conjunta — reparcelamento ou loteamento conjunto — num determinado prazo (no âmbito da qual cederão para o domínio público municipal os terrenos a afectar àquela via e, eventualmente, a executarão), a Administração se substituirá a estes de modo a garantir a realização da infra-estrutura viária em causa.

¹⁴ Este deverá ser o sistema a adoptar naquelas situações em que para a Administração municipal não é prioritário que uma determinada área do seu território, embora tal seja admitido pelo plano, venha a ser objecto de intervenções urbanísticas, permitindo, contudo, que as mesmas possam ocorrer desde que realizadas em parceria pelos vários proprietários da unidade de execução. Ou seja, embora não desejada a sua ocorrência, o município admite intervenções urbanísticas de conjunto, empurrando, nestes casos, a delimitação de unidades de execução, os proprietários para processos associativos, sem que a Administração se proponha substituir aqueles que não se queiram associar. Com estas condições, o mais certo é

A delimitação de uma unidade de execução nestes termos —, isto é, de acordo e em consonância com a programação municipal —, obriga a *projectos conjuntos* para áreas com uma *dimensão adequada* (em vez de intervenções limitadas ao interior da propriedade de cada um, normalmente muito fraccionada), *projectos* que, por corresponderem a reparcimentos (loteamentos conjuntos), remetem para os particulares a obrigação de infra-estruturar toda a área da unidade de execução, cumprindo, em relação a ela, as exigências que legalmente se admite no âmbito dos loteamentos urbanos. Sempre, porém, que as causa infra-estruturas têm uma função mais ampla que a de servir o projecto a concretizar na unidade de execução (muitas vezes têm), o seu encargo não pode ser assumido exclusivamente pelos proprietários nela integrados. Neste caso, a via mais adequada é contabiliza-la no âmbito dos mecanismos de perequação (v.g. assumindo que aquela unidade teve um “encargo real” superior ao “encargo médio” que lhe devia caber, em função das operações a realizar, sendo os respectivos proprietários compensados por esse facto, nos termos a que nos referiremos *infra*).

b) Se se compararem as *unidades de execução* com os *planos de pormenor* — aqui sugeridos como intercambiais nos objectivos que visam prosseguir —, terá de se concluir que aquelas se apresentam, em regra, como *mais céleres e mais flexíveis*.

Mais céleres porque são execução, enquanto o plano de pormenor, por ser um instrumento de planeamento, não dispensa, em regra, a fase posterior de concretização e licenciamento das operações urbanísticas de reparcimento que o concretizam (repetem). Para além de que a elaboração dos planos de pormenor tem de cumprir uma tramitação procedimental mais formalizada (ainda que actualmente mais simplificada) por contraposição com a tramitação mais célere e informal da delimitação das unidades de execução.

que na unidade de execução para a qual se apontou o sistema de compensação nada venha a ocorrer (basta que um dos proprietários se oponha), mas, se acontecer, será nos termos pretendidos pelo município, impedindo que as intervenções se limitem ao interior da propriedade de cada um. Neste sentido vide JORGE CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, cit. p. 413-414.

Mais flexíveis, porque o desenho urbano (que identifica os lotes a distribuir) é, em regra, o resultado da contratualização entre os vários intervenientes, feito, por isso, à medida do que terá de ser distribuído [em função dos benefícios a que cada um tem direito e dos encargos que tenha de (ou possa) assumir], enquanto o plano de pormenor, por ter natureza regulamentar, apresenta um desenho urbano fechado que inibe ou dificulta a concertação, para além de que qualquer desvio às suas previsões (desenhadas ao pormenor) implica a necessidade de desencadear um procedimento de alteração envolto em alguma morosidade¹⁵, ou determina a nulidade por violação de plano.

Porém, tendo em consideração a possibilidade actualmente admitida de o conteúdo prescritivo dos planos de pormenor poder ser objecto de concertação (contratualização) com os proprietários da sua área de abrangência (artigos 6.º-A e 6.º-B do RJIGT), aliada à circunstância de os mesmos, em certas condições (em especial quando aquele acordo definiu já, entre todos os interessados, os termos da execução do plano), poderem proceder directamente à transformação fundiária desta área, dispensando posteriores actos de controlo preventivo das operações urbanísticas que a visam alcançar (artigos 92.º-A e 131.º, n.º 10 do RJIGT), coloca os planos de pormenor que se encontrem nestas circunstâncias a par das unidades de execução em celeridade e flexibilidade.

3.2. a) Uma vez que a delimitação de uma unidade de execução corresponde à identificação, em planta cadastral, da área a sujeitar a *uma intervenção (operação) urbanística*, a sua consecução pressupõe, como princípio, a concretização, dentro dela, de uma *operação de reparcelamento* (em regra com obras de urbanização), a qual se apresenta, para efeitos do respectivo controlo preventivo, como uma operação urbanística de loteamentos (com obras de urbanização) – cfr. o conceito de loteamento constante da alínea i) do artigo 2.º do RJUE.

Assim, a delimitação de uma unidade de execução corresponde a *um*

¹⁵ O procedimento de alteração dos planos de pormenor (como aliás o próprio procedimento da sua elaboração) surge, após as alterações introduzidas ao RJIGT em 2007, mais simplificado.

primeiro passo para a concretização de uma operação urbanística, não a substituindo: a sua vantagem consiste apenas em servir de instrumento ao município para “empurrar” os particulares para processos associativos, isto é, para a promoção, por aqueles, de projectos conjuntos para os seus prédios, que, de outra forma, seriam ocupados com o seu próprio projecto, desgarrado dos outros. Por isso mesmo, a delimitação de uma unidade de execução exige, em momento posterior (precisamente por, em regra, abranger prédios pertencentes a distintos proprietários), a concretização de uma operação de reparcelamento, eventualmente (normalmente) com obras de urbanização.

Aquela delimitação mais não é do que a identificação dos limites dentro da qual esta operação irá concretizar-se. De onde decorre que, concluído o procedimento para a delimitação da unidade de execução, terá de se dar início ao procedimento de licenciamento da operação de reparcelamento (loteamento conjunto) e eventualmente, quando seja o caso – e será quase sempre – de posterior comunicação prévia das obras de urbanização. Nada impede é que, caso haja já concertação entre os interessados, os dois procedimentos possam ser levados a cabo em simultâneo, com aproveitamento de trâmites procedimentais comuns (v.g., a discussão pública).

b) A operação de reparcelamento que terá de ocorrer no interior da unidade de execução encontra-se prevista no artigo 131.º n.º 1, consistindo, nos termos deste normativo, *“no agrupamento de terrenos localizados dentro de perímetros urbanos delimitados em plano municipal de ordenamento do território e na sua posterior divisão ajustada àquele, com a adjudicação das parcelas resultantes aos primitivos proprietários ou a outras entidades interessadas na operação”*.

Nas palavras de Fernando Alves Correia, em causa está *“um processo de reordenamento dos terrenos”* que se traduz numa nova divisão que em regra afecta *“terrenos pertencentes a vários proprietários”* sendo, *“acima de tudo, um instituto de remodelação ou de recomposição predial que se caracteriza por três etapas”*: o agrupamento dos terrenos, a sua nova divisão e por fim a partilha dos lotes entre os interessados os primitivos proprietários ou terceiros

interessados na operação.¹⁶

A operação de reparcelamento traduz-se, por isso, num complexo conjunto de acções que se desdobram, como explica o referido Autor, na formação do solo unitário, designado no direito alemão por *massa de concentração* ("Umlegungsmasse") que, depois de saírem as zonas verdes, infra-estruturas e outros equipamentos, forma a *massa de distribuição* ("Verteilungsmasse") a qual será partilhada, de harmonia com o critério seguido (sendo talvez o mais justo o da *repartição de valores*) e adjudicada aos proprietários e a terceiros.

A transformação da situação fundiária em que se traduz a operação de reparcelamento é operada por intermédio de um acto da Administração municipal: o acto da sua *aprovação*, quando o reparcelamento é de iniciativa municipal, ou o respectivo *licenciamento*, quando a mesma é de iniciativa privada (n.ºs 5 e 6 do artigo 131.º), sendo nesse caso titulada por alvará. São estes actos que devem ser levados a registo.

Para efeitos do RJUE, o reparcelamento apresenta-se, como referimos, como uma operação de loteamento (em regra com obras de urbanização), tornando-se, por isso, indispensável que, aquando da apresentação dos projectos para licenciamento, esteja verificada a legitimidade urbanística, a qual pressupõe o consentimento da totalidade dos proprietários (quando são vários os envolvidos), sendo fundamental para o efeito a celebração de contratos entre eles e/ou outras entidades interessadas – contratos de urbanização – ou destes com a Administração – contratos de desenvolvimento urbano –, nos termos dos quais se define os direitos e encargos de cada um na operação e a distribuição dos lotes resultantes da mesma, o que significa que os proprietários acertam entre si os termos em que a referida transformação fundiária operará os seus efeitos em relação a cada um deles.

Na eventualidade de algum dos proprietários manifestarem o seu desacordo, a falta de legitimidade é superada pela via das expropriações

¹⁶ Cfr. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2001, 2.ª Reimpressão, pp. 629-630, e *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 105 e ss.

podendo o custo destas ser assumido:¹⁷

- Pelo município, que passa a ser proprietário de parcelas devendo as mesmas entrar no quadro de reparcelamento como “posição do município;
- Pelos restantes proprietários, em função da contratualização que estabeleçam;
- Por uma entidade financiadora encontrada pelos restantes (todos ou alguns) dos proprietários ou contratada pelo município

Estes terceiros assumem igualmente importância quando exista interesse ou necessidade de promover uma operação de reparcelamento, mas os proprietários não possam assumir os encargos que lhes cabem. Tais encargos poderão ser assumidos por esses terceiros a quem, no final, serão adjudicadas as parcelas ou os lotes resultantes da operação de reparcelamento, correspondentes à quota-parte da sua participação naqueles encargos.¹⁸

É no âmbito dos contratos mencionados que devem ser devidamente identificados os seguintes elementos, imprescindíveis para a concretização da operação de loteamento conjunto (reparcelamento):

- as “entradas” de cada um dos interessados (em regra a área ou o valor dos prédios com que cada um entra na operação de reparcelamento, mas também, quando não se trate de proprietário, o valor do capital a investir ou da obra a realizar na concretização da operação);
- os benefícios que são concretizados com a operação urbanística (a edificabilidade em m² de construção ou de usos que a mesma contém e

¹⁷ A expropriação apenas deve ocorrer se o proprietário se recusar a aderir à operação. No caso de não ter a capacidade de assumir os seus encargos, mas demonstrar interesse em aderir, terá de ser reequacionada a assunção dos seus encargos por outrem, a quem será atribuída a edificabilidade correspondente.

¹⁸ Esta possibilidade – de entrada de terceiros no âmbito de uma operação de reparcelamento urbano e a adjudicação aos mesmos das parcelas ou lotes dela resultantes – é expressamente admitida no RJIGT. Como se afirma no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro: “*Por seu turno, a sustentabilidade do processo urbanístico justifica a alteração introduzida em matéria de reparcelamento, clarificando-se a possibilidade de outras entidades interessadas participarem na operação e beneficiarem da adjudicação das parcelas decorrentes da operação, nos termos dos adequados instrumentos contratuais*”. Note-se que, uma vez que não existe uma equivalência entre o “valor” do dinheiro e o “valor” dos terrenos, é proceder à respectiva correspondência de forma a garantir uma repartição equitativa dos benefícios e encargos envolvidos na concretização do projecto a realizar na unidade de execução pelos vários interessados.

que serão distribuídos pelos interessados na proporção das suas “entradas”);

- os encargos que cada um terá de assumir na proporção dos benefícios que lhe cabem;
- o eventual acerto e redistribuição de benefícios daqueles que não possam ou não queiram assumir a totalidade dos encargos que lhes cabe assumir;

e

- a distribuição dos lotes resultantes da operação de reparcelamento pelos interessados, considerando todos estes factores.

De forma a tornar mais objectiva e clara a contratualização deverá ser efectuada uma tabela de reparcelamento a ser elaborada, em regra, nos seguintes termos:

Proprietário / Investidor	Avaliação da Parcela Inicial / Montante investido	% no capital total	Benefícios [a edificabilidade do projecto (m²/função) na proporção da sua posição]	Encargos (totalidade dos encargos do projecto a assumir na proporcionalidade dos benefícios que receber	Edificabilidade Final
A	X	%			Lote k, l e m
B	Y	%			Lote n, o, p

Esta tabela deve integrar ser integrada no acto de aprovação do projecto de reparcelamento de forma a que fique devidamente explicitada (e justificada) a transformação fundiária da área.

c) Do ponto de vista registal, o que terá de se promover é a *inscrição* da operação de reparcelamento que, tendo sido *aprovada* ou *licenciada*, produz os efeitos reais, isto é, de transformação da situação fundiária da área. O título para o referido registo é a certidão da aprovação (no caso de o reparcelamento ser de iniciativa municipal) ou o alvará do licenciamento (no caso de a iniciativa ser dos proprietários).

Tratando-se, porém, de um acto logicamente unitário — ao contrário do que sucede na figura da associação da Administração com os proprietários, prevista no artigo 22.º e ss. da Lei dos solos, em que todo o terreno passa, no interregno, para as mãos daquela —, o reparcelamento, nos termos atrás

descritos, analisa-se numa única operação, apenas logicamente cindível. Deste modo, não é legítimo, considerar que a massa de concentração configura um qualquer acto jurídico autónomo que incide sobre os prédios e sobre o qual seriam constituídos direitos nem, no momento do registo, exigir a prévia titulação do emparcelamento do solo, uma vez que ela não é dissociada da sua divisão. Ainda assim, de forma a facilitar a ligação em termos de registo entre a situação fundiária anterior ao reparcelamento e a divisão fundiária dele resultante, deve abrir-se uma descrição geral do prédio com base na referida certidão ou alvará, correspondente à "massa de concentração" (sem que nele se inscreva qualquer direito), na qual são identificadas as fichas que se abrem para cada um dos lotes originados. Configura tal descrição, nestes moldes, um mero passo procedimental no âmbito do registo predial.¹⁹

Esta forma de proceder é igualmente defendida por Mouteiro Guerreiro, para quem a atribuição dos prédios resultantes de uma operação de reparcelamento se apresenta como uma aquisição originária²⁰.

d) Tendo em consideração tudo quanto foi referido anteriormente, perspectiva-se, a seguinte sequência de procedimentos para a concretização de uma unidade de execução, organizada da seguinte forma²¹:

i) Localização da unidade de execução

O RJGT assume claramente como ideal a situação em que o plano de pormenor é o instrumento que serve de base a qualquer operação de execução²². Por este motivo prevê dever ser a partir destes que as referidas

¹⁹ Cfr FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, *Implicações Notariais e Registais das Normas Urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 68 e ss.

²⁰ Cfr. J. A. MOUTEIRO GUERREIRO "Efeitos registais decorrentes da execução urbanística", in *Direito Regional e Local*, n.º 2, Abril/Junho, 2008, pp. 42 e ss

²¹ Segue-se, aqui, JORGE CARVALHO, "Organização de unidades de execução, in *Revista de Direito Regional e Local*, n.º 2, p. 33-40

²² É com efeito frequente afirmar-se que "...não são ainda os PDM os instrumentos de planeamento que mais favorecem uma correcta gestão urbanística do território municipal..." dada a escala a que estes planos são elaborados, o que lhes permite praticamente delimitar apenas perímetros urbanos e aglomerados, dificultando "...a apreciação de loteamentos e edificações, cujas orientações só podem emanar de forma mais precisa de planos de escala inferior: de urbanização e de pormenor." Cfr., ANTÓNIO JOSÉ MAGALHÃES CARDOSO, *Gestão Territorial*, Coimbra, 2001, pp. 6-7.

unidades de execução devem ser delimitadas (o n.º 3 do artigo 120.º do RJIGT determina que estas podem coincidir com áreas abrangidas por plano de pormenor ou parte dela), tendo em consideração que aquelas unidades são-no para executar e não para planear. No entanto, naquelas situações em que em que tais planos não existam, a lei permite a sua delimitação a partir de *unidades operativas de planeamento e gestão* que, mesmo que não apelem para a necessidade de posterior plano de pormenor, podem servir de base à delimitação daquelas unidades (cfr. o mesmo n.º 3 do artigo 120.º do RJIGT). Com efeito, mesmo que estas *unidades operativas de planeamento e gestão* não exijam a posterior elaboração de planos de pormenor, a sua vocação intrínseca para a execução (servem para programar esta) e a identificação dos *objectivos* que, deste ponto de vista, devem ser cumpridos na mesma, conferem-lhe uma capacidade para fundamentar a execução do plano e, por isso, a delimitação daquelas unidades.

No entanto, tendo em consideração serem facultativos os planos de pormenor e poderem os planos directores municipais definir regras concretas de ocupação dos solos imediatamente vinculativas dos particulares e, por isso, imediatamente exequíveis mesmo fora das áreas das *unidades operativas de planeamento e gestão*, não vemos porque impedir a possibilidade de uma execução que decorra imediatamente destes, ou seja, a delimitação de unidades de execução para áreas apenas abrangidas por estes ou por planos de urbanização. É o que sucederá, por exemplo, sempre que se esteja numa zona já urbanizada (na qual a execução se processa essencialmente por via dos instrumentos e procedimentos constantes do RJUE) mas o município considere adequado condicionar o aproveitamento urbanístico através de delimitação de unidades de execução, por se justificar que as intervenções sejam suportadas por uma solução integrada de conjunto [cfr. artigo 138.º, n.º 2, alínea b) do Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia²³ e artigo 103.º, n.º 2 alínea b) do Plano Director Municipal da Maia²⁴].

Esta possibilidade deve ser particularmente admitida a propósito de

²³ Cfr. Aviso n.º 14327/2009, publicado no Diário da República, 2.ª série, N.º 155, de 12 de Agosto de 2009.

²⁴ Aviso n.º 2383/2009, publicado no Diário da República, 2.ª série, N.º 17, de 26 de Janeiro de 2009.

planos municipais elaborados antes da entrada em vigor do RJIGT, que obedeciam a uma lógica distinta. Nestas situações, em nossa opinião, não deverá estar impedida a delimitação de unidades de execução relativamente a áreas para as quais não existam planos de pormenor ou prévia delimitação de *unidades operativas de planeamento e gestão*, embora as mesmas careçam, aí, de uma fundamentação acrescida.

Com efeito, o enquadramento e a justificação das unidades de execução, nestes casos, são um trabalho que terá de ser cuidadosamente desenvolvido pela câmara municipal, visto que a deliberação que aprovar a delimitação da unidade de execução tem a natureza jurídica de acto administrativo sujeito a todos os requisitos formais e materiais a que em geral os mesmos estão submetidos, com especial relevo para a exigência da fundamentação. Esta terá de incidir na *necessidade e essencialidade* daquela área para a implementação das opções fixadas nos planos, pois apenas desta forma a mesma poderá ser devidamente enquadrada na problemática da execução dos mesmos.

Assim, admite-se que essas unidades de execução sejam “extraídas” do plano director municipal (ou de plano de urbanização), sem que medeie um nível de planeamento mais concreto, ainda que o n.º 4 do artigo 120.º exija, na falta de um plano de pormenor aplicável à área abrangida pela unidade de execução, a abertura de um período de discussão pública em momento prévio à aprovação da delimitação da unidade de execução.

A decisão de localização das unidades de execução deve fundamentar-se nos critérios constantes do n.º 2 do artigo 120.º do RJIGT a que já nos referimos precedentemente e é feita mediante a identificação, em planta cadastral, dos prédios que a integrarão.

ii) Elementos que integram a decisão de delimitação

É sobretudo nas unidades de execução não precedidas de plano de pormenor que mais se colocam dúvidas, designadamente quanto aos elementos que devem fazer parte da deliberação da sua delimitação. Isto porque, estando em causa a delimitação de uma unidade de execução a partir de um plano director municipal ou de um plano de urbanização, destes não resultará a vinculação do município e dos proprietários a um projecto mais

ou menos determinado, apenas o imprescindível respeito dos parâmetros e índices fixados no plano que, acrescente-se, admitem um conjunto amplo de concretizações possíveis. A este respeito devem acentuar-se algumas notas fundamentais.

Assim, embora a lei não se refira, no que ao modelo legal das unidades de execução diz respeito, à necessidade de aprovação prévia do projecto ou projectos concretos a adoptar nas mesmas (pelo contrário, e como referimos, eles serão concretizados em momento posterior), torna-se necessário, aquando da sua delimitação, uma definição, ainda que nos seus traços essenciais e característicos, da intervenção a levar a cabo na sua área.

Com efeito, apenas desta forma é possível, designadamente no âmbito da discussão pública a desencadear, aferir se a mesma respeita os objectivos enunciados no n.º 2 do artigo 120.º, em especial, se a mesma assegura um desenvolvimento urbano harmonioso e a justa repartição de benefícios e encargos.

É, assim, indispensável, aquando da delimitação da unidade de execução, da sua discussão pública e respectiva aprovação, que exista uma previsão dos usos multifuncionais e compatíveis a concretizar na mesma; uma explicitação — ainda que não necessariamente identificação em termos de localização territorial —, das áreas a afectar a espaços públicos ou equipamentos previstos nos planos de ordenamento; e uma definição dos encargos e da dimensão ou extensão desejável dos mesmos a ser assumidos pelos vários intervenientes nas operações urbanísticas a levar a cabo para a sua concretização.

Conclui-se, deste modo, que a delimitação da unidade de execução deve ir além da mera delimitação, em planta cadastral, dos limites físicos da mesma (n.º 1 do artigo 120.º do RJIGT), estabelecendo uma *solução (programa) urbanístico de base* na qual o município garanta, ainda, um traçado regulador, que estabeleça as desejáveis articulações com envolvente e preexistências.²⁵

Não tem tal programa urbanístico de base, contudo, de ter o conteúdo de um plano de pormenor (ou do projecto de reparcelamento que lhe segue).

²⁵ Jorge CARVALHO/Fernanda Paula OLIVEIRA, *Perequação, Taxas e Cedências*, cit., p. 26.

Com efeito, estando, como estamos, não no âmbito da elaboração de um instrumento de planeamento (em relação ao qual o município disporia de poderes para determinar, de forma unilateral, ainda que com participação pública, o desenho urbano da zona), mas da sua execução, e considerando que esta pressupõe o desencadeamento posterior de operações urbanísticas (um ou vários loteamentos/reparcelamentos) que exigem o requisito prévio da legitimidade (que o município não tem por não ser o proprietário da totalidade da área em causa), nunca poderia a delimitação da unidade de execução pressupor um projecto concreto que não aquele que vier a ser acertado com os interessados.

Naturalmente, no caso em que a unidade de execução é da iniciativa dos interessados e estes já tenham acertado, minimamente, a operação que nela se vai concretizar, nada impede que o *programa urbanístico de base* não possa ser mais concreto (correspondendo, mesmo, a este desenho), situação em que, a suceder, a discussão pública da delimitação da unidade de execução pode ser já assumida, também, como discussão pública da operação de reparcimento (loteamento) para efeitos do artigo 20.º do RJUE quando ela seja necessária, simplificando-se os procedimentos urbanísticos.

iii) Participação

A decisão (preliminar) de delimitação da unidade de execução é, antes da sua aprovação definitiva sujeita a uma fase de participação; audição e primeira contratualização com proprietários (a não ser que a unidade de execução tenha sido da iniciativa destes e a Administração não considere necessária a intervenção de outros) e discussão pública da mesma (dos limites físicos, do sistema e do programa urbanístico preliminar). Finda esta, é feita a ponderação dos respectivos resultados nos termos da ponderação da discussão pública dos planos de pormenor.

iv) Aprovação definitiva da delimitação da unidade de execução

Esta fase corresponde à formalização final da unidade de execução, tanto quanto possível, já revista/contratualizada com proprietários a eventualmente acertado na sequência da discussão pública.

As etapas seguintes são sobretudo da responsabilidade dos promotores,

as quais dependem do sistema de execução que tiver sido adoptado, mas que, por estar em causa a concretização de operações urbanísticas — operação de reparcelamento e correspectivas obras de urbanização —, é chamado a regulamentá-las o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.²⁶

No que ao projecto de reparcelamento a concretizar dentro da unidade de execução diz respeito, o mesmo deve ser constituído pelas seguintes peças desenhadas:

- (i) Quadro com a identificação dos prédios, natureza, descrição predial inscrição matricial, áreas e confrontações;
- (ii) Planta da operação de transformação fundiária com a identificação dos novos prédios;
- (iii) Quadro com a identificação dos novos prédios ou fichas individuais, com a indicação da respectiva área, área destinada à implantação dos edifícios e das construções anexas, área de construção, volumetria, cêrcea e número de pisos acima e abaixo da cota de soleira para cada um dos edifícios, número de fogos e utilização dos edifícios e dos fogos;
- (iv) Planta com as áreas de cedência para o domínio municipal;
- (v) Quadro com a descrição das parcelas a ceder, sua finalidade e área de implantação e de construção dos equipamentos de utilização colectiva;
- (vi) Quadro de transformação fundiária explicitando o relacionamento entre os prédios originários e os prédios resultantes da operação de transformação fundiária.
- (vii) Contrato de urbanização ou de desenvolvimento urbano

4. a) Uma das características inerentes à actividade administrativa de planificação municipal, e que faz parte da sua própria essência, é a desigualdade que introduz entre as posições jurídicas dos particulares por ela abrangidos. Com efeito, os planos municipais são, por natureza,

²⁶ Nos casos em que a Câmara integra a parceria (o que sucederá necessariamente quando o sistema seja o de cooperação), deverá acompanhar o processo, mantendo o apoio e colaboração que se revelarem necessários, para além do desempenho de todas as suas funções político/administrativas.

diferenciadores relativamente às futuras utilizações dos diversos terrenos por procederem à *classificação e qualificação* dos solos, alterando as relações de equilíbrio previamente existentes (artigo 15.º da LBOTU).

Por vezes os planos limitam-se a reconhecer e consagrar situações pré-existent, casos em que a diferenciação não surge com o plano, mas decorre antes de outros factores, designadamente das características típicas dos solos, isto é, da sua “vinculação situacional”²⁷. Mas, noutros casos, o plano atribui diferentes utilizações a terrenos com condições similares, criando, com tal opção, fortes desigualdades no que respeita à evolução das respectivas rendas fundiárias. É relativamente a estas situações que o princípio da igualdade — que encontra o seu fundamento directo nos princípios da justiça e do Estado de Direito e que se impõe a toda a actividade administrativa, incluindo a planificadora — é chamado a intervir no sentido de fornecer “... respostas correctivas desta situação e de criar instrumentos ou mecanismos susceptíveis de restabelecer a igualdade entre os diferentes destinatários dos planos”²⁸.

O princípio constitucional da igualdade contém, assim, uma exigência de criação, pelo sistema jurídico, de mecanismos ou formas de reposição ou restabelecimento da igualdade de tratamento dos destinatários abrangidos pelos planos urbanísticos — medidas perequativas sem as quais “...é (...) a própria legitimidade do ordenamento urbanístico que está em causa...”²⁹ —, obrigando os entes públicos a assegurar a reposição das relações de igualdade afectadas pelo plano.

Assim, para além de o princípio da igualdade exigir que as opções de planeamento correspondam a um fundamento racional bastante (princípio da igualdade imanente ao plano ou princípio da proibição do arbítrio), as consequências benéficas e onerosas das mesmas devem ser, igualmente,

²⁷ O termo *vinculação situacional* refere-se às restrições às possibilidades de utilização de um solo que são imanentes à sua especial situação factual (como a localização e as características físicas dos terrenos), as quais constituem como que um ónus que incide sobre o mesmo. Fruto da vinculação situacional são, por exemplo, as regras da insusceptibilidade de construção nos terrenos situados em leitos de cheia ou em zonas submersas ou alagadas. Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 323.

²⁸ *Idem*, p. 390.

²⁹ FERNANDO ALVES CORREIA, “A Execução dos Planos Directores Municipais. Algumas Questões”, in *RJUA*, n.º 3, 1995, p. 71.

repartidas proporcionalmente pelos destinatários das normas do plano (princípio da igualdade transcendente ao plano, nas suas modalidades de igualdade perante os encargos públicos e perante as oportunidades urbanísticas), não obstante — em face da dificuldade de distinção de quais são as normas do plano que afectam negativamente a esfera jurídica dos particulares, reduzindo ou eliminando as faculdades de utilização dos solos que já se haviam cristalizado na sua esfera jurídica, e aquelas que concedem benefícios a alguns particulares, mantendo intocada a posição de outros — o legislador, no artigo 18.º da LBOTU, tenha formulado uma preferência legal pela utilização dos *mecanismos de perequação*.

Estes encontram-se previstos nos artigos 5.º, alínea e), e 18.º da LBOTU e 135.º a 142.º do RJGT, apenas existindo o dever de indemnizar quando os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas, de efeitos equivalentes à expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados através dos mecanismos de perequação compensatória³⁰. Ora, é na execução dos planos que a perequação é operacionalizada, motivo pelo qual ela integra igualmente esta fase (se a previsão da perequação tem de constar dos instrumentos de planeamento, é na sua gestão é feita na fase da gestão urbanística).

b) Como decorre do princípio da igualdade que enforma toda a problemática da perequação de benefícios e encargos, *todos os planos* devem resolver os problemas de perequação que se colocam ao respectivo nível, ou seja, adequadas à respectiva escala.

Com efeito, atendendo ao facto de os planos municipais de ordenamento do território terem efeitos directamente vinculativos em relação aos particulares, definindo, pelas suas regras, o que cada um pode ou não fazer no seu solo, através das tarefas da classificação e qualificação dos mesmos, diferenciando os usos e, por isso, as posições jurídicas dos respectivos proprietários, todos eles, em função do grau de concretização das suas

³⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre esta temática, cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pp. 729 e ss.; e *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., pp. 393 e ss.

normas, terão de solucionar as desigualdades que as suas normas introduzem.

Até mesmo os planos de urbanização, relativamente aos quais a versão inicial do RJIGT não conferia qualquer papel a este propósito — tendo muitos Autores defendido que este estaria afastado das questões perequativas —, têm hoje, depois das alterações que a este propósito foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 310/2003 àquele regime, de definir também a “*estruturação das acções de perequação compensatória*” a desenvolver na área de intervenção [cfr. alínea i) do artigo 88.º].

Há, assim, uma obrigatoriedade de os planos municipais regularem as questões perequativas e darem resposta, do ponto de vista jurídico, às desigualdades por eles introduzidas, o que decorre de a lei considerar ser a perequação um *direito* dos cidadãos e um *dever* da Administração.³¹

Note-se, contudo, que a perequação é assumida pela lei não apenas como um *direito dos particulares*, mas também como um dever para a Administração, decorrendo esta obrigação perequativa de um conjunto de normativos, com especial relevo para os artigos 18.º da LBOTU (“os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares *devem prever* mecanismos equitativos de perequação compensatória...”); 135.º do RJIGT (“os proprietários *têm direito* à perequação compensatória de benefícios e encargos...”); 136.º, n.º 1 (“Os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares *devem prever* mecanismos directos ou indirectos de perequação...”); e 136.º, n.º 2, igualmente do RJIGT (“A aplicação dos mecanismos de perequação... realiza-se no âmbito de planos de pormenor ou de unidades de execução... segundo os critérios adoptados no plano director municipal”). Por sua vez, a lei determina que o plano director municipal deve fixar os *critérios perequativos* — os quais, devendo decorrer de uma leitura e de uma política para a globalidade do município, não têm de ser iguais para todo ele — e que os planos de urbanização e os planos de pormenor devem prever a *estruturação das acções de perequação*.

Na nossa óptica, a omissão legal à referência ao funcionamento da

³¹ O reconhecimento à perequação do estatuto de direito tem como consequência a possibilidade de os interessados, em nome do *princípio da tutela judicial efectiva*, poderem, inclusive, lançar mão dos meios judiciais adequados para obrigarem a Administração, caso o não tenha feito, a dar-lhe cumprimento.

perequação em áreas não integradas em plano de pormenor ou unidades de execução apenas pode ser interpretada num de dois sentidos: ou como não sendo possível, em zonas de expansão urbana, a ocorrência de licenciamentos não antecedidos de plano de pormenor ou unidades de execução (e essa será, efectivamente, a regra) ou, como parece mais adequado aos dados de facto e normativos actuais, que tal licenciamento, a ocorrer, deve obedecer a critérios de perequação que terão de estar definidos em plano director municipal.

A obrigação perequativa abrange, assim, todos os planos municipais de ordenamento do território³², os quais devem fornecer uma resposta a esta exigência adequada à respectiva escala de planeamento.

Tal não significa que não seja possível a existência, em concreto, de um instrumento de planeamento que não tenha de dar resposta a esta exigência, o que, em todo o caso, apenas poderá suceder sempre que a perequação se apresente, na situação concreta, como desnecessária. É o caso, por exemplo, de um plano de pormenor que abranja terrenos de um único proprietário (situação que, embora excepcional, não excluimos poder ocorrer sempre que a área em causa se apresente como adequada à definição de um desenho urbano coerente, integrado e potenciador de um crescimento urbano harmonioso) ou de um plano de pormenor cujo desenho urbano estabeleça já, ele próprio, a perequação, na medida em que distribui a edificabilidade pelos vários interessados na proporção dos respectivos terrenos na área de abrangência do plano. Note-se, porém, que esta possibilidade — de ausência de perequação em instrumentos de planeamento municipal — terá de ser devidamente fundamentada em face da situação concreta de planeamento.

c) No que concerne à determinação dos concretos mecanismos de perequação, a lei deixa uma ampla margem de discricionariedade aos municípios na determinação e na conformação dos concretos mecanismos de perequação a utilizar em cada caso. Com efeito, embora identifique mecanismos que podem ser utilizados para este efeito [cfr. as alíneas a) a c)

³² E também os planos especiais. Neste sentido, vide DULCE LOPES, “Planos Especiais de Ordenamento do Território. Regime e Experiência Portugueses em Matéria de Coordenação, Execução e Perequação”, *cit.*, pp. 83 e ss.

do artigo 138.º] e conforme o seu conteúdo (artigos 139.º a 142.º), a verdade é que aquela enumeração é meramente exemplificativa, não tendo os mecanismos que venham a ser criados pelos municípios de ser a eles reconduzidos.

Fundamental é que estes instrumentos cumpram os objectivos que o legislador lhes fixa (cfr. artigo 137.º do RJIGT).

Refira-se, com relevo nas questões que aqui nos ocupam, que a perequação funciona sempre, independentemente dos mecanismos que vierem a ser estabelecidos, com base numa mesma lógica: a de definição de um “benefício-padrão” — que equivale ao benefício que o plano deveria ter atribuído a todos caso os tratasse de forma igual —, e um encargo padrão relativo a um “benefício unitário”. Identificados estes, a perequação pressupõe sempre o funcionamento de *compensação* nas situações de desvio, para mais ou para menos, relativamente ao padrão. Esta compensação deve ser cobrada aquando da emissão dos correspondentes alvarás (ou outros títulos) de operações urbanísticas (cfr. a título de exemplo, o n.º 7 do artigo 139.º)³³, o que significa, ao contrário do que se possa pensar, que estas compensações (perequativas) não se encontram abrangidas pela proibição constante do n.º 4 do artigo 117.º do RJUE; pelo contrário, estas compensações correspondem a contrapartidas que têm clara concretização legal e, mais, são exigidas pelo legislador, não podendo o município eximir-se à sua consagração e aplicação.

A referida compensação poderá traduzir-se, basicamente, em terreno e/ou em numerário e pode ocorrer directamente entre proprietários e/ou entre proprietários e o município.³⁴ Assim, pode o município utilizar, como técnicas

³³ Consideramos que quanto a operação se traduza num reparcelamento dentro de uma unidade de execução previamente delimitada, o alvará a que se refere o artigo mencionado no texto é o correspondente a esta operação, o que significa que nessas situações a perequação não terá por referência cada um dos prédios que integram a operação de reparcelamento, mas a totalidade da área da unidade de execução. Neste caso, a perequação funciona a uma escala mais ampla (entre unidades de execução), o que não nos parece problemático por, dentro da unidade de execução, na medida em que o reparcelamento se baseia no critério da proporcionalidade, a perequação estar à partida garantida (para além de que não rigidifica as regras de relacionamento dentro da unidade)

³⁴ Precisamente por a referida compensação poder traduzir-se em dinheiro ou terreno, os quais podem reverter em benefício do município, é que o artigo 137.º do RJIGT determina que os mecanismos de perequação podem também funcionar como

perequativas:

	Entre proprietários	Com o município
Em terreno	Associação de Proprietários	Cedências de terreno para construção
Em numerário	Transferência de índices	Taxas Compensações

Se é certo que a perequação pressupõe *compensações*, terá de se determinar a fórmula para o respectivo cálculo (em dinheiro ou em espécie), isto é, tem de se determinar o valor do “desvio” ao “padrão” que há-de corresponder ao valor a pagar ao (ou a receber do) município. De forma a evitar que os instrumentos de planeamento se tornem demasiado pesados, estas questões podem ser remetidas para regulamento municipal, nada impedindo que sejam integradas nos respectivos regulamentos de taxas e compensações, que passará a regular, também, as compensações perequativas.

d) Como referimos antes, a concreta conformação do mecanismo de perequação depende, igualmente, da abrangência geográfica de cada processo perequativo, sendo a decisão relativamente a ela uma decisão importante. Assim, a perequação poderá referir-se à totalidade do território municipal; à totalidade de um aglomerado urbano; a cada uma das partes em que, para o efeito, poderá ser dividido o aglomerado urbano; a cada unidade de execução.

A primeira hipótese, pelo menos para os concelhos com grandes áreas rurais, traduzir-se-ia num “benefício-padrão” muito pequeno e, consequentemente, na socialização do direito de urbanizar, o que se afigura pouco compatível com os paradigmas da sociedade actual.

A última hipótese, para a qual parece apontar a lei e tem sido adoptada por muitos planos municipais, seria demasiado limitada. É certo que terá de haver perequação no interior de uma unidade de execução. Mas tal não é suficiente, porque deixaria de fora todas as operações urbanísticas não inseridas em unidade de execução e dificilmente asseguraria as cedências de terreno para infra-estruturas gerais. Considera-se, por isso, mais adequado que instrumentos de *arrecadação de receitas* [alínea b)] e de *política dos solos* [alíneas c) e d)].

as regras perequativas, a estabelecer pelo município, abranjam a globalidade do aglomerado urbano ou, em alternativa, grandes áreas, similares à partida, em que para o efeito este seja dividido.

A este propósito, ainda, deve acrescentar-se que, embora o legislador tenha assumido os planos de pormenor e as unidades de execução como o escalão mais adequado para o *funcionamento* (a aplicação) dos mecanismos de perequação, não pretendeu, contudo, com isto, afastar a possibilidade de os referidos mecanismos (bem como os respectivos critérios) poderem funcionar (encontrar-se previstos) nos planos directores municipais e nos planos de urbanização, instrumentos que permitem uma perequação mais abrangente: entre unidades de execução ou entre diferentes planos de pormenor.

Na nossa perspectiva, somando todas as considerações relevantes, devem os mecanismos de perequação, no que à sua abrangência geográfica diz respeito, ocorrer em *dois âmbitos geográficos*, complementares: o *global* (a estabelecer em plano director municipal ou plano de urbanização) e o *local* (a definir em unidade de execução), a estabelecer pelos proprietários.³⁵ No que ao âmbito geográfico global diz respeito, o município pode optar por tomar em consideração a totalidade do aglomerado urbano ou, para o efeito, dividi-lo em grandes partes,

³⁵ A unidade de execução, apontando sempre para uma parceria, exige explicitamente uma distribuição perequativa de benefícios e encargos entre os proprietários, no âmbito da correspondente operação urbanística (art.º 120.º, n.º 2). Tal perequação é, aliás, uma condição inerente e indispensável em qualquer parceria. É uma prática comum, ditada pelo bom senso, entre investidores que se associem para levar a cabo um qualquer empreendimento.

A participação de cada proprietário na parceria traduz-se desde logo no valor de respectivo terreno, o qual deve ser avaliado considerando a situação anterior à "entrada em vigor do plano" (artigo 122.º, n.º 4) e ao "início do processo" (artigo 132.º, n.º 2).

Mas a operação urbanística exige outros investimentos para além dos terrenos, nomeadamente a realização das obras de urbanização. Tais encargos podem ser suportados por todos os proprietários, na proporção do valor do respectivo terreno, do que resultará uma distribuição dos proveitos também na mesma proporção. No entanto, os proprietários podem decidir, entre si, uma diferente afectação desses encargos. E o processo pode incluir outros investidores (também por decisão dos proprietários) e pode incluir o Município (ocorre, necessariamente, no sistema de imposição administrativa e pode ocorrer no de cooperação). Nestes casos, será mais claro falar em parceria entre investidores e é de bom senso, então, que a distribuição dos proveitos da operação urbanística se faça não apenas entre os proprietários, mas entre todos os investidores, na proporção dos respectivos investimentos.

distinguindo, por exemplo, áreas consolidadas de áreas a urbanizar ou outras unidades geográficas.

Fernanda Paula Oliveira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

DAS CEDÊNCIAS E COMPENSAÇÕES PARA O DOMÍNIO (PÚBLICO) MUNICIPAL**Sumário**

1. Referenciação normativa e âmbito de aplicação; **2.** O regime: previsão de áreas para fins colectivos; **3.** O estatuto das áreas destinadas a fins colectivos: estatuto privado e estatuto dominial; **4.** Regime especial de afectação das parcelas cedidas: a reversão; **5.** A integração das parcelas no domínio municipal: a distinta solução consoante se trate de operação sujeita a licenciamento ou a comunicação prévia; **6.** As compensações; **7.** O modelo de gestão dos espaços cedidos: a gestão por privados;

1. A temática sobre que incide o presente texto tem como referência normativa imediata os artigos 43.º e 44.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE¹), os quais, por sua vez, muito embora se encontrem sistematicamente inseridos na parte do RJUE referente às *operações de loteamento urbano*, vêm a sua aplicação ser estendida, embora de forma diferenciada, como veremos, às *operações com impacte semelhante a um loteamento* (por força do artigo 57.º, n.º 5 do RJUE) e às que têm um *impacte urbanístico relevante* (por determinação do n.º 5 do artigo 44.º).

Corresponde, assim, esta parte do regime de urbanização e edificação, a uma tentativa de unificação do regime dos encargos das operações urbanísticas, o qual não deve ser desenhado, como tradicionalmente, em função do tipo de operação em causa (loteamento urbano ou outra), mas sobretudo e principalmente em função da carga que a operação gera no território.

É certo que inicialmente era esse também o critério: a exigência de cumprimento de maiores encargos nos loteamentos urbanos tinha como pressuposto o maior peso (ou a maior carga) destes sobre território, precisamente porque, permitindo a divisão fundiária para efeitos de construção, implicavam necessariamente uma maior ocupação territorial que

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março e pela Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro.

as restantes operações (como a edificação isolada). A realidade veio, contudo a demonstrar o contrário — como sucedeu, apenas a título de exemplo, com as propriedades horizontais sobre conjuntos imobiliários que, apresentando-se como operações com uma carga em tudo equivalente a um loteamento urbano, eram, antes do alargamento do respectivo regime, tratadas, do ponto de vista urbanístico, como obras de edificação, o que não garantia um tratamento adequado dos impactes destas operações no território.

2. O que dispõe o artigo 43.º do RJUE, com relevo para as operações a que aqui nos referimos, é que os projectos a elas relativos devem prever áreas destinadas a usos colectivos — áreas para espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos —, correspondendo a uma das exigências essenciais para a obtenção de um adequado ordenamento do território, em especial na sua vertente de racionalização da ocupação da urbe e de um “ambiente urbano” apropriado.

A definição dos parâmetros de dimensionamento das parcelas a afectar a cada uma destas finalidades cabe, nos termos do n.º 2 do artigo 43.º, aos planos municipais de ordenamento do território. Antes da formulação introduzida pela Lei n.º 60/2007, o artigo 128.º, n.º 3 do RJUE determinava que até ao estabelecimento dessas áreas nestes instrumentos de planeamento territorial, continuavam os mesmos a ser fixados por Portaria do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território². O artigo 128.º foi, no entanto, objecto de revogação por aquela lei, tendo o seu conteúdo normativo passado a integrar apenas n.º 3 do artigo 6.º da mesma — disposição que constituiu a base legal para a edição da mais recente Portaria n.º 216 -B/2008, de 3 de Março. O desaparecimento desta referência do corpo do RJUE tem o

² De referir que, ao contrário do que chegou a ser defendido, a portaria nunca teve como objecto os planos municipais de ordenamento do território, mas apenas as operações de loteamento e somente nas situações em que os planos municipais de ordenamento do território não tivessem fixado, eles mesmos, parâmetros próprios de dimensionamento, inclusive parâmetros para situações diferenciadas das previstas naquela portaria (como sucede, designadamente com a individualização de parâmetros para áreas turísticas ou com a fixação de diferentes critérios de contabilização das áreas). Cfr., neste sentido, *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, CEDOUA/ FDUC/IGAT, Coimbra, Almedina, 2005, (de que somos co-autoras), pp. 104 e ss..

sentido de que esta Portaria, para além de supletiva, é agora, também, transitória. De onde decorre que os parâmetros para o dimensionamento das áreas a destinar aos usos colectivos supra referidos é actualmente matéria que integra o conteúdo obrigatório dos planos municipais de ordenamento do território³.

3. a) Como se pode concluir de uma leitura atenta do expressamente disposto no n.º 3 do artigo 43.º, as áreas a afectar a espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos não têm necessariamente de ser cedidas e integrar sempre o domínio municipal. Com efeito, admite-se o estabelecimento (ou mesmo a imposição) por plano de espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos privados, salvaguardado o respeito pelo princípio da igualdade.

De facto, a formulação do n.º 3 é inequívoca no sentido de distinguir as áreas afectas às finalidades indicadas neste artigo (e respectivos parâmetros de dimensionamento), das áreas para cedência ao município previstas no artigo subsequente, admitindo que as primeiras integrem quer as parcelas de natureza privada a afectar àqueles fins, quer as parcelas a ceder ao município.

O artigo 43.º apenas exige que as operações de loteamento (e outras equivalentes) devem prever parcelas de terrenos a estas finalidades, independentemente de as mesmas se manterem propriedade privada ou passarem a integrar o domínio municipal.

Tal significa que as parcelas que, nos termos do artigo 43.º, devam ser destinadas para determinados usos colectivos podem assumir um dos

³ Tal permite clarificar algumas questões que se têm colocado na nossa jurisprudência e que se prendem com as situações em que os planos, em vez de formularem opções específicas de planeamento, remetem para (ou absorvem) os termos da portaria que fixa os parâmetros de dimensionamento, o que coloca a questão de saber se a violação de tais parâmetros corresponde a uma violação de plano geradora de nulidade ou, pelo contrário, é apenas uma violação da lei geradora de mera anulabilidade. Este é um problema que, como decorre do que afirmamos no texto, deixará futuramente de se colocar, na medida em que a sanção será sempre a aplicável à violação de opções próprias do plano. Sobre a verificação de violação de plano como vício gerador de nulidade apenas nos casos em que esteja em causa a violação de uma opção própria do plano (e não uma violação de outras normas que, não obstante este, sempre se aplicariam), vide o nosso *Nulidades Urbanísticas. Casos e Coisas*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 130 e ss.

seguintes estatutos:

- (i). *Domínio público municipal*, se se tratar de área para espaços verdes públicos (isto é, destinados ao livre acesso e permanência de todos e por todos) ou equipamentos de utilização colectiva ou infra-estruturas que devam integrar o domínio público municipal *por força da lei ou do próprio plano*.

Assim, a título de exemplo, haverá obrigatoriedade de cedência de parcelas para o domínio municipal se a operação de loteamento prever a implantação de um arruamento central que fará a ligação entre duas ruas da cidade e que servirá por isso, a circulação viária de todo o trânsito urbano: as parcelas a afectar à construção daquela infra-estrutura viária têm, por imposição da lei, de ser cedidas para o domínio público municipal (da circulação).

- (ii). *domínio privado municipal*: após as alterações ao RJUE introduzidas pela Lei n.º 60/2007, as cedências ao município passaram a poder ser feitas quer para o domínio público quer para o domínio privado municipal, não formulando a lei qualquer relação de preferência entre ambas, excepto, naturalmente, nas situações em que, por natureza, os espaços cedidos devam integrar o domínio público (como sucederá com o exemplo referido no ponto anterior).

O que significa que o município passa a ter agora a possibilidade de definir com maior maleabilidade, o estatuto das áreas que lhe são cedidas, conferindo a integração da cedência no domínio privado uma maior flexibilidade na sua gestão, já que esta não se encontra limitada pelo regime restritivo dos bens públicos (imprescritibilidade, impenhorabilidade, impossibilidade de celebrar sobre eles negócios jurídicos privados).

Assim, sobre estas parcelas podem constituir-se direitos ou celebrar negócios jurídicos de direito privado, podendo as mesmas, por exemplo, ser dadas de arrendamento ou ser objecto de direito de superfície para a instalação de um equipamento desportivo de uso publico. Efectivamente, nenhum imperativo existe que imponha, em grande parte das situações, um estatuto de dominialidade pública dos bens municipais, podendo mesmo a

sujeição a este regime constituir um factor de desincentivo na gestão dos mesmos, já que os mecanismos para o efeito, sobretudo a concessão de uso privativo do domínio público, não são os mais atractivos do ponto de vista de mercado. Esta situação conduziu, mesmo, a que o município preferisse muitas vezes a recepção de compensações em espécie, já que, estas sim, ingressariam na sua titularidade privada⁴.

(iii). *propriedade privada sujeita ao regime das partes comuns do regime da propriedade horizontal*

O n.º 4 do artigo 43.º determina que constituem partes comuns dos lotes resultantes das operações de loteamento e dos edifícios que neles venham a ser construídos os espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos que, de acordo com o loteamento, devam revestir natureza privada. Determina expressamente,

⁴ Refira-se, quanto às operações com *impacte semelhante a um loteamento*, que o n.º 5 do artigo 57.º do RJUE apenas remete para a aplicação do n.º 43.º e não já para o artigo 44.º, ao contrário do que sucede com as operações com *impacte urbanístico relevante* constante do n.º 5 do artigo 44.º, em relação às quais se prevê expressamente a sua sujeição a cedências e compensações. Este último conceito aparece como mais amplo que o de “edifícios contíguos e funcionalmente ligados entre si que determinem, em termos urbanísticos, impactes semelhantes a uma operação de loteamento”, pois permite, a título de exemplo, que um só edifício (e não um conjunto imobiliário) possa ser equiparado aos loteamentos para efeitos de encargos.

A não previsão de cedências nas situações das propriedades horizontais sobre conjuntos imobiliários baseava-se no pressuposto de que a *unidade funcional* entre os edifícios apenas seria garantida através da manutenção das áreas destinadas a zonas verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos em propriedade privada. Nada impede, porém, os municípios de, nos respectivos regulamentos municipais, integrarem as obras com impactes semelhantes a loteamentos (no âmbito das quais não se podem exigir cedências) no elenco das operações com *impacte urbanístico relevante* (onde aquelas são exigíveis). De modo a que esta solução não se apresente como contraditória com a unidade predial subjacente aos conjuntos imobiliários, as cedências terão, nestes casos, de ser feitas não nos meandros do projecto do conjunto imobiliário, mas bordejarem o mesmo, por exemplo, para efeitos viários. Vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES E FERNANDA MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, comentário aos artigos 44.º e artigo 57.º.

Chame-se ainda a atenção para que os municípios, no âmbito dos seus regulamentos municipais, tenham particular cautela no desenho da norma que define quais as operações urbanísticas com *impacte relevante*, de modo a evitar uma duplicação de encargos (cedências ou compensações) no caso em que, por exemplo, dentro de uma operação de loteamento sejam organizados vários conjuntos imobiliários. Neste caso, é necessário que se preveja um mecanismo de desconto das áreas ou montantes já pagos, de modo a excluir um locupletamento ilegítimo da Administração.

a este propósito, o mesmo número, que essas partes comuns sejam regidas pelo disposto nos artigos 1420.º a 1438.º do Código Civil.

É o que sucederá, por exemplo, quando o projecto de loteamento prevê um conjunto de equipamentos (v.g. um parque de divertimento infantil, um ringue de patinagem, um campo de futebol), para uso exclusivo daqueles que venham a viver na zona loteada, situação em que as parcelas para estes fins não têm, naturalmente de ser cedidas, permanecendo propriedade privada.

Repare-se que não está aqui verdadeiramente em causa a constituição de uma propriedade horizontal, não lhe sendo aplicável, desde logo, o regime notarial da sua constituição. O que sucede é apenas do aproveitamento de um regime legal pré-definido que já se mostrou idóneo na resolução dos litígios surgidos entre privados no aproveitamento de zonas comuns.⁵ Tal pressupõe, porém, Mas tal pressupõe necessariamente a necessidade de os interessados se organizarem em termos idênticos aos da propriedade horizontal de forma a garantir uma gestão eficiente e uma assunção cabal pelos mesmos dos encargos decorrentes da sua gestão sustentável.

Por força do estatuto para que o n.º 4 do artigo 44.º remete, o conjunto dos direitos de propriedade sobre os lotes e de compropriedade sobre as partes comuns do loteamento é incindível, de modo a que, nenhum deles pode ser alienado separadamente.⁶

Por vezes, embora as parcelas se mantenham propriedade privada, é lhe conferido um uso colectivo (público ou geral), o que, embora com um estatuto distinto confere a estas parcelas uma função muito próxima da que é reconhecida às parcelas cedidas ao município.

⁵ Cfr. António Duarte de ALMEIDA e outros, *ob. cit.*, comentário aos artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 448/91.

⁶ Neste sentido entendeu o Parecer da DGRN R.P.142/98.DSJ.CT que deve ser recusada, por manifesta nulidade do facto a registar, a inscrição de aquisição de espaços verdes integrados em loteamento urbano, ainda que licenciado ao abrigo de legislação anterior ao Decreto-Lei n.º 448/91, fundada em compra e venda celebrada já no domínio da lei nova, nos termos da qual o proprietário do prédio loteado, à revelia dos proprietários dos lotes ou dos demais proprietários dos lotes, proceda à alienação, em separado, dos referidos espaços verdes. Com efeito, tal negócio jurídico é nulo não só porque, em qualquer caso, se reconduz a uma alienação de coisa alheia, mas também por contrariar normas imperativas como são aquelas que fixam a proibição da alienação em separado desses bens.

(iv). A doutrina vem-se referindo a uma alternativa às vias apontadas anteriormente e que fica a meio caminho entre a manutenção das parcelas destinadas àqueles fins propriedade privada e à sua cedência para domínio (público ou privado) municipal: a *constituição sobre as mesmas de direitos reais menores* em favor, por exemplo, do município, que garanta a sua afectação para os fins referidos.⁷ Esta solução seria uma decorrência do princípio da proporcionalidade permitindo que as cedências se refiram a partes cindíveis do direito da propriedade (por exemplo, cedência apenas do solo para construção de uma via, mantendo-se em propriedade privada o subsolo e espaço aéreo correspondente, que podem ser utilizados para outros fins: por exemplo, o subsolo para estacionamento e o espaço aéreo para ligação entre edifícios)⁸.

Nestas alternativas não está a da integração das parcelas destinadas para estas finalidades em *lotes*. Com efeito, dada a finalidade a que se destinam, as mesmas não devem ser sujeitas ao tradicional regime jurídico da propriedade privada que incide sobre os prédios que tenham aquele estatuto, correspondendo, antes, a parcelas diferenciadas integradas no loteamento, assegurando-se, deste modo, o seu papel estruturante no âmbito deste e permitindo-se que a edificabilidade a concretizar nessas áreas – sobretudo se em causa estiver um equipamento e sempre na dependência do que o plano municipal determinar – não sejam contabilizadas para efeitos de cumprimento dos índices urbanísticos ou de realização de encargos⁹.

⁷ Assim o defende ANA RAQUEL MONIZ, “Cedências para o domínio municipal: algumas questões”, *Direito Regional e Local*, n.º 04, 2008

⁸ Esta solução traz maior flexibilidade na medida em que, no caso de cedências para o domínio público que tenha incidido sobre o solo, subsolo e espaço aéreo correspondente, a possibilidade de o interessado utilizar, para fins privados, quer o subsolo quer o espaço aéreo apenas será possível por intermédio de uma concessão de uso privativo daquelas áreas para que os interessados delas possam fazer uma utilização privada.

⁹ Considerando, porém, que estas parcelas podem ficar propriedade privada, e de forma a garantir uma sua mais eficaz e sustentável gestão (de forma a não penalizar os adquirentes dos lotes nos encargos que têm, em relação a elas, de assumir), consideramos que poderia ser ponderada a hipótese de estas áreas poderem ser integradas em *lotes* (objecto de direito de propriedade individual), desde que estes fossem sujeitos a um regime especial no que concerne à «garantia da sua afectação ao fim que o justifica”.

b) Ao contrário do que possa pensar-se, o legislador não estipulou qualquer preferência quanto ao estatuto a atribuir às parcelas a destinar às finalidades identificadas no n.º 1 do artigo 43.º. Efectivamente, o legislador deixou em aberto a concreta opção quanto à existência ou não de cedências, opção que tem um natural impacte na forma de fazer cidade (potenciando-se uma cidade aberta ou fechada consoante se exija ou não a cedência destas parcelas para o domínio municipal)¹⁰. A opção quanto a este aspecto deve ser tomada pelo município no respectivo plano director municipal, ao qual cabe, nos termos da alínea r) do artigo 85.º do RJIGT, fixar os *critérios para a definição das cedências* de uma forma devidamente articulada com a *estratégia urbana* que pretende promover.

Assim, se pretender reforçar uma política urbana assente numa concepção de cidade aberta aos cidadãos — a qual é garantida, designadamente, pela existência de espaços públicos e equipamentos abertos a toda a população —, pode o município determinar, como regra, a *obrigatoriedade de cedências*, embora as possa dispensar em determinadas circunstâncias, por exemplo, quando as áreas verdes de utilização colectiva ou destinadas a equipamentos, exigíveis por aplicação dos parâmetros de dimensionamento, tenham uma reduzida dimensão ou uma configuração que torne inviável a sua utilização para os fins pretendidos ou quando não seja possível garantir uma correcta inserção urbanística das áreas destinadas a apoio colectivo, tendo em conta as características físicas e funcionais do espaço envolvente da operação urbanística¹¹.

¹⁰ Com efeito, e como referimos, a lei admite, no limite, que um loteamento ou operação com impacte similar, ainda que tenha de prever áreas para zonas verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos, não tenha de as ceder ao município, as quais, embora fiquem sujeitas a um estatuto específico (constante do n.º 4 do artigo 43.º), permanecem propriedade privada. Não deve, assim, confundir-se a existência de *parâmetros de dimensionamento* das áreas para zonas verdes, infra-estruturas e equipamentos com *parâmetros de cedências*, já que aqueles parâmetros são cumpridos ainda que as parcelas permaneçam propriedade privada sujeita a um estatuto especial (o do n.º 4 do artigo 43.º do RJUE).

¹¹ Nos termos do artigo 145.º do Plano Director Municipal de Gaia (Aviso n.º 14327/2009, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 155, de 12 de Agosto de 2009) “1 - A cedência ou a dotação de área de apoio colectivo pode ser total ou parcialmente dispensada em casos devidamente justificados, de acordo com a seguinte tipificação: (...) d) Inviabilidade, pela sua reduzida dimensão ou

Caso o município, não pretendendo fazer uma opção expressa ou definitiva sobre esta matéria, pretenda, ainda assim, incentivar cedências para o domínio municipal, nada impede que fixe parâmetros diferenciados (menos ou mais exigentes) consoante as parcelas destinadas àquele fim se destinem a cedência ou não, respectivamente¹².

Nos casos em que não exista uma expressa opção sobre esta matéria nos planos municipais existem limitações jurídicas, instituídas de forma a balizar a discricionariedade de que a Administração dispõe na definição de quais as áreas que devam integrar o domínio municipal por efeito do loteamento ou operação similar.

De facto, do n.º 4 retira-se que o município não pode exigir tais cedências se o prédio já se encontrar servido pelas infra-estruturas referidas na alínea h) do artigo 2.º ou não se justificar a localização de qualquer equipamento público ou espaço verde público no referido prédio, o que implica da parte dele um esforço de fundamentação da necessidade de tais áreas (públicas) para se promover um adequado ordenamento urbanístico da zona em questão. Complementarmente, o n.º 2 do artigo 44.º, refere que o requerente ou comunicante deve assinalar as áreas de cedência ao município em planta a entregar com o pedido de licenciamento ou comunicação prévia, do que decorre que, caso a Administração não concorde com esta definição feita pelo particular, ou inicia com este um procedimento de contratualização, de modo a definir uma base de acordo quanto a esta matéria, ou apenas lhe

configuração, das áreas verdes, de utilização colectiva ou destinadas a equipamentos, exigíveis por aplicação dos parâmetros estabelecidos no n.º 2 do artigo anterior; e) Manifesta impossibilidade de uma correcta inserção urbanística das áreas destinadas a apoio colectivo, tendo em conta as características físicas e funcionais do espaço envolvente do loteamento."

¹² Veja-se o caso do disposto no artigo 144.º, n.º 3 do Plano Director Municipal de Gaia nos termos do qual: "3 -Para efeitos do cumprimento de dotação mínima estabelecida no número anterior contabilizam -se: a) As áreas de cedência efectiva, pela sua dimensão real; b) As áreas de natureza privada a afectar aos mesmos fins de apoio colectivo, de acordo com as seguintes equivalências: i) Quando se tratar de áreas de parcelas que constituam parte comum de conjuntos de lotes (Acom), o valor contabilizável (VC) resulta do produto do factor 0,8 pela área das partes comuns: $VC = 0,8 \times Acom$; ii) Quando se tratar de áreas de logradouros individuais dos lotes ou parcelas, o valor contabilizável (VC) é o da área do lote ou parcela (Alot) que exceda 1 500 m² ou a soma da área de implantação da edificação do lote ou parcela (Aimp) com o valor numérico da respectiva área bruta de construção (Abc), se o valor da referida soma for superior a 1 500 m²: $VC = Alot - 1\,500\,m^2$, se $(Aimp + Abc) < 1\,500\,m^2$; $VC = Alot - (Aimp + Abc)$, se $(Aimp + Abc) > 1\,500\,m^2$."

resta indeferir a proposta apresentada pelo particular, motivando-se no fundamento técnico de a operação em causa constituir uma sobrecarga para a Administração no que à previsão de tais espaços diz respeito.

No caso da comunicação prévia, esta definição decorrerá do pedido de informação prévia que antecedeu a apresentação do projecto de loteamento, pelo que a tarefa de definição das cedências deve estar concluída no momento do início do procedimento de comunicação prévia. Não obstante, na medida em que este procedimento se pode referir a edifícios com impacte urbanístico relevante, é importante que os Regulamentos Municipais definam critérios para as áreas de cedência (áreas mínimas, localização preferencial, etc.), que permitam orientar o comunicante na identificação das áreas a ceder.

Constata-se, assim, como a actuação municipal, mesmo que discricionária, não equivale a actuação arbitrária, devendo as entidades municipais reger a sua intervenção neste domínio pelos princípios fundamentais que conformam a actuação da Administração, principalmente pelo princípio da proporcionalidade, não exigindo a cedência de áreas quando estas não sejam necessárias.

Questão relevante que a este propósito se coloca é a do momento para a definição da submissão das cedências a um ou a outro regime de titularidade pública (domínio público ou domínio privado). Ora, quanto a este aspecto, não obstante a formulação equívoca do n.º 3 do artigo 44.º, consideramos que é no alvará ou no instrumento notarial que essa identificação deve ser feita, pois é esse o instrumento que “fixa” a destinação da parcela. Claro que, quando em causa estejam áreas relativamente às quais não há ainda certezas quanto à sua destinação – pense-se na previsão de um espaço para equipamento mas sem alusão ao tipo deste – , o mais razoável será fazê-lo ingressar no domínio privado da Administração municipal, já que é este o regime regra e o mais flexível à disposição desta.

Caso, posteriormente, se venha a revelar necessário fazer ingressar essa área no domínio público, poderá sempre o órgão competente – que, neste caso particular é a assembleia municipal, já que consideramos inexigível para o efeito a concretização de uma qualquer alteração à licença ou

comunicação prévia – fazê-lo através da prática do acto correspondente de afectação.

4. As parcelas que são cedidas para o domínio municipal ficam afectas a um regime de especial afectação ao respectivo fim. Esta afectação das parcelas à finalidade pública prevista no acto autorizativo não é, no entanto, um exclusivo das parcelas integradas no domínio público do município que, por esse motivo, sempre ficariam sujeitas a um regime particularmente restritivo de direito público, mas também daquelas que ingressam, a título de cedências, no seu domínio privado. Estas, quer se entenda que integram o domínio privado indisponível do município, quer se defenda que estão ligados por um vínculo jurídico-público de destinação, não podem ser utilizados para outra finalidade, por recair sobre a Administração a obrigação de não conferir às parcelas subtraídas à propriedade dos particulares uma finalidade diversa daquela que a havia fundamentado. Por isso é que sempre que estas parcelas sejam afectas a fins distintos daqueles para as quais foram cedidas, há direito de reversão nos termos regulados no artigo 45.º do RJUE¹³.

Nada impede, porém, que as parcelas cedidas (assim como as afectas aos fins colectivos mas que se mantenham em propriedade privada) possam ser objecto de alteração de alteração por iniciativa da câmara, ainda que em coordenação com um privado. Tal assim é por as cedências feitas no âmbito de uma operação de loteamento *estar dependente do arranjo urbanístico* nela proposto, pelo que mudando este, poderá justificar-se uma alteração do desenho das cedências.¹⁴ Fundamental é que no novo arranjo urbanístico se garanta o cumprimento das exigências que nesta matéria são demandadas para o arranjo inicial.

5. Quando o município conclua pela necessidade de realização de cedências para o domínio municipal e se esteja no âmbito de um procedimento de

¹³ Para mais desenvolvimentos vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, *cit.*, comentário ao artigo 45.º

¹⁴ A este propósito vide Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 20 e Outubro de 1999, proc. 44470, objecto do nosso comentário “Cedências para o domínio público e alterações a loteamento: como conciliar?” Anotação ao Acórdão do STA de 20.10.1999”, P. 44470, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 21, 2000.

licenciamento, as áreas a ceder continuam a integrar-se no domínio (público ou privado) do município com a emissão do alvará.

No âmbito da comunicação prévia, a solução é diferente, na medida em que não há lugar a emissão do alvará, mas apenas à admissão da mesma. Nestes casos, o legislador institui como título para a efectivação de tais cedências a realização de instrumento próprio pelo notário privativo da câmara municipal, instrumento este que, contudo, não necessita de revestir a forma de escritura pública (em consonância com as alterações legais para a transmissão de imóveis, que dispensa a intervenção de notário).

Ao contrário do que sucede com o licenciamento, em que a cedência é concomitante com a emissão do alvará (que desencadeia os efeitos daquele acto), no caso da comunicação prévia coloca-se impreterivelmente a questão de saber em que momento deve aquele instrumento notarial ocorrer.

A este propósito, determinava o n.º 3 do artigo 44.º, na versão anterior ao Decreto-Lei n.º 26/2010, que o referido instrumento notarial devia ter lugar antes da "formação" do acto de admissão da comunicação prévia, o que era justificado pela necessidade de evitar que o cumprimento desta exigência ocorresse em momento posterior à emanção do acto autorizativo (momento em que o acto começa a produzir efeitos), de forma a impedir situações em que estas cedências acabassem por não ocorrer, como sucedia antes, quando o alvará não tinha o efeito translativo da propriedade.

Esta opção colocava, porém, um conjunto de problemas. Era o caso, por exemplo, da necessidade de garantir que a transmissão da propriedade fosse concomitante com a produção dos efeitos da admissão da comunicação prévia, o que era conseguido considerando-se existir uma cláusula implícita de suspensão dos seus efeitos àquela admissão.

Outra questão que a este propósito despontava prendia-se com o facto de o referido instrumento próprio poder não ter lugar no prazo estipulado, situação que podia ocorrer quer por impossibilidade municipal (por o prazo da comunicação prévia se poder apresentar como demasiado exíguo para o efeito), quer por impossibilidade do comunicante. Excluída a possibilidade de o município rejeitar com base neste motivo a comunicação prévia, já que este não corresponde a um dos fundamentos da rejeição (cfr. artigo 36.º, n.º 1),

defendíamos, à luz da versão anterior, que a eficácia daquele acto não podia ficar dependente da celebração do referido instrumento negocial.

Efectivamente, a aposição de uma condição suspensiva implícita no caso em apreço equivaleria, nos casos em que o instrumento não fosse celebrado por impossibilidade do município, a uma oneração do comunicante que não se coadunava com o modelo garantístico da comunicação prévia. Concluíamos, por isso, que em causa estava a aposição implícita de um *modo* ao acto de admissão da comunicação prévia, cláusula acessória esta que permitia que qualquer uma das partes interessadas pudesse exigir da outra, ainda que judicialmente, a celebração do instrumento em falta e sem que para tal seja necessário sustentar a eficácia do acto administrativo praticado¹⁵.

Estas questões já não se colocam, uma vez que o Decreto-Lei n.º 26/2010 veio introduzir uma alteração ao n.º 3 do artigo 44.º, o qual passou a prever que o instrumento notarial de transmissão da propriedade deve ocorrer no prazo de 20 dias após a admissão da comunicação prévia. Opção que nos parece razoável por a tramitação da comunicação prévia não ser, em regra, compaginável com a realização do referido instrumento notarial dentro daquele prazo. E no caso de, admitida a comunicação prévia, o interessado não se disponibilizar para efectuar a cedência, a resposta é a mesma que então apontávamos para a hipótese em que o acto de transmissão da propriedade não tivesse lugar no prazo estipulado: a da aposição implícita de um *modo* ao acto de admissão da comunicação prévia.¹⁶

Não podemos deixar de nos reportar, a este propósito, a uma situação com cada vez maior relevo. No caso de planos de pormenor com efeitos registais, o n.º 6 do artigo 92.º-A do RJIGT determina que as parcelas cedidas se integram no domínio municipal no acto de individualização no registo predial dos lotes respectivos. Nesta situação, o registo possui natureza constitutiva, dele decorrendo o efeito real translativo da propriedade das parcelas de terreno para o município, ocorrendo este efeito translativo em

¹⁵ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇÃS, *cit.*, comentário ao artigo 44.º

¹⁶ Neste sentido, cfr. o nosso As mais recentes alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Breves reflexões sobre o Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março – 10, pp. 3-14

bloco por o reparcelamento dever ser registado de forma unitária¹⁷.

6. O artigo 44.º, n.º 4 do RJUE estabelece o ónus de pagamento de uma compensação ao município, em numerário ou em espécie nos termos a definir em regulamento municipal quando o prédio a lotear já esteja servido de infra-estruturas urbanísticas ou não se justifique a localização de qualquer equipamento ou espaços verdes públicos. Nestas duas situações, a compensação serve como contrapartida pelo facto de o promotor tirar partido da prévia existência, na zona, de infra-estruturas, equipamentos ou espaços verde públicos, dispensando-o de prever, no seu loteamento (ou operação equiparada), áreas afectas a este fim e, naturalmente, de as ceder ao município.

A estas duas situações que se encontravam já previstas no Decreto-Lei n.º 448/91, o RJUE veio aditar uma outra: aquela em que, não estando a área servida por infra-estruturas, equipamentos ou espaços verdes — tendo por isso o promotor de as prever no seu projecto —, as respectivas parcelas permaneçam com um estatuto privado como partes comuns dos lotes, das construções neles erigidas ou respectivas fracções autónomas.

Esta situação é, no entanto, substancialmente diferente das primeiramente referidas e suscita-nos algumas reservas, já que não permite um cabal entendimento da figura das compensações, que tem sido considerada como uma fórmula próxima das taxas sujeitas, por isso, ao teste da proporcionalidade inerente a estas¹⁸. É que, nas hipóteses em que haja previsão de áreas privadas para os fins indicados — em especial, mas não só, quando estas áreas sejam afectas, no acto administrativo de licenciamento ou admissão de comunicação prévia, a um uso genérico pelo público e não apenas a um uso colectivo (pelos titulares de direitos naquelas operações) —, não pode afirmar-se um qualquer nexo de corresponsabilidade entre as prestações do particular (que fica duplamente onerado com a realização e manutenção das infra-estruturas, equipamentos e espaços verdes e, ainda,

¹⁷ JOÃO BASTOS, “O Plano de Pormenor Enquanto Título de Transformação Fundiária com Repercussão no Registo Predial”, Coimbra, 2008, disponível em www.fd.uc.pt/cenor.

¹⁸ CASALTA NABAIS, “Fiscalidade do Urbanismo”, in *Actas do I.º Colóquio Internacional – O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo* (CEDOUA, FDUC, APDU), Coimbra, Almedina, 2002, p. 55

com o pagamento da compensação) e a prestação municipal de disponibilização dessas áreas — , inexistentes neste caso.

Tanto mais porque a opção quanto ao estatuto (municipal ou privado) destas áreas depende (deve depender), como vimos, de um juízo formulado pelo próprio município, a qual deve constar do plano director municipal onde se definem, precisamente, os critérios para as cedências. De onde decorre que é ao município que cabe avaliar a necessidade de espaços para estes fins pertença do município — tornando-as obrigatórias quando tal necessidade existir —, ou não as exigindo se tal não ocorrer.

Ora, não seria compreensível que o município exigisse a previsão de áreas para estes fins (precisamente por a zona não ser por elas servida, logo entendendo que as mesmas são necessárias), considerando, porém, desnecessária a sua cedência (satisfazendo-se, deste modo, com a sua previsão com um estatuto meramente privado), mas depois vir exigir compensações por essa cedência não ter sido efectuada (precisamente por a ter considerada desnecessária).

Uma leitura desta norma no sentido apontado pode levar os municípios, por dificuldades económicas que muitas vezes justificam as suas decisões, a exigir a previsão destas áreas nos projectos que lhe sejam apresentados para apreciação, mas não impor a sua cedência apenas para depois exigir compensações.

De onde decorre não considerarmos ser fundamento para esta compensação o “minus” que decorre para o património municipal pelo facto de os bens em causa se manterem em propriedade privada. Pelo contrário, a figura das compensações não é senão um mecanismo de reposição da igualdade entre administrados: por um lado, daqueles que são onerados com cedências ou com a previsão de áreas que se mantêm na sua titularidade privada e, por outro, daqueles que não são onerados com qualquer uma destas imposições. Daí que as compensações devam relacionar-se não tanto com o facto de haver (ou não) cedências para o domínio municipal, mas sobretudo com o facto de se mostrarem respeitados no projecto os parâmetros de dimensionamento aplicáveis. Trata-se de uma compensação por não cumprimento dos parâmetros e não uma compensação por não

cedências.

A este propósito, regulamentos municipais há que têm vindo a identificar esta situação — a da previsão de áreas privadas, em especial de tiverem um uso público — como uma das hipóteses em que é legítima a previsão de descontos nas compensações a pagar.

Na nossa óptica, estas compensações não estiveram pensadas, na sua origem, para funcionar como mecanismos perequativos; o que o legislador pretendeu com a sua instituição foi, apenas e somente, garantir que à operação fossem associadas valências de interesse colectivo, para usufruto dos futuros proprietários ou utilizadores dos “resultados” da operação urbanística licenciada. Por isso mesmo, não se exige — nem nunca se exigiu — que as áreas dimensionadas para aqueles fins (em função da carga construtiva prevista na operação) tenham de ser cedidas ao município, podendo manter o estatuto privado e funcionar como espaços comuns aos lotes ou edifícios e fracções constituídos em virtude da operação urbanística.

É certo que as mesmas não podem ser alheias a juízos de equidade, pois sendo consideradas uma figura muito próxima das taxas urbanísticas, encontram-se vinculadas ao teste da proporcionalidade inerente a estas¹⁹, exigindo-se, assim, um nexo de corresponsabilidade entre as prestações do particular e as prestações municipais²⁰.

Ao contrário do que sucede com as cedências a que se refere o n.º 1 do

¹⁹ CASALTA NABAIS, “Fiscalidade do Urbanismo”, in *Actas do Iº Colóquio Internacional - O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, (CEDOUA, FDUC, APDU), Coimbra, Almedina, 2002, p. 55. Note-se que, mesmo à luz da nossa Lei Fundamental — artigo 165.º, n.º 1, alínea i) da Constituição da República Portuguesa —, é legítimo equiparar, designadamente no que se refere às exigências de precedência e reserva de lei, as compensações às taxas urbanísticas, uma vez que aquela norma sujeita ao mesmo regime constitucional as taxas e as “demais contribuições financeiras”. Assim sendo, em face da analogia substancial entre taxas e compensações, consideramos serem estas regidas por princípios e sujeitas a exigências similares àquelas. Em sentido concordante, vide JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, “Sobre o Princípio da Legalidade das “Taxas” (e das “demais Contribuições Financeiras””, in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano — No Centenário do seu Nascimento*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 789 e seguintes.

²⁰ Ainda assim — isto é, não obstante o facto de as compensações a que nos referimos não terem motivações directamente perequativas —, há a anotar o facto de alguns instrumentos de planeamento municipal, dada a sua escala de intervenção no território, remeterem para os artigos 43.º e 44.º do RJUE, no que se refere à perequação de encargos, pois tomam as áreas de dimensionamento fixadas na Portaria n.º 216-B/2008, de 3 de Março, ou estipuladas no próprio plano, como referência para estes efeitos.

artigo 44.º, as cedências como compensação em espécie referida no n.º 4 podem localizar-se fora da área ou da área de influência do loteamento ou da operação urbanística em causa permitindo a constituição de uma bolsa de solos que facilita a gestão urbanística, por não ficarem afectas a qualquer fim específico.

7. Nas situações em que se tenha procedido à cedência das parcelas destinadas aos fins referidos no artigo 43.º, n.º 1²¹, a gestão das mesmas pode ser feita por privados, ao abrigo da celebração dos contratos referidos nos artigos 46.º e 47.º do RJUE: *contratos de cooperação e contratos de concessão*. Estes contratos apresentam-se, dado o seu objecto — um específico serviço público que é a gestão das infra-estruturas, dos espaços verdes e de utilização colectiva e ainda, apesar de não expressamente referidos no n.º 1, dos equipamentos públicos — como contratos administrativos.

Assim, quanto à gestão das áreas integradas no domínio municipal, o município pode concertar-se com moradores individuais ou grupos de moradores (ou titulares de lotes ou fracções, no caso de empresas, por exemplo), não tendo de se preocupar com o cumprimento de regras

Em regra, esta remissão não fará sentido nos planos de pormenor, já que estes identificam, por princípio, de forma muito precisa, as áreas a ceder, não as remetendo para um projecto urbanístico que as concretize. Não somos avessas a esta opção, posto que a mesma seja rodeada de particulares cautelas, que evitem, por um lado, a duplicação de encargos urbanísticos que impendem sobre os promotores, e, por outro, que assegurem que as compensações efectuadas sempre que se fique aquém ou além daqueles parâmetros de dimensionamento sejam distribuídas equitativamente por todos os proprietários na área de intervenção do plano (ou da unidade de execução), não onerando exclusivamente — de acordo com o projecto delineado — apenas um ou vários proprietários. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, “Os regulamentos municipais no âmbito da gestão urbanística”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, no prelo.

²¹ Efectivamente, não obstante o âmbito muito amplo do artigo 46.º — gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva — deve precisar-se que, quando estas áreas são de utilização colectiva mas de titularidade privada, as mesmas devem ser geridas nos termos previstos no artigo 43.º, n.º 4, isto é, em termos análogos aos previstos para a propriedade horizontal. O que significa que essa gestão recai já, sem necessidade de qualquer acordo de cooperação, sobre os “moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas”. Neste caso, não se preclui que o município possa entender que deve assumir algumas tarefas de gestão desses espaços privados, em colaboração com os particulares, mas tal dependerá da formulação de vontade destes últimos, nos termos definidos naquele artigo 43.º.

concurais – uma vez que é o próprio legislador a presumir o interesse e responsabilidade especial que os moradores têm na manutenção dos espaços que os servem.

Adicionalmente, tratando-se de áreas integradas no domínio privado municipal, para além da possibilidade de celebração destes acordos de cooperação, nada impede a celebração de acordos sobre a gestão destas áreas com terceiros, acordos estes que podem incluir todas ou algumas das prestações previstas neste artigo. No entanto, nestes casos, é exigível o respeito pelas regras de contratação pública que venham a ser aplicáveis.

Apesar de a distinção entre estes dois tipos contratuais ser difícil, pois são ambos contratos de colaboração e têm âmbitos de aplicação sobreponíveis, não deixa de ser relevante, para que possa concluir-se pela obrigatoriedade ou facultatividade da sua celebração e para que possa aferir-se da possibilidade de aplicação do regime mais restritivo previsto no artigo 47.º. Dos dados recolhidos nos artigos 46.º e 47.º retira-se que o contrato de concessão é aquele do qual resulta, em virtude de um investimento inicial privado das obras a realizar, a concessão de uma faculdade de uso ou exploração privativa do equipamento ou instalações que, em momento posterior, se reflectirá num auto-financiamento das mesmas pelos seus utentes.

De acordo com o disposto no artigo 47.º, na sua redacção dada pela Lei n.º 60/2007, os princípios a que irão estar subordinados aqueles contratos administrativos serão estipulados em *diploma normativo* (que pode, inclusive ser uma Portaria Governamental), sem exigir agora, como na versão inicial, que tal regime conste de Decreto-Lei.

Em todo o caso, enquanto tal diploma não for aprovado, e na medida em que o RJUE exige um diploma normativo mas já não diploma específico que regule, apenas e só, este contrato de concessão, é-lhe aplicável o Código dos Contratos Públicos, o qual contém regulamentação genérica sobre todos os contratos de concessão (artigos 407.º e ss.), e que se referem a todos os elementos exigidos pelo n.º 1 do artigo 47.º: prazo supletivo de vigência, o conteúdo do direito de uso privativo, as obrigações do concessionário e do município em matéria de realização de obras.

O que significa que com o Código dos Contratos Públicos passou a existir

uma base normativa para a celebração dos contratos de concessão previstos neste artigo 47.º.

Este artigo, ainda que remetendo para o diploma próprio que o desenvolva, introduz limitações à utilização da figura contratual, clarificando, desde logo, que a utilização das áreas cedidas e a execução dos contratos se encontram sujeitas a fiscalização da câmara municipal, o que mais não é do que a manutenção de um dos poderes essenciais da entidade concessionária, que permite continuar a afirmar a principal responsabilidade desta na prossecução do interesse público em causa. Em regra, também, salvo as limitações a prever em diploma, os contratos não podem, sob pena de nulidade dessas cláusulas, proibir o acesso e utilização do espaço concessionado por parte do público. Colocar em causa esta proibição (ainda que admitindo que o uso dos equipamentos e instalações concessionadas possa sofrer alguns condicionamentos, desde logo em termos de pagamento de tarifas) equivale a desvirtuar a qualificação daqueles espaços como sendo públicos, acessíveis, por isso, à fruição por todos os membros da comunidade respectiva. Ora, como o Código dos Contratos Públicos não se debruça sobre os termos desta proibição (de acesso e utilização do espaço concessionado), consideramos inadmissíveis quaisquer cláusulas de restrição de acesso ao público integradas em contratos de concessão do domínio público municipal.

Fernanda Paula Oliveira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

[Voltar ao índice](#)

A CONTRATUALIZAÇÃO NO DIREITO DO URBANISMO

SUMÁRIO:

1. O princípio da contratualização no Direito do Urbanismo: a Lei de Bases das Políticas do Ordenamento do Território e do Urbanismo; **2.** Os contratos para a elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização e de planos de pormenor; **2.1.** Definição e natureza jurídica; **2.2.** Regime jurídico; **2.3.** Em especial, os contratos entre entidades públicas; **3.** Os contratos de execução dos planos; **3.1.** Definição; **3.2.** Regime jurídico; **4.** Os contratos integrativos do procedimento de licenciamento de operações urbanísticas; **4.1.** Definição; **4.2.** Regime jurídico; **5.** Breve referência aos contratos de cooperação e de concessão; **6.** O cumprimento dos contratos e a responsabilidade contratual das partes; **7.** A tutela judicial no âmbito dos contratos urbanísticos: breve nota

1. A Lei de Bases do Ordenamento do Território (LBOTU), aprovada pela Lei nº 48/98, de 11 de Agosto¹, consagra o princípio da contratualização no seu artigo 5º, alínea h), o que se traduz num incentivo aos modelos de actuação assentes na consensualização entre a Administração e os particulares. Esta concertação faz-se sentir quer ao nível da execução dos instrumentos de gestão territorial, quer, inclusivamente, ao nível da sua elaboração, alteração e revisão.

A contratualização no âmbito do Direito do Urbanismo insere-se numa tendência actual para a concertação e o aliciamento dos particulares para a realização de tarefas administrativas², o que, além de se traduzir num acréscimo de legitimação das decisões administrativas, contribui ainda para a redução dos litígios decorrentes das mesmas.

Os vários tipos de contratos que podem ser celebrados no âmbito do Direito do Urbanismo não se podem reconduzir a uma figura jurídica unitária³, sendo definidos em função da matéria sobre a qual incidem. De facto, os contratos urbanísticos podem definir-se genericamente como acordos subscritos entre a Administração e os particulares – e por vezes entre entidades administrativas

¹ Com as alterações introduzidas pela Lei nº 54/2007, de 31 de Agosto.

² V. JOÃO MIRANDA, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial – A Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos*, Coimbra, 2002, pág. 137.

³ Neste sentido, v. HUERGO LORA, *Los Convenios Urbanísticos*, Madrid, 1998, pág. 28.

entre si – interessados numa determinada actuação de carácter urbanístico, com o objectivo de estabelecer formas de colaboração para a realizar.

Assim, apesar de se reconduzirem genericamente à categoria dos contratos administrativos, o conjunto de contratos e acordos que se denominam "contratos urbanísticos" incluem contratos procedimentais, substitutivos ou integrativos do procedimento administrativo, contratos de concessão e contratos de cooperação.

Por isso, não é possível definir um regime jurídico unitário, sem prejuízo da aplicação supletiva das regras do Código do Procedimento Administrativo (CPA), designadamente das regras sobre validade e cumprimento dos contratos (cfr. os artigos 185º e seguintes do CPA).

No que respeita à validade destes contratos, é de salientar que, assumindo os contratos urbanísticos, na sua maioria, a natureza de contratos com objecto passível de acto administrativo, aplicam-se as regras do CPA quanto à invalidade dos actos administrativos, de acordo com o disposto no artigo 185º, nº 3, alínea a) daquele diploma, e sem prejuízo da aplicação do Código Civil em matéria de vícios da vontade, nos termos do artigo 185º, nº 2, do CPA.

A celebração de contratos urbanísticos, quer ao nível do planeamento – para a elaboração, alteração, revisão ou execução de planos –, quer ao nível do licenciamento, exigindo aos particulares a realização de tarefas urbanísticas como contrapartida para a prática de certos actos administrativos, tem grandes vantagens.

A primeira prende-se com a agilização dos procedimentos e com a redução de custos decorrentes da colaboração dos particulares.

A segunda traduz-se numa maior legitimação das decisões urbanísticas com a consequente redução da litigiosidade a elas associada.

2.1. Os contratos previstos no artigo 6º-A do Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro⁴, que aprovou o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão

⁴ Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 53/2000, de 7 de Abril, pelo Decreto-Lei nº 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei nº 56/2007, de 31 de Agosto, e pelo Decreto-Lei nº 316/2007, de 19 de Setembro, rectificado pela Declaração de Rectificação nº 104/2006, de 6 de Novembro.

Territorial (RJIGT), introduzido pelo Decreto-Lei nº 316/2007, de 19 de Setembro, prevêem a possibilidade de os interessados na elaboração, alteração ou revisão⁵ de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor apresentarem às câmaras municipais propostas de contratos que tenham esse objecto, podendo incluir também a execução do plano.

Trata-se de contratos cujo objecto é a elaboração de um regulamento⁶, razão pela qual podem ser qualificados como contratos normativos. Os contratos normativos são aqueles através dos quais as partes acordam a elaboração e o conteúdo de uma norma do tipo regulamentar, podendo ser impostos por lei ou celebrados voluntariamente pelas partes⁷. Estes contratos podem ser de dois tipos: podem impor a aprovação da norma sem conformar o seu conteúdo ou, pelo contrário, determinar também o conteúdo da norma.

O objecto destes contratos é a conformação do conteúdo de uma norma, que depois é adoptada de modo unilateral, ou – mais raramente – podem substituir a própria norma. Os primeiros são contratos integrativos do procedimento, ou seja, são, no fundo, “acordos pré-normativos”, o que leva alguns autores a considerar que não se trata verdadeiramente de contratos normativos, mas sim de normas com um procedimento de aprovação especial⁸. Os segundos, pelo contrário, são contratos substitutivos da própria norma, que assume forma contratual.

Os contratos previstos no artigo 6º-A do RJIGT são contratos integrativos do procedimento de aprovação dos planos, uma vez que não substituem o próprio plano, como resulta expressamente do nº 3 daquele preceito.

⁵ Sobre a distinção entre estas figuras, v. JOÃO MIRANDA, *op. cit.*, págs. 210 e seguintes.

⁶ Cfr. o artigo 69º, nº 1, do RJIGT.

⁷ É o caso, por exemplo, do artigo 49º do Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro, que determina que o Governo deve acordar com as autarquias locais o conteúdo dos Planos Especiais de Ordenamento do Território, que são aprovados por Resolução do Conselho de Ministros, na parte em que estes fixem os prazos e linhas gerais para as autarquias locais adequarem os respectivos planos municipais de ordenamento do território aos Planos Especiais. Estes acordos podem envolver, por exemplo: o diferimento no tempo da aplicação da disciplina do Plano Especial; a fixação de instrumentos de planeamento aptos a concretizá-lo; ou o compromisso do município em adoptar medidas preventivas que suspendem o Plano Municipal até à entrada em vigor da respectiva alteração e revisão. Sobre esta questão, v. JOÃO MIRANDA, *op. cit.*, págs. 142 e 143.

⁸ Neste sentido, v. MÉNENDEZ REXACH, *Los Convenios entre CCAAs: Comentario al Artículo 145.2 de la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 114.

Por isso, não são meros contratos de prestação de serviços através dos quais o particular se compromete a elaborar o plano a pedido do município. De facto, ao contrário dos contratos de prestação de serviços, estes contratos surgem sob proposta do próprio particular e o plano tem o conteúdo por ele proposto, sem prejuízo da liberdade de a assembleia municipal o aprovar ou não (cfr. *infra*).

O artigo 6º-B do RJIGT prevê a possibilidade de a celebração de contratos para a execução de planos de urbanização e de planos de pormenor ser imposta pelo próprio regulamento do plano director municipal ou do plano de urbanização.

Quando tal aconteça, a celebração do contrato é obrigatória, devendo o regulamento do plano definir as regras relativas ao procedimento concursal, e às condições de qualificação, de avaliação e de selecção das propostas, bem como o conteúdo do contrato e as formas de resolução de litígios.

Estes contratos relativos à execução dos planos podem versar sobre a forma de realizar uma justa repartição de custos e benefícios decorrentes do plano, podem concretizar prazos de execução, bem como definir a possibilidade de transmissão dos índices de construção.

2.2. A celebração dos contratos previstos no artigo 6º-A do RJIGT depende da iniciativa do particular que propõe à câmara municipal a celebração de um contrato deste tipo para elaborar, alterar ou proceder à revisão de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor, bem como à sua execução.

Este contrato, bem como o plano elaborado, alterado ou revisto na sequência do mesmo, está sujeito à aprovação pela assembleia municipal, e a um conjunto de vinculações jurídico-públicas, a saber:

- (i) sujeição a um procedimento tendente à celebração do contrato;
- (ii) sujeição do plano ao procedimento de formação dos planos municipais previsto nos artigos 74º e seguintes do RJIGT, e;

- (iii) sujeição do conteúdo do plano ao regime do uso dos solos, bem como às disposições dos demais instrumentos de gestão territorial com os quais aqueles planos devam ser compatíveis ou conformes.

A celebração do contrato depende de deliberação da câmara municipal nesse sentido, que deve ser devidamente fundamentada de acordo com os critérios estabelecidos nas alíneas a), b) e c) do n.º 4 do artigo 6.º-A do RJIGT.

Assim, a celebração do contrato depende, designadamente, dos *“termos de referência do futuro plano, designadamente a sua articulação e coerência com a estratégia territorial do município e o seu enquadramento na programação constata do plano director municipal ou do plano de urbanização”* (cfr. o artigo 6.º-A, n.º 4, b) do RJIGT).

Isto significa que quando a câmara municipal decide celebrar um contrato deste tipo está, implicitamente, a manifestar a sua concordância com o conteúdo do plano cuja elaboração, alteração ou revisão é objecto do contrato. É, aliás, este o principal objectivo da sujeição destes contratos a um procedimento pré-contratual e não a escolha do co-contratante, como acontece nos contratos de colaboração (v.g. contratos de empreitadas de obras públicas ou de prestação de bens e serviços).

As propostas de contratos e o projecto de deliberação são objecto de divulgação e de discussão públicas, de acordo com os n.ºs 5 e 6 do artigo 6.º-A do RJIGT, nos termos e para os efeitos do artigo 77.º, n.ºs 2 e 3 do RJIGT. Esta fase do procedimento pré-contratual visa garantir que todos os interessados conhecem o conteúdo do plano proposto pelo co-contratante e possam participar no procedimento prévio à celebração do contrato para tutela das suas posições jurídicas e justifica-se por razões essencialmente garantísticas. Efectivamente, a celebração de um contrato integrativo do procedimento de elaboração de uma norma não pode implicar a supressão do procedimento administrativo legalmente previsto para a aprovação da mesma, desde logo porque os terceiros interessados têm o direito a participar nesse procedimento e influenciar o seu resultado⁹.

⁹ Como já defendemos antes, v. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, págs. 225 e 226.

Aliás, alguns autores defendem mesmo que este tipo de contratos só pode ser celebrado num momento em que o sentido da decisão final do procedimento já é perceptível¹⁰.

Contudo, o facto de a câmara municipal aceitar esta proposta do particular não significa que aquela fique despojada dos seus poderes públicos, como resulta expressamente do artigo 6º-A, nº 2, do RJIGT. De acordo com este preceito, a celebração do contrato integrativo do procedimento de elaboração do plano transfere para o particular o poder de elaborar o plano (ou de o alterar ou rever), mas os órgãos municipais mantêm na íntegra o poder de aprovar e executar o mesmo.

Por isso, o plano elaborado pelo particular na sequência do contrato está sujeito, como se referiu *supra*, ao procedimento administrativo de formação dos planos. Isto significa que, apesar de a proposta de plano que é objecto do contrato já ter sido analisada quer pela câmara municipal, quer por outros interessados, públicos ou privados, no âmbito do procedimento de formação do contrato previsto nos nºs 4 a 6 do artigo 6º-A do RJIGT, tal não dispensa a sujeição ao procedimento de aprovação dos planos nos termos gerais.

Este segundo momento de apreciação procedimental justifica-se por duas razões: em primeiro lugar, para verificar se o plano elaborado ou a alteração ou revisão apresentadas são, efectivamente, iguais ao que havia sido proposto aquando da celebração do contrato; e, em segundo lugar, para garantir a participação de todos os interessados e de entidades públicas exteriores ao município relativamente ao conteúdo final do plano que vai ser aprovado.

Assim, o facto de a câmara municipal ter celebrado o contrato e, dessa forma, manifestado o seu acordo com o conteúdo do plano proposto pelo particular co-contratante nem dispensa a sujeição do plano ao procedimento legal de aprovação, nem significa, tão pouco, que a assembleia municipal esteja vinculada a aprovar o plano.

Em primeiro lugar, a deliberação de celebrar os contratos cabe às câmaras municipais, enquanto que a aprovação dos planos de urbanização e dos

¹⁰ Cfr., por todos, HUERGO LORA, *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*, Madrid, 1998, págs. 299 e seguintes.

planos de pormenor compete às assembleias municipais, nos termos do artigo 79º, nº 1, do RJIGT.

Em segundo lugar, apesar de os contratos integrativos do procedimento se traduzirem numa auto-vinculação para a Administração, a verdade é que estes contratos têm sempre de ser celebrados sob reserva da manutenção dos elementos de facto e de direito em que assentou a sua celebração, ou, por outras palavras, estão sujeitos a uma condição resolutiva implícita¹¹.

Por isso, a assembleia municipal pode recusar a aprovação do plano elaborado pelo particular no âmbito do contrato, ou pode introduzir alterações, sendo mesmo obrigada a fazê-lo quando: (i) tenham ocorrido alterações de facto ou de direito que tornem o conteúdo do plano incompatível com normas legais ou regulamentares com as quais se deva conformar; (ii) ou quando o plano não seja adequado face ao resultado do respectivo procedimento de aprovação. Essa obrigação decorre expressamente da parte final do nº 2 do artigo 6º-A do RJIGT.

Alguns Autores consideram, por isso, que a eficácia do plano elaborado pelo particular está sujeito à condição suspensiva de ser aprovado pela assembleia municipal¹².

Contudo, não perfilho este entendimento, uma vez que ao plano elaborado pelo particular não falta apenas um requisito de eficácia, mas sim um elemento constitutivo, que é a aprovação pela assembleia municipal¹³.

Assim, a obrigação assumida pela câmara municipal ao celebrar o contrato com o particular não configura uma obrigação de resultado, mas sim uma obrigação de meios *"...que admite configurações várias, mas que consiste, em traços gerais, em tramitar o procedimento necessário para que a resolução possa ser ditada, em defender essa alternativa no decurso do procedimento e não se afastar dela na resolução a não ser por razões de*

¹¹ V., por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pág. 753.

¹² Neste sentido, v. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, *O Papel dos Privados no Planeamento: que Formas de Intervenção?* in RJUA, nº 20, Ano X, 2003, pág. 77.

¹³ A ineficácia é a consequência da falta de aprovação tutelar relativamente aos actos das entidades tuteladas, nos termos do artigo 41º, nº 7, da Lei nº 3/2004, de 15 de Janeiro, mas nesse caso a competência é do órgão da entidade sujeita à tutela, ao contrário do que acontece no caso vertente, em que a competência é da assembleia municipal.

interesse público supervenientes ou expostas por terceiros no procedimento"¹⁴, o que se aplica por maioria de razão quando o órgão competente para aprovar a norma cujo conteúdo foi objecto de contrato não é o mesmo que celebrou o contrato.

Refira-se, no entanto, que isso não significa que essa obrigação não seja juridicamente vinculativa e passível, por isso, de acarretar responsabilidade civil para a Administração (cfr. *infra* o ponto 6.)

Outra questão que se pode colocar a propósito dos contratos normativos do artigo 6º-A do RJIGT prende-se com o problema de saber se, após a aprovação do plano cujo conteúdo foi contratualizado, os órgãos municipais podem revogar total ou parcialmente esse plano.

Alguns autores consideram que essa norma jurídica só pode ser alterada através de novo acordo, a não ser que o contrato normativo admita expressamente a possibilidade de revogação unilateral, sob pena de nulidade da norma jurídica revogatória¹⁵. É a tese "pactualista".

Em sentido contrário, outros autores defendem que a norma pode ser sempre alterada ou revogada unilateralmente pelo órgão com competência legal para o efeito¹⁶.

Esta parece-me, de facto, a melhor solução, por duas razões: em primeiro lugar, porque, sendo possível rescindir unilateralmente o contrato por motivos de interesse público – poder que é inerente a qualquer contrato administrativo, nos termos do artigo 180º, nº 1, alínea c) do CPA -, pode também revogar-se a norma cujo conteúdo foi objecto de contrato, o que implica a rescisão tácita do mesmo; em segundo lugar, porque não pode pôr-se em causa o princípio da irrenunciabilidade da competência, consagrado no artigo 29º do CPA.

Ora, a forma de conciliar este princípio com o *pacta sunt servanda* e com o próprio princípio da colaboração é tutelar o co-contratante através da

¹⁴ Cfr. HUERGO LORA, *Los Contratos...*, cit., págs. 47 e 48.

¹⁵ V., por todos, ANGEL MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, págs. 91 e 92.

¹⁶ V. JAVIER TAJADURA TEJADO, *El principio de cooperación en el Estado autonómico*, 2ª Edição, Granada, 2000, págs. 107 e 108 e CARLOS GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, *Los convenios interadministrativos de los entes locales*, Madrid, 2002, pág. 154.

efectivação da responsabilidade contratual do contraente que aprova unilateralmente uma norma contrária ao estipulado¹⁷ (cfr. *infra*, ponto 5).

2.3. O artigo 6º-A, nº 7, do RJIGT prevê a possibilidade de serem celebrados contratos entre o Estado e outras entidades públicas e as autarquias locais que tenham por objecto a elaboração, alteração, revisão ou execução de instrumentos de gestão territorial – não só planos e urbanização e planos de pormenor –, aplicando-se, com as necessárias adaptações o disposto nos nºs 2 e 3 do mesmo preceito, relativamente aos poderes municipais e ao facto de os contratos não substituírem os próprios planos.

Trata-se de contratos interadministrativos, uma vez que são celebrados entre duas ou mais entidades públicas que exercem a função administrativa, e o seu conteúdo é a contratualização do conteúdo de uma norma regulamentar, integrando o procedimento de aprovação da mesma. De facto, nada obsta a que sejam celebrados contratos procedimentais entre entidades públicas, designadamente quando esteja em causa a emissão de uma norma ou a prática de um acto administrativo que, apesar de relevar apenas da competência de uma das entidades, implica a participação de outras entidades no procedimento administrativo tendente à sua adopção.

Quando sejam celebrados entre entidades públicas estes contratos não são precedidos do procedimento de formação previsto nos nºs 4 a 6 do artigo 6º-A do RJIGT, umas vezes porque a intervenção dessas entidades é imposta por lei e, independentemente disso, por se tratar de contratos entre duas entidades públicas, não sendo aplicável as regras do procedimento pré-contratual que são aplicáveis entre a Administração e os particulares¹⁸.

Os contratos interadministrativos com vista à elaboração, aprovação ou revisão de um plano incorporam-se no acto formal de aprovação, mas não o substituem, de acordo com o disposto no artigo 6º-A, nº 2, do RJIGT. No entanto, a entidade competente para aprovar o instrumento de gestão

¹⁷ Neste sentido, v. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, págs. 297 e 298.

¹⁸ V. ALEXANDRA LEITÃO, *As Formas Contratuais de Cooperação entre a Administração Central e a Administração Local*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra, 2004, págs. 465 e seguintes.

territorial está vinculada ao conteúdo determinado contratualmente sempre que a participação das entidades administrativas co-contratantes seja obrigatoriamente imposta por lei no procedimento de elaboração daquele plano.

3.1. Os contratos de execução dos planos estão previstos nos artigos 123º e 124º do RJIGT e no artigo 55º do RJUE. São contratos de urbanização, através dos quais se dá execução a um plano ou a um acto de licenciamento ou de autorização de obras de urbanização, assumindo, assim, a natureza de contratos administrativos, de acordo com a definição do artigo 178º, nº 1, do CPA, já citada.

Apesar de os contratos de execução de planos cuja celebração está prevista nos artigos 123º e 124º do RJIGT serem contratos de colaboração entre a Administração e o particular, nada impede a celebração de contratos integrativos do procedimento tendentes à prática de actos administrativos no âmbito da execução do plano¹⁹.

Os contratos de execução dos planos consagrados no artigo 123º do RJIGT e no artigo 55º do RJUE são, como já se referiu *supra*, contratos de urbanização.

3.2. No que respeita à execução dos planos, o artigo 123º do RJIGT prevê a celebração destes contratos quando o plano seja executado através de um sistema de cooperação entre o município, os proprietários e os promotores da intervenção urbanística, sendo que os direitos e obrigações recíprocos destes são definidos através dos contratos de urbanização.

Por sua vez, o artigo 55º do RJUE prevê a celebração desse tipo de contratos para a execução de obras que envolvam mais de um responsável, visando a definição das responsabilidades recíprocas das partes.

Estes contratos pressupõem uma consensualização entre o município e o particular que requereu o licenciamento de uma obra, embora não se confundam com os contratos referidos *supra* no ponto 3. De facto, enquanto

¹⁹ Neste sentido, v. MARIA PILAR OCHOA GÓMEZ, *Los Convenios Urbanísticos. Límites a la Figura Redentora del Urbanismo*, Madrid, 2006, pág. 392.

nestes contratos, a Administração convencionou com o particular uma contrapartida para que lhe seja deferido o pedido de licenciamento, nos contratos previstos no artigo 55º do RJUE estão em causa apenas as condições da execução dessa mesma licença. Por isso mesmo, é o particular que apresenta a proposta de contrato de urbanização com o requerimento inicial ou em momento posterior (cfr. o artigo 55º, nº 5, do RJUE).

Deste contrato podem fazer parte também outros titulares de direitos reais sobre o prédio, bem como empresas que prestem serviços públicos, quer sejam empresas públicas, quer privadas. Visa-se, no fundo, envolver todos os interessados, responsabilizando-os e procurando garantir uma melhor repartição de custos e benefícios²⁰.

Refira-se, finalmente, que, em sede de execução dos planos, o artigo 124º do RJIGT prevê ainda outro tipo de contrato, que é a concessão de urbanização. Este contrato reconduz-se à figura geral da concessão, uma vez que é o contrato através do qual o município transfere para um particular – concessionário – os poderes próprios de intervenção do concedente.

Este contrato deve ser precedido de concurso público para a escolha do concessionário, aplicando-se supletivamente as regras relativas à concessão de obras públicas, com as devidas adaptações.

Trata-se, assim, de um contrato de colaboração celebrado entre o município e um particular²¹.

4.1. No âmbito dos procedimentos de licenciamento de operações urbanísticas, a entidade competente para deferir o pedido de licenciamento, em regra, as câmaras municipais podem celebrar com os requerentes contratos integrativos do procedimento, seja por iniciativa da câmara, seja por iniciativa dos próprios requerentes.

Este tipo de contratos está previsto, embora em termos restritivos, no artigo 25º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro, que aprovou o Regime

²⁰ Cfr. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação Comentado*, Coimbra, 2006, pág. 312.

²¹ O RJIGT prevê ainda a celebração de outros contratos de urbanização no artigo 131º, nº 8, a propósito do parcelamento.

Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE)²² para os casos em que já exista um projecto de decisão de indeferimento com os fundamentos previstos nas alíneas b) do nº 2 e no nº 5 do artigo 24º do mesmo diploma, a saber, respectivamente:

- quando a *"operação urbanística constituir uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas ou serviços gerais existentes ou implicar, para o município, a construção ou manutenção de equipamentos, a realização de trabalhos ou a prestação de serviços por este não previstos, designadamente quanto a arruamentos e redes de abastecimento de água, de energia eléctrica ou de saneamentos"*; e

- quando não existam arruamentos ou infra-estruturas de abastecimento de água e saneamento ou se a obra constituir uma sobrecarga incomportável para as infra-estruturas existentes.

Nestes casos, pode haver deferimento do pedido se o particular se comprometer, em sede de audiência prévia, a realizar os trabalhos necessários ou a assumir os encargos inerentes à sua execução, sendo este compromisso assumido através da celebração de um contrato, nos termos do nº 3 do artigo 25º do RJUE. Trata-se, assim, de uma verdadeira e própria obrigação contratual.

Parece-me, contudo, que estes contratos podem ser celebrados noutras situações além daquelas que estão expressamente previstas no artigo 25º do RJUE, ao abrigo do princípio geral de permissibilidade de recurso ao contrato, consagrado expressamente no artigo 179º do CPA, e da autonomia pública contratual de que gozam as entidades públicas. Por isso, as câmaras municipais podem celebrar contratos integrativos do procedimento de licenciamento, nos termos gerais previstos no CPA.

Neste tipo de contratos as entidades administrativas exigem a colaboração do particular como contrapartida da emissão de uma norma administrativa ou da prática de um acto administrativo compreendidos no âmbito da sua margem de livre decisão. Essa colaboração pode consistir na cedência de

²² Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 177/2001, de 4 de Junho, pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei nº 157/2006, de 8 de Agosto, e pela Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro.

terrenos a título gratuito ou na realização de obras, infra-estruturas e equipamentos ou no pagamento dos respectivos custos.

A validade destes contratos depende do respeito estrito pelos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade e da boa fé, não valendo a regra *volenti non fit iniuria*.

Em certas situações os contratos procedimentais, enquanto forma de consensualizar a actividade administrativa, podem mesmo constituir uma legitimação acrescida da decisão administrativa, ao permitir a participação de outras entidades na tomada dessa decisão, quer sejam particulares, quer outras entidades públicas. Por isso, no primeiro caso, podem encontrar o seu fundamento no direito de audiência prévia dos interessados previsto nos artigos 100º e seguintes do CPA²³ - como acontece, aliás, nos contratos expressamente previstos no artigo 25º do RJUE.

Assim, a celebração destes contratos – como de quaisquer outros – está implícita nas normas de competência material que não imponham expressamente ou tacitamente a forma de acto administrativo para a produção de efeitos jurídicos²⁴.

4.2. Os contratos integrativos do procedimento administrativo, tais como aqueles através dos quais uma câmara municipal impõe deveres ao particular como condição para o deferimento de um determinado pedido de licenciamento ou se compromete a aumentar o índice de edificabilidade de um terreno do qual o particular é proprietário em troca deste abdicar de direitos urbanísticos que detinha noutra zona, só são admissíveis no âmbito da margem de livre decisão administrativa. Contudo, não se pode dispor genericamente do poder discricionário, mas sim determinar o seu conteúdo no caso concreto, devendo distinguir-se entre a *disposição do poder discricionário* e o *exercício antecipado do poder discricionário*²⁵. Por isso, estes

²³ Neste sentido, v. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, volume I, Lisboa, 1995, pág. 85.

²⁴ V. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pág. 613.

²⁵ V., neste sentido, SÉRVULO CORREIO, *Legalidade...*, cit., pág. 749.

contratos não eliminam a discricionariedade da Administração, embora a limitem²⁶.

Como se referiu *supra*, estes contratos estão sujeitos aos limites decorrentes dos princípios gerais do Direito Administrativo, designadamente, da proporcionalidade, da boa fé e do equilíbrio financeiro dos contratos. Além disso, as condições impostas pela Administração têm de ser adequadas à prossecução do interesse público e têm de cumprir o disposto no artigo 179º, nº 2, do CPA, ou seja, não podem ser exigidas prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação directa com o objecto do contrato²⁷. Aliás, o artigo 25º, nº 6, do RJUE contém uma norma muito semelhante, na qual se estabelece que “os encargos a suportar pelo requerente ao abrigo do contrato referido no nº 3 devem ser proporcionais à sobrecarga para as infra-estruturas existentes resultante da operação urbanística.”

A fundamentação é uma forma de garantir o cumprimento destes princípios e regras, designadamente para demonstrar, por um lado, que a colaboração exigida ao particular respeita os seus direitos e interesses e, por outro lado, que essa actuação é adequada à prossecução dos interesses públicos em causa.

Visa-se, assim, assegurar que estes contratos não enfermam do vício de desvio de poder²⁸ e que os direitos e interesses do particular co-contratante não são violados, sendo irrelevante o facto de este dar o seu consentimento a esta violação, uma vez que, como se referiu *supra*, não se pode aplicar a regra de que *volenti non fit iniuria*.

Por essa mesma razão, quer no caso dos contratos substitutivos de actos administrativos, quer no caso dos contratos integrativos do procedimento, qualquer entidade lesada pela sua celebração deve poder impugnar desde

²⁶ Neste sentido, v. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e Funzione nei Contratti di Diritto Pubblico*, Milão, 1996, pág. 271.

²⁷ Este número do artigo 179º do CPA, apesar de não constar do Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de Agosto, que alterou aquele diploma, constando apenas da sua republicação, tem vindo a ser aplicado enquanto reflexo dos princípios da proporcionalidade e do equilíbrio financeiro dos contratos. Sobre esta questão, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 2ª Edição, Coimbra, 1997, pág. 820.

²⁸ Considerando que estes contratos estão sempre próximos do desvio de poder, v. HUERGO LORA, *Los Convenios...*, *cit.*, pág. 72.

logo o próprio contrato, sem ter de aguardar pela prática do acto final do procedimento²⁹. Isto aplica-se quer o lesado seja um particular terceiro, quer seja outra entidade pública que, por exemplo, devesse ter sido ouvida no procedimento.

Aliás, se a Administração se vincula através de um contrato a actuar num determinado sentido, os terceiros – públicos ou privados – que sejam afectados por aquela actuação têm sempre o direito de participar no procedimento tendente à celebração do contrato. Isto significa também que este tipo de contratos só pode ser celebrado num momento em que o sentido provável da decisão final do procedimento é já perceptível, ou, se assim não for, o contrato deve ser celebrado sob reserva da manutenção dos elementos de facto e de direito em que assentou a decisão de contratar. Por outras palavras, tal como os contratos normativos referidos *supra*, estes contratos contêm sempre uma condição resolutiva implícita que implica a sua resolução no caso de o acto a cuja prática e conteúdo a Administração se auto-vinculou contratualmente ser inválido à data em que a decisão deve ser tomada, sem prejuízo da eventual responsabilidade a que haja lugar³⁰. De facto, sendo verdadeiros contratos, os acordos procedimentais acarretam responsabilidade contratual, como veremos *infra* no ponto 6.

Assim, a câmara municipal pode recusar-se a emitir o acto a cuja prática se comprometeu mesmo que o particular já tenha cumprido a obrigação a que estava contratualmente vinculado, desde que essa recusa seja fundamentada em razões de superveniente interesse público decorrentes da alteração das circunstâncias de facto e de direito.

Mais: deve admitir-se essa recusa mesmo quando não exista essa alteração das circunstâncias, desde que a Administração proceda a uma nova avaliação da situação e conclua que a prática do acto “prometido” é inconveniente para o interesse público³¹.

²⁹ Como já defendemos antes. Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, cit., pág. 173. Neste sentido, defendendo a irrelevância da forma, v. PIER LUIGI PORTALURI, *Potere Amministrativo e Procedimenti Consensuali (Studi sui Rapporti a Collaborazione Necessaria)*, Milão, 1998, pág. 158.

³⁰ V. SÉRVULO CORREIA, op. cit., pág. 753.

³¹ Neste sentido pronuncia-se EUGENIO BRUTI LIBERATI, op. cit., pág. 295.

5. O RJUE prevê dois tipos de contratos, respectivamente nos artigos 46º e 47º, a saber:

(i) os contratos de cooperação para a gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva, e;

(ii) os contratos de concessão do domínio municipal para a gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva.

O artigo 46º do RJUE consagra a possibilidade de a gestão das infra-estruturas e dos espaços verdes e de utilização colectiva ser confiada a moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas e urbanizadas mediante acordos de cooperação ou contratos de concessão, remetendo a regulamentação destes últimos para o artigo 47º do mesmo diploma.

Quanto aos contratos – ou acordos – de cooperação, o nº 2 do artigo 46º estabelece que os mesmos podem incidir sobre a limpeza e higiene, a conservação de espaços verdes existentes, a manutenção dos equipamentos de recreio e lazer e a vigilância da área, por forma a evitar a sua degradação.

Refira-se, em primeiro lugar, que o facto de a norma se referir a “acordos” e não a contratos é, quanto a mim, despidiendo³². Efectivamente, um contrato administrativo é exactamente um acordo de vontades entre duas ou mais entidades, públicas ou privadas, através do qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa, de acordo com o disposto no artigo 178º, nº 1, do CPA.

De facto, um acordo com esse conteúdo só não assume a natureza de contrato administrativo se não produzir efeitos juridicamente vinculantes. Ora, as cláusulas pactuadas pelas partes têm efeitos obrigacionais sempre que: (i) versem sobre a actividade das entidades intervenientes; (ii) o seu conteúdo se inclua na esfera própria de actuação das entidades contratantes; (iii)

³² Aliás, no próprio Código Civil são utilizados vários termos como sinónimos de contrato, tais como “acordo” (nos artigos 394º, nº 2, 541, nº 2, 623º, nº 3); “convenção” (nos artigos 394, nº 1, 410, nº 1, 582º e 1698º) e “pacto” (nos artigos 414º, 415º, 416º, nº 1).

estabeleçam direitos e deveres para as partes; (iv) estes direitos e deveres tenham um mínimo grau de concretização³³.

Assim, os acordos de cooperação a que se refere o artigo 46º do RJUE são contratos administrativos de colaboração, uma vez que associam o particular à prossecução de um interesse público³⁴, aos quais se aplica supletivamente o regime dos artigos 178º e seguintes do CPA.

Tratando-se de contratos para a gestão de infra-estruturas ou espaços verdes situados em áreas integradas em domínio público municipal e não em propriedade privada, a opção por um modelo contratualizado ou pelo modelo de gestão directa por parte do município depende inteiramente da vontade deste. Por outro lado, se o município optar pela contratualização da gestão, é ainda livre de celebrar o respectivo contrato com os moradores ou grupos de moradores das zonas loteadas ou urbanizadas ou com outros particulares.

Contudo, neste último caso, aplicam-se as regras relativas à escolha do co-contratante previstas no artigo 182º do CPA, ao contrário do que acontece se o município optar por celebrar o contrato de cooperação com os moradores.

O artigo 46º, nº 3, do RJUE determina, por sua vez, que quando se pretenda realizar investimentos em equipamentos de utilização colectiva ou em instalações fixas e não desmontáveis em espaços verdes, ou ainda a manutenção de infra-estruturas deve optar-se pela celebração de um contrato de concessão, cujo regime está consagrado no artigo 47º do mesmo diploma.

Trata-se de um contrato de concessão de uso privativo do domínio municipal, cujo principal traço distintivo relativamente aos acordos de cooperação se prende com o facto de o investimento realizado pressupor o financiamento privado³⁵.

O artigo 47º, na redacção dada pela Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro, remete a regulamentação do contrato de concessão para diploma próprio

³³ V. ALEXANDRA LEITÃO, *As Formas Contratuais...*, cit., págs. 454 e 455.

³⁴ Neste sentido, v. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, op. cit., págs. 280 e 281.

³⁵ V. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, op. cit., pág. 281.

(na versão original do RJUE exigia-se decreto-lei), que ainda não foi aprovado, o que é tanto mais grave quanto não existe no nosso ordenamento jurídico um diploma geral enquadrador dos contratos de concessão, ao contrário do que acontece, por exemplo, para as empreitadas de obras públicas.

Assim, aplicam-se as regras gerais do CPA, designadamente as relativas aos poderes da Administração em matéria de execução.

No entanto, o artigo 47º do RJUE estabelece, desde logo, duas regras essenciais: a sujeição à fiscalização da câmara municipal, e a proibição, sob pena de nulidade das respectivas cláusulas, se os contratos vedarem o acesso e utilização do espaço concessionado por parte do público, apesar de se tratar de um contrato de concessão de uso privativo³⁶. Esta solução merece, naturalmente, um aplauso, uma vez que visa garantir que os espaços integrados no domínio municipal não deixem de ser acessíveis ao público em geral.

6. À execução e cumprimento dos contratos urbanísticos aplicam-se, tal como acontece em matéria de validade, as regras gerais do CPA.

Assim, aplica-se o artigo 180º do CPA quanto aos poderes de autoridade de que a Administração co-contratante dispõe, bem como as regras relativas à interpretação e declaração de invalidade dos contratos, nos termos dos nºs 1 e 2 do artigo 186º do mesmo diploma.

Contudo, no que se refere ao cumprimento do contrato, existem especificidades relevantes, que decorrem essencialmente do facto de o objecto do contrato envolver o exercício de poderes públicos, quer se trate da aprovação de um plano elaborado, alterado ou revisto por um particular no âmbito de um contrato celebrado nos termos do artigo 6º-A do RJIGT, quer se trate da prática de um acto administrativo. Neste sentido, pode mesmo distinguir-se entre obrigações contratuais em sentido estrito e obrigações contratuais cujo conteúdo é a prática de um acto administrativo (ou a aprovação de uma norma)³⁷.

³⁶ Sem prejuízo de o diploma próprio a que se refere o preceito poder impor limitações, tais como o pagamento de taxas.

³⁷ Sobre esta distinção, v. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003, pág. 123.

Numa primeira hipótese, se o contrato for válido e o conteúdo do acto a cuja prática a Administração se comprometeu for compatível com o procedimento administrativo, o contrato tem de ser cumprido, sob pena de a entidade administrativa co-contratante incorrer em responsabilidade contratual. Neste caso, o particular pode optar por exigir judicialmente a execução do contrato ou por pedir uma indemnização pelo interesse contratual positivo, que permite colocar o particular na mesma posição patrimonial que teria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido³⁸.

Isto significa que a Administração não pode deixar de cumprir o contrato invocando apenas uma nova avaliação da situação, sem que existam quaisquer circunstâncias supervenientes³⁹. Esta actuação não é legítima, uma vez que, existindo uma vinculação contratual, o incumprimento do contrato presume-se culposos, nos termos do artigo 799º do Código Civil, excepto quando esse incumprimento seja justificado pelo resultado do procedimento administrativo ou por uma alteração superveniente das circunstâncias de facto ou de Direito.

No caso particular dos contratos para a elaboração, alteração ou revisão de um plano, a situação afigura-se mais complexa, na medida em que o contrato é celebrado pela câmara municipal, mas o órgão competente para aprovar o plano é a assembleia municipal⁴⁰. A obrigação assumida pela câmara municipal ao celebrar o contrato com o particular é apenas uma obrigação de meios e não de resultado, o que não afasta, contudo, o seu carácter juridicamente vinculativo.

Por isso, se a câmara municipal defender a aprovação do plano, da alteração ou da revisão elaborados pelo particular e envidar todos os esforços no sentido de obter a sua aprovação por parte da assembleia municipal não incorre em responsabilidade contratual se, ainda assim, a assembleia municipal não o fizer. Isto pode ocorrer, designadamente, por razões políticas

³⁸ Neste sentido, v. HUERGO LORA, *Los Convenios...*, cit., pág. 146.

³⁹ A validade desta nova avaliação feita pela Administração é sindicável judicialmente, designadamente através da fundamentação do acto, com recurso aos princípios gerais do Direito, sobretudo aos princípios da proporcionalidade, da boa fé e da protecção da confiança.

⁴⁰ Porventura seria de equacionar a possibilidade de, numa futura alteração legislativa, se consagrar que estes contratos passassem a ser aprovados pela assembleia municipal, o que resolveria esta questão.

quando a maioria dos deputados municipais não apoie o executivo camarário.

Neste caso, nem a assembleia municipal incorre em responsabilidade contratual porque não se vinculou contratualmente, nem a câmara municipal porque não incumpriu a sua obrigação contratual, enquanto mera obrigação de meios.

Isto não significa, contudo, que o co-contratante particular fique desprovido de tutela jurídica. De facto, o particular tem o direito de ser ressarcido com base no princípio da protecção da confiança, uma vez que estão verificados todas as condições para que haja dever de indemnizar pelo dano da confiança, a saber: (i) *uma actuação de um sujeito de direito que crie a situação de confiança justificada*; (ii) *uma situação de confiança injustificada do destinatário na actuação de outrem*; (iii) *a efectivação de um investimento da confiança*; (iv) *o nexo de causalidade*; (v) *a frustração da confiança por parte do sujeito que a criou*⁴¹.

Esta indemnização cobre o interesse contratual negativo, isto é, as despesas que o particular suportou com a elaboração da sua proposta, bem como os lucros deixados de obter - por exemplo, o facto de não ter celebrado outros contratos para poder dar cumprimento ao contrato celebrado com a câmara municipal - mas distingue-se da indemnização pelo interesse contratual positivo, visto que esta coloca o co-contratante na situação que ficaria se o contrato fosse cumprido, enquanto aquela apenas reintegra a situação prévia à celebração do mesmo.

Nestes termos, o direito à indemnização é independente da eventual utilidade que o Município possa retirar da prestação contratual por si realizada, uma vez que assenta apenas na violação da protecção da confiança legítima do particular.

No entanto, se se entender que a confiança suscitada na esfera jurídica do particular não merece tutela ressarcitória, uma vez que o contratante sabia - ou tinha obrigação de saber - que a câmara municipal não se podia obrigar contratualmente a aprovar o plano, uma vez que a competência para tal não

⁴¹ V. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Lisboa, 2006, pág. 220.

lhe está legalmente cometida assembleia municipal, sempre poderá haver lugar a enriquecimento sem causa.

Efectivamente, o co-contratante particular teria sempre direito a uma indemnização a título de enriquecimento sem causa pelo menos na estrita medida em que o plano ou a sua alteração ou revisão fossem de algum modo aproveitadas pelo Município.

Por sua vez, se o contrato for inválido porque o acto a cuja prática a entidade administrativa co-contrante se comprometeu é inválido ou não é adequado à prossecução do interesse público, a Administração não pode praticar esse acto.

A invalidade do acto ou a sua inadequação à prossecução do interesse público pode resultar: (i) de uma alteração das circunstâncias de facto ou das normas legais ou regulamentares aplicáveis; (ii) do resultado do procedimento administrativo legalmente estabelecido para a prática daquele acto, em virtude quer do conteúdo dos pareceres de outros órgãos administrativos que devam ser ouvidos no decurso do mesmo, quer tendo em conta os elementos que sejam levados ao conhecimento do órgão decisor por outros particulares cujos interesses devam ser ponderados no âmbito do procedimento em causa.

No caso de o acto – e o contrato – serem inválidos, a Administração não pode ser obrigada a cumprir o contrato, mas tem de indemnizar o particular co-contratante, a título de responsabilidade civil extracontratual. Contudo, ao contrário do que acontece com a responsabilidade contratual no caso de o contrato ser válido, a indemnização devida a título de responsabilidade civil extracontratual limita-se a ressarcir o interesse contratual negativo, isto é, os gastos despendidos com a celebração e execução do contrato.

7. A referência à tutela judicial no âmbito dos contratos urbanísticos justifica-se na estrita medida em que exista uma especificidade ao nível dos meios judiciais aplicáveis a este tipo de contratos.

Ora, no que se refere às acções de validade e cumprimento do contrato, aplica-se, em princípio, o disposto no artigo 37º, nº 2, alínea h) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Contudo, nos contratos cujo objecto é a prática de um acto administrativo, designadamente a concessão de uma licença urbanística, coloca-se a questão de saber se o meio processual adequado para tutelar o particular perante a recusa da Administração co-contratante em praticar esse acto é a acção administrativa comum acima referida ou, pelo contrário, a acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido prevista nos artigos 66º e seguintes do CPTA.

É que através desta última acção também se pode obter a condenação à prática de um acto contratualmente devido, justificando-se a sua aplicação no caso dos contratos urbanísticos que tenham como objecto a prática de actos administrativos, atendendo à natureza especial da obrigação contratual em questão⁴².

Efectivamente, apesar de estar em causa o cumprimento de um contrato, a verdade é que a obrigação da entidade administrativa é o exercício de um poder público de autoridade e não uma prestação material⁴³.

Aliás, o próprio acto através do qual a Administração se recuse a praticar o acto contratualmente devido – que, como ficou dito *supra* é um acto sindicável judicialmente – é ele próprio impugnável contenciosamente através da mesma acção administrativa especial de condenação à prática de acto devido⁴⁴.

Mais complexa se afigura a questão do cumprimento dos contratos para a elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização e de planos de pormenor, por duas razões:

(i) em primeiro lugar, porque está em causa a aprovação de uma norma e não a prática de um acto administrativo, pelo que a aplicação da acção de condenação à prática de acto devido é muito duvidosa;

⁴² Seguimos aqui a posição adoptada por PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, págs. 167 e 168.

⁴³ Antes da aprovação do CPTA, defendi a possibilidade de aplicar a acção de cumprimento do contrato, uma vez que a figura da acção de condenação à prática de actos administrativos não estava prevista no nosso ordenamento jurídico e o particular co-contratante não podia ficar sem tutela judicial. Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção...*, *cit.*, pág. 170.

⁴⁴ Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, pág. 168.

(ii) em segundo lugar, porque estes contratos são celebrados entre o particular e a câmara municipal, sendo que a competência para aprovar o plano, ou a respectiva alteração ou revisão cabe à assembleia municipal.

Ora, como foi referido *supra* este último aspecto implica que a obrigação contratualmente assumida pela câmara municipal seja uma mera obrigação de meios, não recaindo sobre a assembleia municipal nenhuma vinculação contratual quanto à aprovação da norma proposta pelo particular co-contratante.

Assim, se a câmara municipal não cumprir diligentemente a sua obrigação de meios - iniciando o procedimento necessário e defendendo a aprovação do plano elaborado pelo particular – incorre em responsabilidade contratual. Esta responsabilidade pode ser efectivada através da acção de condenação à prática de acto devido ou através da acção comum de execução do contrato, consoante esteja em causa a prática de um acto administrativo, por exemplo, iniciar um procedimento ou apenas obrigações de natureza material.

Contudo, se, apesar da diligência da câmara municipal, a assembleia municipal optar por não aprovar o plano, não existe responsabilidade contratual de nenhuma das duas entidades, desde logo porque esta última não se vinculou contratualmente.

Por outro lado, mesmo que assim não se entendesse, teria de se concluir que não existiria meio processual adequado, visto que a acção de cumprimento do contrato seria de afastar pelas mesmas razões que é afastada no caso dos contratos cujo objecto é a prática de um acto administrativo; e a acção de condenação à prática de acto devido não é aplicável.

De facto, não parece possível utilizar a acção dos artigos 66º e seguintes do CPTA para exigir a emissão de uma norma administrativa, quer devido ao argumento literal – os preceitos referem-se sempre e só a “actos” e não “normas”, quer porque existe um meio processual específico para o caso de omissão de normas. Este meio é a declaração de ilegalidade por omissão de normas administrativas, prevista no artigo 77º do CPTA, mas limita-se às situações em que a adopção da norma seja necessária para dar

exequibilidade a actos legislativos carecidos de regulamentação (cfr. o nº 1 daquele preceito).

Sendo assim, conclui-se que, no que respeita aos contratos para a elaboração, alteração ou revisão de planos, a responsabilidade contratual não abrange a obrigação de aprovar a norma, não existindo, tão pouco, meio processual que permita obter a condenação da assembleia municipal.

Alexandra Leitão

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

A PROPÓSITO DOS ACTOS PRECÁRIOS E DOS ACTOS PROVISÓRIOS — ANÁLISE DE ALGUNS ACTOS JURÍDICOS PREVISTOS NO RJUE ***1. Introdução**

A relação jurídica administrativa, portanto, também a urbanística, traduz o interagir entre diferentes sujeitos de direito, no contexto da qual nascem, modificam-se ou extinguem-se direitos ou obrigações, com a particularidade de, por regra, uma das partes na relação revestir o papel de autoridade pública e, sobretudo, o interesse público ser o objectivo daquele interagir – ou, pelo menos, a realização harmoniosa de interesses públicos e privados contrapostos¹. E porque tais relações se prolongam, por regra, no tempo, são objecto de uma regulação jurídica dotada também de alguma pretensão de estabilidade.

Embora desde há muito os cultores do direito administrativo se reportem à relação jurídica administrativa², entre nós só com Vasco Pereira da Silva foram destacadas as virtualidades daquela para enquadrar as diferentes ligações entre a Administração e os particulares (bem como as que se estabelecem entre as várias autoridades administrativas) e as diversas formas de actuação administrativa que regulam essas conexões³. Sobretudo, o instituto da relação

* À Carla Amado Gomes, pelo convite para participar no Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento sobre Direito do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Urbanismo e pela carinhosa lembrança deste tema, que representa uma oportunidade para revisitar os actos precários e os actos provisórios, deixo aqui o meu sentido agradecimento.

¹ Cfr. HANS-UWE ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», in BADURA / BURGE / EHLERS / ERICHSEN / OSSENBÜHL / PAPIER / RÜFNER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.ª ed., Berlin 2002, pp. 233 e ss.

² Cfr. NORBERT ARCHTERBERG, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Berlin, 1982, pp. 18-26, fazendo remontar a primeira teorização sobre a relevância da relação jurídica entre o Estado e os indivíduos ao século XVIII (Blackstone) e destacando o contributo de Bierling para o desenvolvimento da teoria da relação jurídica pública; JOSE EUGENIO SORIANO GARCIA, «Evolucion del concepto “relacion jurídica” en su aplicacion el derecho publico», in *Revista de Administracion Publica* 1979 (90), pp. 22-78.

³ *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 149 e ss. (embora já em *Para um contencioso administrativo dos particulares – esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Coimbra, 1989, pp. 144 e ss., VASCO PEREIRA DA SILVA tenha procurado destacar a relevância da relação jurídica administrativa para enquadrar todas as ligações que se estabelecem entre a Administração e os particulares). Para uma enumeração dos diferentes tipos de relações jurídicas

jurídica permite explicar a evolução dos vínculos que se estabelecem entre aqueles sujeitos de direito, fruto da passagem do tempo e da consequente necessidade de adaptação dos vínculos inicialmente firmados⁴. Na verdade, a generalidade das relações jurídicas urbanísticas prolonga-se no tempo, sendo por regra constituída ou conformada por actos jurídicos de eficácia duradoura ou de execução continuada⁵. Assim sucede, como é evidente, com os actos (e com os contratos) com conteúdo autorizativo. Com efeito, quando um particular é autorizado a desenvolver determinada actividade privada ou a gozar ou exercer determinado direito, é-o não apenas no momento em que o acto lhe é notificado, mas desse momento em diante (salvo limitação temporal, de origem legal ou administrativa). E o mesmo se passará com certos efeitos impositivos, cujo cumprimento não se esgota muitas vezes num único comportamento, implicando um constante dever de observância da imposição ou proibição. Tudo isto, para ilustrar o carácter duradouro dos vínculos que a Administração Pública e os particulares (ou entidades privadas⁶) estabelecem entre si.

Ora, a circunstância de tais vínculos ou efeitos se prolongarem no tempo «oferece o flanco» a uma provável desactualização da regulação jurídica encontrada para aquela relação. É que o interesse público sofre, como se sabe, mutações permanentes, apresentando-se sob diferentes configurações

administrativas, v. ainda VITALINO CANAS, «Relação jurídico-pública», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, pp. 207 e ss., em especial pp. 224 e ss.

⁴ PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, p. 189.

⁵ Sobre o conceito de acto jurídico com eficácia duradoura ou de execução continuada, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Coimbra no ano de 1977/78*, Coimbra, 1978, p. 183; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de direito administrativo*, I, Lisboa, 1982, p. 462; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), 2.^a ed., Coimbra, 2011, pp. 312 e s. Cfr. GIANDOMENICO FALCON, «Questione sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo», in *Diritto Amministrativo* 1/2003, pp. 1 e ss., em especial, pp. 8 e s., que precisa não terem tais actos jurídicos rigorosamente eficácia duradoura, antes legitimam comportamentos repetíveis individualizados no tipo, destacando ainda que é em relação a este tipo de actos que se coloca o problema da superveniência de novas circunstâncias, as quais tornam incongruente em relação ao interesse público a actividade desenvolvida ao abrigo daqueles.

⁶ Por razões de comodidade de exposição, referir-nos-emos a *particulares* para designar não apenas as pessoas singulares mas também as pessoas colectivas de direito privado que entram em relação com a Administração, na qualidade de parte nos contratos ou de destinatário dos actos administrativos ou ainda de terceiros afectados pelas decisões administrativas concretas.

a cada momento. E, tendo os actos administrativos sempre em vista a realização (ou salvaguarda) de um específico interesse público, o conteúdo regulador daqueles traz implícita a definição do que é o interesse público no momento da sua emissão ou celebração, a qual se cristaliza, como que «congelando» os efeitos jurídicos previstos para aquela relação. Quando, na verdade, o interesse público, na sua evolução, exigiria uma transformação da própria regulação encontrada para a adaptar às novas exigências que dele decorrem. Tudo se reconduz, no essencial, à ideia ou princípio da actualidade do interesse público a que se referiu Orlando de Carvalho, pois «[...] a satisfação óptima [do interesse público] tem de ser à medida e à duração estrita da necessidade tal como esta se configura através do tempo e das circunstâncias»⁷. Precisamente, a noção de que permanece no tempo uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos, relação essa baseada numa factualidade que naturalmente vai sofrendo mutações com o decurso daquele, constitui fundamento bastante para a adaptação das regras inicialmente fixadas para aquela relação. A contextualização dos efeitos jurídicos na relação jurídica administrativa torna, portanto, evidente que a repercussão do tempo sobre o interesse público, que especificamente está a ser prosseguido com a emissão de um acto ou celebração de um contrato, implique a alteração dos próprios efeitos destes⁸.

Não obstante, afirma-se hoje que as formas jurídicas de actuação concreta da Administração Pública têm por missão definir o direito no caso concreto, fixar a regulação da relação jurídica a que respeita. E exige-se que o façam com estabilidade, para que as partes na relação jurídica possam programar as suas condutas futuras em função das regras predefinidas – portanto, reclama-se uma função estabilizadora, por imperativo de segurança jurídica e

⁷ «Contrato administrativo e acto jurídico público», in *Escritos – Páginas de Direito I*, Coimbra, 1998, p. 224.

⁸ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin, 1998, pp. 256 e 258.

de protecção dos direitos subjectivos dos particulares^{9 10}. Compreende-se, pois, que o quadro regulatório ao abrigo do qual os particulares desenvolvem a sua actividade profissional, económica, etc., não possa constantemente ser posto em causa, seja para lhe pôr fim, seja para introduzir novas exigências ou impor novas condutas, sob pena de tal condicionar a iniciativa económica privada e a liberdade individual e, conseqüentemente, o desenvolvimento económico local, regional e nacional. O que passa, em muitas situações tipicamente incertas em termos de evolução futura, pela necessidade de formulação de juízos de prognose que salvaguardem, numa medida bastante, alterações do quadro fáctico ou legal originário, fazendo com que os actos jurídicos administrativos concretos tenham por vezes de integrar conteúdos programáticos. Nessa medida, a estabilidade da regulação jurídica concreta surge como a «qualidade» dos actos administrativos e também dos contratos¹¹.

A verdade, porém, é que hoje se pede ao acto administrativo e ao contrato administrativo aquilo que eles, rigorosamente, não podem assegurar¹². A definição cristalizada de regras para uma dada relação jurídica, sobretudo em áreas mais sujeitas a constantes evoluções da situação de facto e das técnicas adequadas às novas manifestações dessa situação – domínios onde a capacidade humana de antecipação da evolução futura tem sido frequentemente ultrapassada, como sucede no contexto do ambiente, no campo da medicina ou da biologia genética, das energias, e mesmo no domínio económico-financeiro – revela-se a cada passo incapaz de cumprir a

⁹ Imputando essa função ao acto administrativo, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de "acto administrativo" no nosso tempo, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 1189 e ss. (p. 1220).

¹⁰ Tal preocupação faz-se inclusivamente sentir com maior intensidade quanto ao acto administrativo, optando o legislador português, como é sabido, por um regime de revogação relativamente restrito, quando aquela se dê por motivos de interesse público, mas a própria ilegalidade do acto (quando origine a anulabilidade) só serve de fundamento anulatório dentro de um prazo limitado.

¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 1220, quanto ao acto administrativo.

¹² Cfr. JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, «A estabilidade jurídica da autorização administrativa no direito do ambiente alemão», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita*, I, Coimbra, pp. 751 e ss., destacando que o efeito de estabilidade jurídica e de «escudo de protecção» (perante terceiros) do acto autorizativo em matéria ambiental tem vindo a enfraquecer ou descaracterizar-se por imposição do interesse público e da sua constante mutação, enfraquecimento esse que em parte se concretiza mediante a aposição de cláusulas acessórias.

sua função, demonstrando a sua obsolescência ou desadequação¹³. Tal repercute-se, pois, na generalidade dos actos jurídicos administrativos concretos incidentes sobre as actividades económicas desenvolvidas pelos privados ou sobre a exploração por privados de bens públicos, cujos conteúdos reguladores são definidos à luz de um quadro de conhecimento que a cada passo se revela obsoleto. Mas também no domínio da construção e do ordenamento do território surgem, de tempos a tempos, novas manifestações do interesse público susceptíveis de reclamar a modificação da intervenção administrativa. Perante este cenário, erguem-se vozes a reclamar uma maior flexibilização da actuação administrativa¹⁴, sugerindo-se, entre diversas soluções, o recurso à forma contratual, perante um quadro legal mais generoso no que respeita à possibilidade de modificação dos termos acordados, em prejuízo da forma unilateral de actuação administrativa¹⁵. Outros ainda proclamam que as normas legais contêm implícitas cláusulas de salvaguarda da alteração das circunstâncias, para assim encontrar apoio normativo para a actualização dos conteúdos reguladores, mesmo que unilaterais¹⁶.

Uma outra via de garantir a actualizada satisfação do interesse público e que, simultaneamente, não fere a confiança dos interessados na regulação

¹³ Sustentando que a ordem jurídica deixou de apresentar uma estrutura binária (sim/não; legalidade/ilegalidade), para deixar espaço para a ponderação e de (re-)construção dos pressupostos que têm em conta o elemento de incerteza, HOFFMANN-RIEM, «Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen», in *Archiv des öffentlichen Rechts* 2005 (130), pp. 5 e ss. (pp. 24 e s.).

¹⁴ KARL-HEINZ LADEUR, «Die Zukunft des Verwaltungsakts – Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des »informalen Verwaltungshandelns« lernen?», in *Verwaltungs-Archiv* 1995 (4), pp. 511 e ss. (pp. 527 e s.).

¹⁵ V., entre nós, TIAGO ANTUNES, *O ambiente entre o direito e a técnica*, Lisboa, 2003, pp. 97 e ss.

¹⁶ Considerando que o acto administrativo é emitido sob reserva implícita de manutenção da situação de facto e de direito, MARX-JÜRGEN SEIBERT, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden, 1989, pp. 225 e ss. (que, deste modo, explica a cessação da vinculação de outras autoridades administrativas nos procedimentos subsequentes, conexcionados com o acto pressuposto). Entre nós, concluindo pelo poder de «revisão» do acto administrativo por alteração das circunstâncias, com base no paralelismo funcional entre acto e contrato e assim aplicando, por analogia, ao primeiro a teoria da imprevisão prevista para o contrato, CARLA AMADO GOMES, «Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...Contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos», in *Estudos Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, I, Coimbra, 2006, pp. 237 e ss., em especial pp. 247 e ss.

encontrada num dado momento, passa por incorporar no próprio acto regulador a previsão expressa de que o seu conteúdo pode sofrer modificações (minimamente identificadas, para garantir um grau suficiente de previsibilidade para o destinatário) ou até ser objecto de extinção quando essa seja a solução imposta pelo interesse público.

Precisamente, os actos precários e os actos provisórios apresentam-se com a virtualidade de adaptarem a relação jurídica administrativa a novas configurações do interesse público, com a vantagem de conterem uma advertência de tal facto, prevenindo o nascimento de expectativas infundadas. Na verdade, correspondem aqueles a dois tipos de actos administrativos que partilham de uma específica característica: os seus efeitos são, à partida, susceptíveis de modificação ou cessação, por revogação ou caducidade, sem sujeição aos limites genericamente definidos na lei para a revogação de actos administrativos (ainda que tal não exclua um eventual dever de indemnização). Esta característica comum funda-se na circunstância de ambos conterem a previsão da possível ou certa alteração ou eliminação dos seus efeitos jurídicos, e frequentemente a especificação das circunstâncias que justificarão a decisão ulterior, pelo que não há, em rigor, confiança dos destinatários que mereça a protecção que o regime geral da revogação confere, em regra, aos actos constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos (cfr. artigo 140.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo). Por essa razão, correspondem a formas de actuação que despertam interesse em diferentes domínios do direito administrativo.

Na exposição subsequente procurarei determinar se há espaço para reconhecimento no direito do urbanismo, em especial no Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, de tais figuras. Para o efeito, começarei por explicar em que consistem os actos administrativos precários e provisórios, para proceder em seguida a um levantamento de decisões administrativas previstas naquele Regime que, nos seus traços característicos, mais se aproximam daqueles.

2. Os actos administrativos precários e os provisórios

[Voltar ao índice](#)

Tradicionalmente, a doutrina entende por actos precários aqueles que «[...] criam situações jurídicas a todo o tempo modificáveis pela vontade da Administração», situações essas que «[...] existem unicamente por tolerância do órgão administrativo competente para extingui-los»¹⁷.

No essencial, o *acto precário* corresponde ao acto administrativo que regula uma situação individual e concreta, com efeitos jurídicos externos, salvaguardando porém o poder de definir com conteúdo diferente aquela situação, sempre que o interesse público o reclame. As situações objecto de um acto desta natureza caracterizam-se por nelas o interesse público se fazer sentir de modo particularmente intenso ou estar sujeito a constantes mutações na concreta configuração que assume. Por essa razão, o acto precário contém uma regulação concreta susceptível de, a qualquer momento, ou dentro de um determinado período de tempo, ser alterada ou até revogada, se esta se revelar ser a solução mais adequada ao interesse público.

Diferentemente, o *acto provisório* é emitido, por força de «um déficit de esclarecimento dos factos», «com base na possibilidade ou probabilidade de os pressupostos do acto definitivo, a praticar posteriormente, serem os que foram sumariamente averiguados»¹⁸. É, pois, praticado quando o órgão administrativo competente tem de tomar imediatamente uma decisão, para acautelar os interesses em jogo, atendendo aos prejuízos resultantes da demora da decisão, mas não dispõe de todos os elementos (geralmente factuais) necessários para formular um juízo definitivo da situação a regular. Apesar da incerteza quanto ao preenchimento dos pressupostos do tipo legal do acto, o órgão, com base num juízo de probabilidade da verificação dos mesmos – assente na averiguação sumária dos factos relevantes –, fixa a regulação da situação individual e concreta em causa, com eficácia externa, embora assegurando a emissão de uma nova pronúncia sobre a mesma situação jurídica, logo que realize um exame mais aprofundado dos pressupostos do acto. Na verdade, a ulterior emissão de uma decisão definitiva assenta num imperativo legal – como explica Sérvulo Correia, porque o acto é «[...] emitido na base de mera suspeita, possibilidade ou até

¹⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., Coimbra, 1980, p. 457.

¹⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, p. 401.

probabilidade [...], depende, por imperativo legal, de posterior juízo de certeza dos pressupostos de facto respectivos»¹⁹. Tais actos assumem, portanto, uma função cautelar, que se basta na sua emissão com um juízo de probabilidade de verificação dos pressupostos da decisão ou de um *fumus boni iuris* (aparência ou probabilidade de existência do direito)²⁰.

Do que vem dito, retiram-se duas diferenças fundamentais entre estes dois actos administrativos. Enquanto no acto provisório, tipicamente, é certa a emissão de uma ulterior decisão, a definitiva, que faz caducar a anterior – ainda que não seja certo o momento da sua ocorrência, e que pode repetir o conteúdo do primeiro acto (agora sem carácter provisório) ou corrigir o resultado a que este conduziu – o acto precário pode nunca ver a sua regulação afectada; por outras palavras, a precariedade traduz aqui a incerteza quanto à emissão de uma ulterior decisão, por ser incerta a evolução do interesse público.

Em comum, estes actos têm a particularidade de, embora vinculando os destinatários e eventuais terceiros, serem susceptíveis de modificação ou revogação pela própria autoridade que os emanou. Esta encontra-se vinculada (acatando) aos efeitos jurídicos contidos na decisão precária ou provisória, mas apenas enquanto não se verifique a circunstância que (previsivelmente) justifica ou motiva a alteração do conteúdo do acto.

A utilidade de tais institutos jurídicos no nosso ordenamento jurídico resulta, como se referiu, de eles escaparem, em certa medida, ao regime geral da revogação de actos administrativos, sobretudo definido no artigo 140.º do CPA. Especificamente, as decisões administrativas subsequentes aos actos emitidos a título precário ou provisório são emitidas sem que tal se subsuma e, portanto, contrarie o disposto naquela norma. Recorde-se que o artigo 140.º, n.º 1, do CPA nega, por regra, à Administração a possibilidade de revogar

¹⁹ *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa, 1982, p. 312, nota 3.

²⁰ Mas não se confundem com as medidas provisórias, uma vez que nestas não há imediata satisfação do interesse público, isto é, os efeitos jurídicos produzidos visam exclusivamente assegurar uma futura satisfação do interesse público – neste sentido, Mário Esteves de Oliveira/ Pedro Gonçalves/ J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, p. 401; FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, Porto, 1998, pp. 63-64.

actos administrativos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos.

Apresentadas sumariamente as duas figuras jurídicas objecto desta sessão, cabe agora indagar da sua consagração ou do seu possível reconhecimento no quadro legal do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Novembro, e alterado por último pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março. Cumpre, entretanto, destacar que o RJUE, no artigo 73.º, sujeita as licenças e outras autorizações nele previstas ao regime geral da revogação dos actos constitutivos de direitos (com a excepção indicada no n.º 2 do artigo 73.º, que adiante mencionarei). Pelo que, em princípio, todas as licenças e autorizações urbanísticas contêm uma regulação estável das situações concretas sobre que incidem. Mas vejamos, então, se o RJUE admite a emissão de actos administrativos precários e provisórios.

3. Actos precários no RJUE?

Como primeira observação, a este propósito, mencione-se que as obras urbanísticas, pela sua própria natureza, reclamam a estabilidade da correspondente regulação jurídica, pelo que uma eventual precariedade dos actos autorizativos de loteamento ou construção originará sempre (ou quase sempre) uma incerteza insuportável em face do investimento realizado. Por essa razão, o direito do urbanismo não constitui o domínio próprio para a emissão de decisões administrativas precárias. Repare-se que a revogação por razões de interesse público de licença ou autorização urbanística parece configurar mesmo uma expropriação (parcial) do direito de propriedade ou, pelo menos, da faculdade de construção.

Não obstante, não fica afastada a hipótese de a lei prever a possibilidade de revogação ou de cessação dos efeitos de um acto autorizativo urbanístico desde que as causas da revogação ou cessação estejam à partida definidas e tal não se mostre desproporcionado. É, precisamente, o que sucede na hipótese prevista no artigo 25.º, n.º 1, do RJUE. Aí se admite a possibilidade de

emissão, no âmbito do procedimento de licenciamento, de um deferimento condicionado à realização de determinados trabalhos ou à assunção de específicos encargos por parte do destinatário. Trata-se, na verdade, de uma autorização resolutivamente condicionada à não realização dos trabalhos ou à não assunção dos referidos encargos. Em certa medida, a mesma assume natureza precária, uma vez que, embora eficaz, os seus efeitos cessam com a verificação da circunstância negativa nela implicitamente prevista. No rigor das coisas, não seria necessária uma declaração municipal a pôr fim aos efeitos, uma vez que a condição os faz cessar automaticamente. Mas, na medida em que a verificação da condição implica um juízo administrativo quanto ao preenchimento ou não preenchimento dos requisitos condicionantes, pode admitir-se aqui a necessidade de uma declaração constitutiva do município de que as condições pré-definidas não foram cumpridas. Uma tal declaração será equiparável a uma declaração revogatória. Resulta, pois, claro o carácter precário deste acto de licenciamento, que, por força daquela disposição legal especial, pode ver os seus efeitos cessar sem que tal cessação se subsuma no regime revogatório previsto no CPA.

4. Actos provisórios no RJUE?

Considerar-se-ão agora os diferentes tipos de actos administrativos previstos no RJUE, para descortinar se alguns deles se podem reconduzir à categoria do acto administrativo provisório.

O RJUE, com a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março, contém algumas disposições que implicam o reconhecimento de actos administrativos emitidos no âmbito de procedimentos autorizativos de operações urbanísticas que, pelo menos à primeira vista, não se afiguram subordinados ao regime geral de revogação previsto no CPA. Portanto, actos que poderão ser modificados ou alterados com algum espaço de liberdade pelas autoridades administrativas. Resta determinar se verdadeiramente tais figuras se subsumem na categoria dos actos provisórios. Vejamos.

4.1. A primeira figura a merecer atenção é a *licença parcial*.

Trata-se de um acto administrativo emitido no contexto de procedimentos administrativos complexos, com intervenção de diferentes entidades ou organismos da Administração Pública, onde, como tal, a decisão final autorizativa tenderá a tardar. Por razões de celeridade, directamente relacionadas com os interesses públicos e do requerente, a lei admite a emissão de decisões que incidam sobre um ou outro aspecto restrito do pedido ou do projecto em apreciação, possibilitando com isso ao interessado o início da actividade almejada ou a organização da sua vida tendo em vista a realização futura da mesma actividade.

Estou especificamente a pensar na licença parcial de construção da estrutura, prevista no artigo 23.º, n.º 6, do RJUE. Aí se consagra a possibilidade de a câmara municipal autorizar o início das obras de construção mas restrita à estrutura do edifício projectado, permitindo o exercício de parte da actividade ou a execução de parte do projecto em apreciação – e ainda assim, pressupondo a apresentação de todos os projectos das especialidades e a aprovação do projecto de arquitectura.

Porém, a exigência de prévia prestação da caução para demolição da estrutura, até ao piso de menor cota em caso de indeferimento, suscita aqui algumas dúvidas. É que rigorosamente a licença parcial constitui o direito de construir a estrutura, direito esse em princípio não susceptível de ser posto em causa, excepto nos termos gerais do regime legal da revogação. Simplesmente, a redacção do artigo 23.º, n.º 6, deixa espaço para a conclusão de que a outorga da licença não preclui a faculdade de indeferimento do pedido na sua globalidade. O que, assim interpretado, conduziria a identificar aquela licença como um acto provisório parcial (com efeito autorizativo, mas que cessa com a emissão da ulterior decisão global). Seriam, pois, razões de celeridade a justificar a emissão da licença parcial, verificados certos pressupostos mínimos, sem que tal prejudicasse ou restringisse a autoridade administrativa na apreciação global e final do projecto²¹.

²¹ Um outro tipo de acto administrativo preliminar prevê o RJUE, mas que não se confunde com os actos até agora explicados. Refiro-me ao acto prévio (ou pré-decisão), regulado nos artigos. 14.º e ss. do RJUE. E aí se prevê o pedido de informação prévia e a correspondente decisão (prévia), que envolve um juízo positivo favorável sobre os principais aspectos do projecto, ainda que não possibilite o exercício

Porém, uma outra interpretação se afigura possível, a qual, a meu ver, se apresenta como mais consentânea com o instituto jurídico da decisão parcial, na medida em que permite reconhecer que quanto a determinados elementos do pedido (estrutura da obra) a decisão é definitiva. O que, aliás, faz sentido, quando se considera que o projecto de arquitectura mereceu já aprovação. Na verdade, aspectos como a área de construção, de implantação, a cêrcea, número de pisos, volumetria, ficam logo definidos²². Mas, como na apreciação dos restantes aspectos a Administração Pública mantém intacto o poder de decisão, pode suceder que o pedido, quanto a estes, mereça o indeferimento (designadamente, em função da apreciação dos projectos das especialidades, ou até por consideração de outros interesses públicos legalmente relevantes). Nesta última hipótese, a estrutura entretanto erigida torna-se inútil, e será esta inutilidade a razão da demolição – a licença parcial contém, pois, uma decisão definitiva quanto a parte do pedido e projecto apresentados, muito embora os seus efeitos jurídicos se possam tornar inúteis, pela emissão de um acto que acaba por conter uma regulação contrária àqueles²³. Esta perspectiva permite, por um lado, explicar a previsão legal do dever de prestação de caução como condição da emissão da

imediato do direito ou a execução imediata daquele. Como se sabe, este acto contém uma pronúncia da câmara municipal sobre a viabilidade de realização de determinada operação urbanística e sobre os respectivos condicionamentos legais e regulamentares (cfr. artigo 14.º, n.º 1). Tal pronúncia, quando ostente um conteúdo favorável, vincula as autoridades administrativas competentes na apreciação de um pedido de licenciamento ou de comunicação prévia (cfr. artigo 17.º, n.º 1). É de notar que a apreciação contida na informação prévia favorável mostra-se constitutiva do direito de loteamento ou de construção, no sentido de conter uma decisão administrativa relativa à possibilidade de loteamento ou de construção numa determinada área ou local, e, por outro lado, vinculativa, no sentido de a autoridade competente para licenciar ou admitir a comunicação prévia ficar vinculada aos aspectos já decididos na informação prévia favorável. Tais efeitos estão, contudo, temporalmente delimitados (1 ano), como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 17.º. Embora assente num juízo global provisório (sobre o projecto), este acto não ostenta o efeito permissivo típico dos actos autorizativos (e que está presente na licença parcial), o que significa, em termos práticos, que o requerente não fica habilitado, com a informação prévia, a iniciar a execução da operação urbanística. Cfr. FILIPA CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios...*, cit., pp. 45 e ss., em especial, pp. 54-55.

²² Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA / DULCE LOPES, *Direito do Urbanismo: casos práticos resolvidos*, Coimbra, 2005, pp. 162-163.

²³ Outra é a questão da bondade da solução legislativa, que faz recair exclusivamente sobre o requerente o risco da antecipação de parte da decisão sobre o pedido.

licença parcial e, por outro, evidencia a concepção da licença parcial como um acto administrativo distinto do acto provisório.

4.2. Considere-se, agora, um conjunto de normas no RJUE que prevê a emissão de licenças e a admissão de comunicações prévias²⁴ (e mesmo de autorizações de utilização) estritamente com base nas declarações ou termos de responsabilidade subscritos pelo técnico autor do projecto, legalmente habilitado para o efeito, com dispensa de verificação dos pressupostos da emissão dos actos autorizativos. É o que sucede, desde logo, nas hipóteses descritas nos n.ºs 8 e 9 do artigo 13.º, onde se prescreve a dispensa da intervenção, consultiva ou autorizativa, legalmente prevista de organismos municipais ou entidades externas ao município e a vistoria prevista também na lei.

Especificamente em relação à licença, o n.º 8 do artigo 20.º determina ainda que as declarações de responsabilidade dos autores dos projectos das especialidades e de outros estudos, desde que legalmente habilitados para o efeito, constituem garantia bastante do cumprimento das normas legais e regulamentares, dispensando a apreciação prévia de tais projectos ou estudos.

E quanto à admissão da comunicação prévia e à autorização de utilização, é assumido, nos artigos 35.º e 64.º, directamente como pressuposto o termo de responsabilidade. Tal não dispensará, em abstracto, o órgão decisor de verificar o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis, mas na prática e considerando o volume de pedidos desse género, o órgão acabará por fazer um controlo do cumprimento do quadro legal e regulamentar apenas nos casos que lhe suscitem dúvidas. É, aliás, o que

²⁴ Sobre a comunicação prévia, ver PEDRO GONÇALVES, «Controlo prévio de operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007», in *Direito Regional e Local (DREL)* 01 (2008), pp. 14-24 (pp. 16 e ss.), FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A alteração legislativa ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: uma lebre que saiu gato...?», in *DREL* 00 (2007), pp. 53-70 (p. 57), e «As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», in *DREL* 14 (2011), pp. 26-38; DULCE LOPES, «A comunicação prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada», in *DREL* 14 (2011), pp. 7-21 (pp. 9-12). Cfr. ainda MARGARIDA CORTEZ, «A inactividade formal da Administração como causa extintiva do procedimento e as suas consequências», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 367-414 (pp. 410-412).

decorre expressamente do n.º 2 do artigo 64.º, para a apreciação do pedido de autorização de utilização, onde se prevê o dever de realizar vistoria se existirem indícios sérios dessa violação – de qualquer modo, não fica afastada a hipótese de um controlo aleatório.

As disposições normativas enunciadas espelham uma tendência legislativa, não exclusiva do direito do urbanismo²⁵, de delegar nos particulares a tarefa de verificação dos pressupostos legais e regulamentares dos actos administrativos, fazendo recair sobre aqueles a responsabilidade dessa verificação²⁶.

Uma tal solução permite a emissão de actos administrativos sem uma prévia averiguação aprofundada do preenchimento dos correspondentes pressupostos legais, no que se assemelha ao acto provisório. Na verdade, também aqui as autoridades administrativas não fazem mais do que uma apreciação sumária dos pressupostos da decisão, formulando um juízo de probabilidade do preenchimento dos mesmos, que assenta nas declarações emitidas pelos particulares. Não se trata, porém, de uma qualquer declaração

²⁵ Esta solução legal espelha uma intenção de simplificação procedimental, traduzindo-se, ora em fazer depender a emissão do acto autorizativo da apresentação de *termo de responsabilidade*, no qual o seu autor declara que o projecto apresentado cumpre os condicionamentos legais e regulamentares, ora na apresentação de um *relatório* por uma entidade acreditada relativo à segurança da operação urbanística. Estes instrumentos permitem libertar a Administração do controlo prévio do respeito pelos diferentes condicionamentos legais e regulamentares, o qual passa, assim, a constituir tarefa dos privados. Com uma pequena diferença: para certos requisitos normativos, o legislador delega em entidades privadas independentes (acreditadas) a tarefa de verificação do seu cumprimento (instituinto um sistema de certificação obrigatória), enquanto para os restantes é suficiente a declaração do próprio interessado na autorização. Neste último caso, assiste-se a um fenómeno de transferência de responsabilidades para a esfera privada, numa lógica de autocontrolo, enquanto na primeira hipótese a transferência de responsabilidades se dá para uma entidade privada independente, que acaba por substituir o Estado nessa tarefa de fiscalização – sobre o fenómeno de privatização material dos procedimentos administrativos e a partilha de responsabilidades entre o Estado e as entidades particulares, veja-se PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, pp. 185 e ss.

²⁶ No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26/2010 pode ler-se que o propósito legislativo, já presente no diploma de alteração do RJUE de 4 de Setembro de 2007, de promover e valorizar a responsabilidade de cada interveniente é agora reforçado através da consagração destas medidas que assentam «na confiança e responsabilização de cada interveniente», com vista a «reduzir os custos associados aos processos de controlo prévio e evitar controlos redundantes».

do interessado – fala-se aqui em declarações emitidas por técnicos legalmente habilitados para o efeito (geralmente inscritos em ordens ou outras associações profissionais, que atestam a capacidade e honorabilidade daqueles). O que faz recordar a transferência ou delegação nos privados da tarefa de apreciação dos pressupostos legais e regulamentares.

Simplemente, uma diferença se destaca em relação ao típico ou tradicional acto provisório: é que, nos casos aqui enunciados, não se pressupõe ou assume que o acto autorizativo vai ser substituído por um outro acto; por outras palavras, o acto administrativo não é emitido a título provisório. Na verdade, os termos em que essas hipóteses estão formuladas na lei revelam que a decisão formada e notificada é a decisão final e portanto emitida com intenção de constituir a regulação estável da situação visada.

Note-se que mesmo a verificação aleatória a que faz referência o n.º 10 do artigo 13.º parece dever ocorrer antes de tomada a decisão sobre o procedimento de operação urbanística. O mesmo sucedendo com a hipótese de realização de vistoria prevista no n.º 2 do artigo 64.º. O que torna evidente que falta a estas autorizações administrativas, mesmo quando emitidas com base em termos de responsabilidade, sem verificação da conformidade do aí certificado ou atestado com a realidade, natureza provisória, entendida a provisoriedade em sentido próprio. Há, é certo, averiguação sumária dos pressupostos, *rectius*, uma imputação a privados da tarefa de verificação de pressupostos, confiando a autoridade administrativa na veracidade e acerto de tal verificação. Mas a decisão, uma vez emitida, é proferida com o cunho de estabilidade da regulação nela contida. Em suma, dir-se-á que estes actos não correspondem a actos administrativos provisórios.

A decisão não exclui, todavia, o poder administrativo de fiscalização e de revisão da decisão (no sentido de a declarar nula ou a revogar) nos termos gerais. Já que as situações objecto de regulação não deixam de ter de estar conformes com as disposições legais e regulamentares vigentes. Isso mesmo é expressamente afirmado no n.º 2 do artigo 35.º, para as operações urbanísticas realizadas ao abrigo de comunicação prévia, mas decorre também do artigo 21.º para as operações urbanísticas licenciadas. Portanto, não obstante a força fundamentadora (da decisão) que a lei imputa aos

termos de responsabilidade, haverá invalidade originária da decisão que não cumpra ou esteja em conformidade com a lei e o quadro regulamentar. E, por essa razão, se mantém inalterado o poder de declaração de nulidade ou de invalidação dos actos administrativos.

Não obstante o que se afirmou, poderia ainda procurar considerar-se o específico regime de controlo do cumprimento das normas urbanísticas e de ordenamento do território consagrado no RJUE. Tem-se aqui em vista o regime de embargo, definido nos artigos 102.º e seguintes. No artigo 102.º, n.º 1, alínea c), prevê-se a competência do presidente da câmara de embargar obras de urbanização, edificação ou demolição «quando estejam a ser executadas em violação das normas legais e regulamentares aplicáveis». Ora, a possibilidade de embargar obras cuja execução não esteja em desconformidade com o respectivo acto autorizativo, mas antes directamente em violação do quadro legal e regulamentar, parece pressupor (ou, pelo menos, deixa espaço para se admitir) que o próprio acto autorizativo foi emitido em violação de tais regras legais ou regulamentares.

Nessa medida, poderia ver-se na decisão de embargar a obra ou na ordem de realização de trabalhos de correcção ou alteração da obra (possibilidade também reconhecida ao presidente da câmara no artigo 105.º) uma reapreciação da situação ou projecto, cujos pressupostos nunca foram rigorosamente averiguados, com a consequente emissão de uma ulterior «decisão que defina a situação jurídica da obra com carácter definitivo» – cfr. artigos 104.º, n.º 1, e 105.º, n.º 2, *in fine*. Nesta perspectiva, a articulação do regime do embargo com os preceitos legais que admitem a emissão da autorização com base na análise de termos de responsabilidade dos autores dos projectos ou outros estudos possibilitaria, então, configurar no conjunto dos dois procedimentos (o autorizativo e o de embargo), actos administrativos cujos efeitos autorizativos ou licenciadores podem ser postos em causa ao abrigo de um regime legal específico, que não se confunde com o regime geral da revogação dos actos administrativos.

Simplemente, mesmo esta aplicação conjugada dos diferentes preceitos mencionados não permite, com rigor, afirmar o carácter provisório dos actos, porquanto, como se viu, essa intervenção ulterior do presidente da câmara

não é certa. E em todo o caso, mesmo que o fosse, a alteração dos efeitos jurídicos resulta aqui do exercício de uma competência distinta da competência de autorização. Assim, conclui-se que os actos administrativos emitidos com base em termos de responsabilidade não têm natureza provisória.

4.3. Um último acto administrativo pode ainda ser considerado. Refiro-me à *ordem de embargo*, prevista no artigo 102.º. Pela sua natureza cautelar, a ordem de embargo pressupõe a emissão de um acto ulterior, que venha regular definitivamente a situação jurídica da obra. É, aliás, o que se retira da leitura do disposto no artigo 104.º, o qual prescreve que àquele acto impositivo deve suceder uma decisão definitiva sobre a situação jurídica da obra, com a consequente caducidade do primeiro²⁷. A este traço característico da ordem de embargo junta-se ainda a circunstância de a mesma regular a situação da obra (entre os seus efeitos contam-se a constituição do dever de suspensão dos trabalhos de execução da obra e a suspensão da eficácia do acto autorizativo, nos termos do artigo 103.º) enquanto não é emitida uma decisão com carácter definitivo sobre a situação jurídica da obra – fazendo recordar, nestes dois aspectos, o acto provisório²⁸. Mas a verdade é que aqui cessa a similitude entre o acto provisório e a ordem de embargo. E isto porque a ordem de embargo não assenta, ao contrário do que sucede com o acto provisório, num juízo de incerteza sobre a verificação dos correspondentes pressupostos, elemento essencial para tal qualificação. E, por essa razão, não pode ser qualificado como um administrativo provisório²⁹.

²⁷ Embora a caducidade possa aqui resultar do simples decurso do prazo para a emissão da decisão definitiva.

²⁸ Qualificando o embargo como um acto administrativo cautelar e provisório, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES / FERNANDA PAULA OLIVEIRA / DULCE LOPES, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, 2.ª ed., 2009, p. 559; FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito Administrativo*, III, Coimbra, 2010, pp. 271 e 274. Cfr., contudo, nota seguinte.

²⁹ Sem pretender entrar aqui na discussão da natureza jurídica do embargo, sempre se dirá que este acto corresponde a uma medida provisória, que, em si mesma, não satisfaz directa e plenamente o interesse público prosseguido (cfr. *supra*, nota 20) – qualificando-a como uma medida provisória típica, CARLA AMADO GOMES, «Embargos e demolições entre a vinculação e a discricionariedade – Acs. do STA de 6.05.198, P. 39405 e de 19.05.1998, P. 43433», in *Cadernos de Justiça Administrativa* 19 (2000), pp. 37 e ss. (p. 46). Simplesmente, porque a decisão que ordena a adopção desta medida contém uma definição jurídica da situação da obra que cria deveres na esfera jurídica do particular, podendo produzir prejuízos relevantes, não pode a mesma

O mesmo juízo merece ainda a *ordem de realização de trabalhos de correcção ou alteração da obra*, prevista no artigo 105.º, e que constitui, de resto, a única hipótese expressamente ressalvada pelo RJUE do regime legal geral da revogação (cfr. artigo 73.º, n.º 2).

5. Em jeito de síntese, conclui-se que o RJUE e os procedimentos de controlo prévio de operações urbanísticas não constituem à partida o domínio preferencial para a emissão de decisões administrativas com carácter precário ou provisório. Não obstante, o RJUE expressamente prevê a emissão de actos precários e, sobretudo, nele vêm consagradas diversas figuras jurídicas próximas, seja na sua funcionalidade, seja em alguns dos seus traços típicos, dos actos provisórios.

Filipa Urbano Calvão
(mcalvao@porto.ucp.pt)
Doutora em Direito

[Voltar ao início do texto](#)

deixar de ser qualificada como um acto administrativo (impugnável) – neste sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO GONÇALVES / PACHECO DE AMORIM, *op. cit.*, pp. 407-408.

Em sentido diferente, sustentando ser o embargo administrativo um acto administrativo por ter uma eficácia constitutiva própria, dele decorrendo directamente a obrigação de suspender a execução das obras em curso, CLÁUDIO MONTEIRO, «O embargo de obras no Regime Jurídico da Urbanização e de Edificação», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, 2010, pp. 1143-1179 (p. 1157-1161).

[Voltar ao índice](#)

NOTAS SOBRE A ALTERAÇÃO DE LICENÇA URBANÍSTICA**1. A alteração de licença urbanística: considerações gerais**

Um qualquer acto de licenciamento de operação urbanística (doravante, licença urbanística), ainda que não seja rigorosamente “criador” de situações jurídicas sem qualquer ancoragem em sede constitucional ou legislativa, será certamente conformador de situações jurídicas. Desde logo, e em primeiro plano, de situações jurídicas do seu titular, definindo o seu preciso alcance em concreto, ou seja, em que exactos termos e condições é permitida uma específica actividade reconduzível à expressão “operação urbanística”¹.

Uma *alteração* de licença urbanística caracteriza-se por importar uma nova conformação de tais termos e condições. Mais rigorosamente, caracteriza-se por redefinir o significado (em particular, o significado permissivo) correspondente à licença.

As considerações que se seguem respeitam a alguns aspectos do *regime material* e do *regime procedimental* da alteração de licença urbanística. Quanto ao regime material, a nossa atenção focar-se-á no problema de saber se uma licença urbanística *válida* pode ou não ser alterada *em sentido desfavorável para o seu titular* – isto é, num sentido amputador do significado permissivo que lhe corresponde – independentemente do seu consentimento.

2. Regime material da alteração de licença urbanística

2.1. No âmbito da teoria geral do acto administrativo, a alteração de licença urbanística é ainda uma *alteração ou modificação* para efeitos do disposto no artigo 147.º do CPA, o qual remete para o regime da revogação de actos administrativos².

¹ Nos termos da definição constante do artigo 2.º, alínea j), do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação – RJUE (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, na versão republicada em anexo à Lei n.º 26/2010, de 30 de Março) são “operações urbanísticas” as “operações materiais de urbanização, de edificação, utilização dos edifícios ou do solo desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água”.

² Sobre semelhante remissão, assinalando que a mesma não prejudicará especialidades do regime da modificação ou alteração “quanto à competência para

Neste quadro, e pelo menos à primeira vista, a solução aplicável à alteração em sentido desfavorável para o seu titular de licença urbanística válida (sendo que por licença urbanística *válida*, queremos referir-nos, para já, a licença *não originariamente inválida*³) será a solução “literalmente” aplicável à revogação de actos válidos “constitutivos de direitos” em geral e que corresponde ao artigo 140.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do CPA. Ou seja, *tal alteração não é possível, a menos que consentida*.

Assim, uma licença urbanística, enquanto acto válido “constitutivo de direitos”, importará a *blindagem da situação jurídica do seu titular* contra qualquer posterior actuação administrativa que a ponha em causa, isto é, que se revele de algum modo desfavorável, comprimindo o significado permissivo correspondente⁴.

É certo que, em duvidosa linha argumentativa que “explorasse” as deficiências de “técnica legislativa” evidenciadas pelo RJUE, se poderia desafiar esta última asserção. Nesse caso, dir-se-ia que a solução “literalmente” aplicável à revogação dos actos válidos “constitutivos de direitos” – ainda que genericamente aplicável à *alteração* dos mesmos actos *ex vi* do artigo 147.º do CPA – não seria aplicável à *alteração* de *licenças urbanísticas* em especial, invocando-se o facto de o artigo 73.º, n.º 1, do RJUE, ao remeter para os “termos estabelecidos na lei para os actos constitutivos de direitos”, se referir apenas à *revogação* e não à *alteração*.

Efectivamente, precisando-se a remissão em causa à luz do ditame *expressio unius est exclusio alterius* – e demonstrando-se a pertinência desse ditame –, poderia eventualmente concluir-se que a solução “literalmente” aplicável à *revogação* de *licenças urbanísticas* não é aplicável à sua

a sua prática, ao seu objecto e aos seus efeitos”, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Dom Quixote, Lisboa, 2007, p. 201.

³ Uma licença originariamente válida pode ser supervenientemente inválida, sendo de assinalar desde já que, se no que diz respeito a aspectos orgânicos e formais *tempus regit actum* (artigo 30.º, n.º 1, do CPA), o mesmo não pode ser dito quanto à substância de actos destinados a vigorar continuamente no tempo. Regressaremos aqui.

⁴ Para uma abordagem crítica do “princípio de estabilidade do acto administrativo” e, em particular, da ideia de *blindagem* do acto administrativo “constitutivo de direitos”, identificando as suas raízes históricas e o seu desenvolvimento, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 629 segs.

alteração. Ou seja, as licenças urbanísticas seriam revisíveis pela Administração, desde que não se chegasse até à integral erradicação do significado permissivo que lhes corresponde (isto é, desde que não se chegasse até à revogação).

Caso se prosseguisse esta linha, o titular de licença urbanística permaneceria ainda com uma garantia contra a revisão da mesma, pelo menos à primeira vista: a garantia de que a alteração só poderia ter lugar a seu pedido. É que, no artigo 27.º, n.º 1, do RJUE, lê-se que as alterações à licença têm lugar *“a requerimento do interessado”* (sendo que o artigo 48.º, n.º 1, do mesmo diploma, apenas admite uma *“iniciativa da câmara municipal”* na hipótese muito particular de alteração de licença de *loteamento* relevante da sua *adaptação a normas de planeamento supervenientemente entradas em vigor*).

Mas mesmo esta última garantia seria, então, duvidosa. Na verdade, não seria nada certo que o *“interessado”* em causa fosse necessariamente o *“titular da licença”* e não um qualquer *“interessado”* na sua alteração em sentido desfavorável (para aquele *“titular”*), agindo em nome de bens como o ambiente, o património cultural, o ordenamento do território, etc. E não seria certo, não apenas tidas em conta as normas gerais sobre legitimidade procedimental (artigo 53.º do CPA), como tido em conta especificamente o facto de o RJUE não expressar, no referido artigo 27.º, n.º 1, que o *“interessado”* em causa é o *“titular da licença”*. Sendo que o faz, por exemplo, no n.º 1 do artigo 72.º, relativo à *renovação da licença* (a expressão de que o legislador se socorre aqui é, especificamente, a expressão *“titular da licença”* e não a expressão *“interessado”*).

Ou seja, há uma possível linha argumentativa culminante na conclusão de que as licenças urbanísticas são modificáveis em sentido desfavorável para os seus titulares (isto é, em sentido amputador do significado permissivo que lhes corresponde) *mesmo contra a sua vontade*, ainda que não sejam revogáveis. Trata-se, no entanto, de linha que, se meramente assente nas razões expostas (isto é, na leitura do artigo 73.º, n.º 1, à luz do ditame *expressio unius est exclusio alterius*, em termos que confundam o acesso ao Direito com

a manipuladora “imputação” de sentidos a textos normativos “nos limites da letra”), não há-de poder ser aceite.

Na verdade, o problema da alteração de licença urbanística em sentido desfavorável e independentemente de consentimento do seu titular não será resolúvel no âmbito de uma estrita “lógica formal”. Pelo contrário: esse problema apenas será resolúvel no âmbito de um enquadramento que permita atender aos bens ou valores em presença e ao seu peso.

E, desde logo, será indesmentível que os mesmos bens ou valores que pesam no sentido da estabilidade de licenças urbanísticas contra sua revogação (ou seja, que encontram concretização em “norma negativa de competência”⁵ que inibe tal revogação e que corresponde ao artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA) pesam no sentido da estabilidade das mesmas licenças contra a sua alteração em sentido desfavorável. Fala-se sobretudo da *segurança jurídica* que, na sua dimensão subjectiva, se concretiza como tutela da confiança⁶.

Trata-se esta de razão suficiente para que, para efeitos de regime – e independentemente do que seja especificamente mencionado na norma remissiva correspondente ao n.º 1 do artigo 73.º –, a alteração e a revogação sejam consideradas conjuntamente no âmbito de uma mesma categoria geral: a *revisão*. Trata-se esta, recorde-se, de categoria introduzida entre nós por VIEIRA DE ANDRADE e que abrange uma qualquer “reapreciação negativa ou divergente de um acto administrativo anterior”⁷.

Não se esquece, evidentemente, que, se se representam bens que pesam no sentido da não revisibilidade de licenças urbanísticas em sentido desfavorável para os seus titulares (não apenas a segurança jurídica, como também, por exemplo, a livre iniciativa económica ou a propriedade), poderão representar-se, em diferentes casos, bens que pesam em concreto no sentido contrário (o ambiente, a preservação do património cultural, etc.). Inclusivamente, há que considerar a hipótese de os bens que pesam no

⁵ Sobre “normas negativas de competência” enquanto normas em que se precisam princípios jusfundamentais, cfr. ROBERT ALEXY, *Théorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p. 223 segs.

⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 257 segs.

⁷ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, A “Revisão” dos Actos Administrativos no Direito Português, *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs. 9/10, p. 185-202, p. 185-186.

sentido da revisão em sentido desfavorável da licença urbanística não poderem ter sido adequadamente representados no momento da sua emissão. Considere-se, por exemplo, a hipótese de haver um achado arqueológico em solo sobre o qual havia incidido operação de loteamento...

E a questão que então se coloca é a de saber se a solução de blindagem correspondente ao artigo 140.º do CPA (ou ao artigo 140.º aplicável *ex vi* do artigo 147.º) pode, nestes últimos casos, ser “desbloqueada”. De outro modo, cumprirá apurar se os “actos constitutivos de direitos” válidos são revisíveis em sentido desfavorável para além ou aquém das “fronteiras literais” do artigo 140.º do CPA.

Neste contexto, será relevante referir-se, com algum detalhe, os termos em que, na doutrina portuguesa, se tem vindo a formar, com cada vez maior insistência, um “movimento” no sentido da precarização dos actos válidos “constitutivos de direitos”, incluídas naturalmente as licenças urbanísticas.

2.2. A concepção correntemente admitida – uma concepção que encontra “correspondência literal” no artigo 140.º do CPA, ou no artigo 140.º do CPA aplicável *ex vi* do artigo 147.º do mesmo diploma, consoante os casos – de que os “actos constitutivos de direitos” blindam as situações jurídicas conformadas nos mesmos contra uma qualquer reapreciação negativa ou desfavorável tem vindo a entrar em crise.

Uma breve história dessa crise – ou, de outro modo, do movimento doutrinário no sentido da *precarização* dos actos válidos “constitutivos de direitos” – tem de considerar, desde logo, o decisivo impulso de VIEIRA DE ANDRADE⁸. Logo em 1994, o mesmo Autor, a respeito do artigo 140.º do CPA, sustentou revelar-se aí “uma solução decididamente garantística” que privilegia “a estabilidade jurídica das posições jurídicas dos particulares”, já que se proíbe «a revogação dos “actos constitutivos de direitos ou de interesses legalmente protegidos”, salvo na parte (...) em que sejam desfavoráveis aos destinatários ou quando haja concordância dos interessados (tratando-se de posições jurídicas disponíveis)».

E a tal solução contrapõe o facto de poder acontecer que “por alteração da situação de facto (ou até alteração não imperativa da situação de direito)

⁸ Cfr. A “Revisão” ..., *loc. cit.*, 196 segs.

ou por mudança fundamentada das concepções da Administração, o interesse público torne conveniente, ou até imperiosa, a revogação de um acto favorável". Procurando uma solução adequada a semelhantes situações, questionou VIEIRA DE ANDRADE se, nas mesmas, não deveria ser admitida "uma vez mais, a ponderação entre o interesse público e o privado, permitindo a revogação, em regra com indemnização, por exemplo, quando o interesse público seja especialmente forte e não houver razão para proteger a confiança do particular na manutenção da situação constituída"⁹.

De notar que, embora assim se tenha manifestado favorável à revisão negativa de actos "constitutivos de direitos" válidos – fazendo-o num quadro geral de "*ponderação entre o interesse público e os interesses particulares em jogo*" –, VIEIRA DE ANDRADE ressaltou que tal solução deveria ser admitida «só em casos contados e com as devidas cautelas e compensações, de modo a garantir os direitos e as legítimas expectativas dos particulares». Por outro lado, o mesmo Autor parece ter dado à sua posição – proferida num contexto de debate incidente sobre o CPA, então acabado de ser aprovado – um estrito alcance *de lege ferenda*. Tal na medida em que haja concluído, quanto à solução correspondente ao CPA, que essa protege "indiscriminadamente" o particular, "sem atender aos méritos reais da sua confiança e pondo em risco a desejável flexibilidade na realização do interesse público a cargo da Administração"¹⁰.

Se a posição expedida por VIEIRA DE ANDRADE se delineava como posição *de lege ferenda*, pelo menos facialmente, o mesmo não é de dizer relativamente à posição subsequentemente adoptada por PEDRO GONÇALVES¹¹. Efectivamente, para este Autor, os actos válidos "constitutivos

⁹ A este último respeito, VIEIRA DE ANDRADE refere a hipótese de o particular estar "*de má fé, pois que esta não implica necessariamente a ilegalidade do acto*".

¹⁰ Cfr. A "*Revisão*"..., *loc. cit.*, p. 197. Veja-se também *Revogação do Acto Administrativo*, Direito e Justiça, vol. VI, 1992, p. 53-63, em especial, p. 60-61. Afirma-se aqui que, no artigo 140.º do CPA, "assegura-se pura e simplesmente a estabilidade desses actos [constitutivos de direitos], sem medir os interesses em jogo, desprezando a eventual relevância da revogação para o interesse público, e não curando de saber se os interesses do particular merecem tutela, se a confiança depositada na estabilidade das posições jurídicas subjectivas constituídas é, ou não, digna de protecção da ordem jurídica".

¹¹ Cfr. *Revogação*, Dicionário Jurídico da Administração Pública, VII, 1996, p. 303-325, p. 316-317.

de direitos" são revogáveis fora das fronteiras literais do artigo 140.º, n.º 2, quando haja um "*interesse público actual*" – verificável "*sobretudo*" no âmbito de uma "*alteração da situação de facto sobre que o acto incidiu*" – cujas "*exigências reais (...) comparativamente se sobreponham ao interesse privado na manutenção do acto*", reconhecendo-se ao "interessado de boa-fé" o "direito a ser justamente ressarcido pelo dano que a revogação seja causa adequada"¹².

Diga-se que PEDRO GONÇALVES dá como certa a admissibilidade de revogação de actos válidos "constitutivos de direitos" nas condições referidas mesmo na ausência de específica norma habilitadora (isto é, de específica norma excepcionadora da "norma negativa de competência" correspondente ao artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA). Invoca o facto de haver normas que atribuem poderes à Administração "para expropriar ou requisitar bens imóveis dos administrados (enfraquecendo o direito de propriedade) ou para rescindir unilateralmente os contratos administrativos por imperativo de interesse público". E, apoiando-se em tais normas, parece bastar-se com aquilo que aparenta ser um argumento *a maiori ad minus*.

Será duvidoso, no entanto, que assim resultem integralmente satisfeitas as exigências do princípio da legalidade administrativa. Na verdade, muito dificilmente o mesmo princípio, na vertente *precedência de lei*¹³, se compatibilizará com a inferência de competências administrativas *por maioria de razão*. De resto, admitindo-se semelhante inferência e afirmando-se em sede de competências administrativas que "*quem pode o mais pode o menos*", o que não seria admitido à Administração, tidos em conta os seus poderes "para expropriar ou requisitar imóveis dos Administrados"?

Em qualquer caso, a posição adoptada por PEDRO GONÇALVES na

¹² Num contexto de crítica ao estatuído no artigo 140.º do CPA e em linha próxima à seguida por VIEIRA DE ANDRADE, cfr. J. ROBIN DE ANDRADE, *Revogação Administrativa e a Revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, 28, 2001, p. 37-49, em especial, p. 38 segs.; FILIPA CALVÃO, *Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo*, Cadernos de Justiça Administrativa, 54, 2005, p. 33-43, em especial, p. 40 segs.

¹³ Para mais desenvolvimentos sobre as diferentes vertentes do princípio da legalidade administrativa, cfr. o nosso *Regulamentos Independentes do Governo*, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, III, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 979-1064, p. 1008 segs.

sequência das considerações *de lege ferenda* de VIEIRA DE ANDRADE veio a ter significativo diapasão, sendo acolhida por FREITAS DO AMARAL¹⁴ como “legalmente possível”. Admite-se, pois, *apesar das fronteiras literais do artigo 140.º do CPA*, a revogação de um “acto constitutivo de direitos” se “demonstrada, fundamentalmente, a existência, numa concreta situação da vida, de um interesse público cuja satisfação deva, à luz de um juízo de ponderação (vertente do equilíbrio do princípio da proporcionalidade), prevalecer sobre o interesse privado de um particular na manutenção do acto, por um lado, e, por outro, desde que se garanta ao particular de boa fé o pagamento de uma justa indemnização pecuniária (existindo prejuízos relevantes)”.

Por último, CARLA AMADO GOMES, movendo-se, na sequência de GOMES CANOTILHO¹⁵, em contexto que torna premente a problemática da reapreciação negativa dos denominados “actos constitutivos de direitos” (um contexto particularmente relevador do bem jurídico ambiente e da tutela preventiva do mesmo, no qual se evidencia que “o risco trouxe uma dimensão de instabilidade à relação jurídica autorizativa”, importando “duas mudanças de tomo” que se prendem “por um lado, com a redução da confiança que o acto proporciona ao seu destinatário e, por outro lado, com o aumento de responsabilidade administrativa pela actualização do conteúdo dos deveres ínsitos no acto, de acordo com a evolução dos padrões técnicos protectivos dos bens jurídicos sob tutela preventiva”¹⁶) e retomando desenvolvidamente a linha argumentativa enxertada por VIEIRA DE ANDRADE no sentido da

¹⁴ Cfr. FREITAS DO AMARAL (com a colaboração de LINO TORGAL), *Curso de Direito Administrativo*, II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 448-449.

¹⁵ Na verdade, GOMES CANOTILHO de há muito se tem vindo a movimentar no específico contexto da revisibilidade do “acto autorizativo” de actividade com incidência ambiental, alertando para a “necessidade de uma adaptação permanente a novas circunstâncias, exigência de prevenção perigos só revelados depois da entrada em funcionamento do estabelecimento, dever de tomada em consideração dos conhecimentos incessantemente renovados da ciência e da técnica. Neste sentido, ao acto autorizativo é retirada alguma dimensão de estabilidade a favor de um carácter procedimental dinâmico. Sem se aniquilarem os princípios da segurança e confiança, perturba-se, porém, a visão de alguns actos constitutivos – actos autorizativos e actos concessórios – como actos definitivamente constitutivos de direitos subjectivos”, cfr. GOMES CANOTILHO, *Actos Autorizativos Jurídico-Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXIX, 1993, p. 41.

¹⁶ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 629.

denúncia das “deficiências” do “regime de revogação dos actos administrativos presentemente vertido na Secção IV do Capítulo II da Parte IV do CPA”¹⁷, propõe uma solução em muito relativizadora de um “princípio de estabilidade dos actos administrativos”.

Com efeito, a solução proposta pela Autora – e a que parece conferir-se uma relevância independente de uma qualquer revisão do CPA, sem prejuízo de se propor energicamente esta última¹⁸ – pretende-se superadora de um confronto entre uma “estabilidade” do acto administrativo “constitutivo de direitos” (“blindado” pela norma correspondente à alínea b) do n.º 1 do artigo 140.º) e uma “instabilidade do contrato” (relativamente ao qual “o dealbar do século XX acarretou, para a Administração e para a jurisprudência, a necessidade de fazer face a mutações drásticas das condições de prossecução de tarefas de interesse público, entregues em concessão a privados e que, subitamente, se viram profundamente abaladas pelo progresso técnico”). Efectivamente, entende-se que esse confronto convoca uma “necessidade de harmonização especialmente presente após a entrada em vigor, pela mão do CPA, da norma que estabelece o princípio de equivalência funcional entre o acto e o contrato administrativos (cfr. o artigo 179.º/1)”¹⁹.

¹⁷ Segundo a Autora (cfr. *Risco e Modificação...*, p. 654 segs.), essas “deficiências” são “as seguintes:

- i) Indistinção entre as noções de anulação, abrogação e revisão/modificação administrativas;
- ii) Prevalência desproporcionada da dimensão de segurança jurídica: – em detrimento da necessidade de protecção de terceiros de boa-fé que tenham confiado na validade do acto ilegal; – em face de quem deu aso, fraudulentamente, à prática do acto ilegal;
- iii) Prevalência desproporcionada da “segurança jurídica” relativamente à necessidade de actualização do acto por razões ligadas à reconsideração de prioridades de interesse público;
- iv) Desconsideração do princípio da proporcionalidade como factor de balanceamento dos efeitos a atribuir à anulação do acto;
- v) Desarticulação entre a operação de blindagem do acto para efeitos de revogação e a abertura à conformação administrativa, em sede de competências predominantemente discricionárias, através de cláusulas acessórias tendencialmente limitativas dos efeitos do acto.”

¹⁸ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 671.

¹⁹ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 630. O entretanto revogado artigo 179.º, n.º 1, do CPA, corresponde ao actual artigo 278.º do Código dos Contratos Públicos. Previamente a CARLA AMADO GOMES, ROBIN DE ANDRADE, embora de *lege ferenda* ou no plano do “direito a constituir”, havia já preconizado a extensão ao acto administrativo de elementos relevantes do regime do contrato administrativo, em

Semelhante “necessidade de harmonização” é colmatável, segundo CARLA AMADO GOMES, através de uma figura – a *revisão* – radicada “na teoria da imprevisão, versão administrativa da cláusula *rebus sic stantibus*”. Efectivamente a Autora, filia uma *competência de revisão* “na teoria da imprevisão, que o Código Civil, encorajado pelo Direito Administrativo, despertou de um sono de séculos e fez ascender à categoria de princípio geral de Direito, no artigo 437.^o”²⁰. E essa mesma “competência de revisão” (que permitiria à Administração prosseguir um objectivo de adaptação do “acto constitutivo de direitos” às “novas circunstâncias de risco eventualmente surgidas após a sua emissão, ou às novas tecnologias disponibilizadas para fazer face a riscos já conhecidos e mais eficazes na sua minimização”²¹), embora relevasse originariamente do domínio contratual poderia ser transposta para o domínio do acto administrativo em geral (e não apenas, mesmo que “sobretudo”, para o domínio dos “actos administrativos ambientais”²²), tida em conta uma “equivalência entre as formas do acto e do contrato”, sendo que “dispondo a lei no sentido da equiparação entre as formas, imperioso se torna que assegure as condições de equiparação entre os efeitos”²³.

Deste modo, e em síntese, “no silêncio da lei sobre o problema da alteração dos pressupostos de facto do acto administrativo (...), a consagração da teoria da imprevisão como princípio geral de Direito no Código Civil, aliada à equivalência formal entre acto e contrato estabelecida no CPA, possibilita o apelo a um mecanismo de revisão do acto modal (materialmente contratual, portanto) fundado na superveniência de factores de risco desconhecidos à data da modelação inicial da relação autorizativa,

particular relativos aos poderes da Administração, cfr. *Revogação...*, *loc. cit.*, p. 40 segs.

²⁰ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 712.

²¹ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 711.

²² Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 713. O carácter geral que a Autora empresta à sua solução, a qual assim transcende o domínio dos actos autorizativos ambientais evidencia-se particularmente em *Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...* - *Contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente de pressupostos*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 237-266.

²³ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 713 segs.

bem como na disponibilização de novas técnicas de minimização de riscos já conhecidos”²⁴.

Ainda que CARLA AMADO GOMES rodeie a sua solução de garantias – afirmando que «a incerteza que envolve a conformação de um acto autorizativo com incidências ambientais (e não só) é substancialmente “domesticada”, quer sob o ponto de vista procedimental, quer sob o ponto de vista substancial, através da regulação legislativa do *iter* ponderativo que a Administração há-de desenvolver»²⁵ – as dúvidas com que ficamos prendem-se precisamente com o ponto já anteriormente oposto à tese proposta por PEDRO GONÇALVES. Prendem-se essas com o facto de assim resultar comprometido até ao “ponto de aniquilação” o princípio da legalidade administrativa (na vertente precedência de lei), o qual, se não constitui um valor em si mesmo e enquanto tal, certamente constitui um valor enquanto expressivo dos princípios democrático e do princípio do Estado de Direito (ou limitação jurídica do poder)²⁶.

De ressaltar que, à luz do princípio da precedência de lei, nada haverá a opor a uma competência de revisão – antes pelo contrário, podendo ser grande o mérito envolvido na respectiva previsão – nos casos em que a mesma se encontre *especificamente* contemplada, o que sucede, por exemplo, no caso da Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro), a qual estabelece, na alínea a) do n.º 3 do artigo 67.º, que “a licença pode ser revista em termos temporários ou definitivos pela autoridade que a concede: a) No caso de se verificar alteração das circunstâncias de facto existentes à data da sua emissão e determinantes desta, nomeadamente a degradação das condições do meio hídrico”.

Por outro lado, o exposto não significa que se feche os olhos à imperiosa necessidade de oferecer actualização a bens jurídicos constitucionalmente relevados como o ambiente, a preservação do património cultural, o ordenamento do território (etc.) segundo o peso que apresentem em

²⁴ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 716 (sublinhado nosso).

²⁵ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 716 segs.

²⁶ Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *Regime Orgânico dos Direitos, Liberdades e Garantias e Determinação Normativa – Reserva de Parlamento e Reserva de Acto Legislativo*, Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 24, 2001, p. 533-595, p. 543 segs.

concreto. Ainda menos significa que deixe de se ter presente aquilo que se usa chamar de “multilaterização da relação jurídica administrativa”²⁷, cuja consideração, de resto, nada mais revela do que a consciência de que, em cada situação, há sempre uma multiplicidade de bens que pedem concretização ou actualização e que cumpre pesar devidamente.

O exposto apenas significa que uma adequada conformação material de situações jurídicas pela Administração – uma conformação concretizadora de todos os bens em presença segundo o seu peso nas circunstâncias que se apresentam – subsequente a anterior conformação “mais favorável” não pode, *pelo menos em regra*, ter lugar independentemente de *específica* norma habilitadora que infirme o estatuído no artigo 140.º do CPA, sob pena de se negar qualquer peso aos princípios subjacentes à precedência de lei (ou, de outro modo, aos fundamentos garantístico e democrático da reserva de lei). Tanto mais quanto os actos administrativos conformadores em causa (que se pretende como revisíveis mesmo “*no silêncio da lei sobre o problema da alteração dos pressupostos de facto do acto administrativo*”²⁸ e tendo-se bem presente que a norma correspondente ao artigo 141.º do CPA não constitui norma habilitadora para sua revogação, mesmo considerada a sua eventual invalidade superveniente²⁹) sejam actos conformadores *em concreto* de situações jurídicas correspondentes a bens justfundamentais como sejam a livre iniciativa económica, a livre investigação científica, a propriedade, etc.

Socorremo-nos da formulação *em regra* na medida em que equacionemos a possibilidade de ocorrerem circunstâncias correspondentes àquilo que se usa designar por *estado de necessidade*, de há muito conceptualizadas enquanto susceptíveis de subtrair a Administração ao rigoroso cumprimento dos ditames do princípio da legalidade e, em especial, ao princípio da precedência de lei. Essas, na formulação de PAULO OTERO³⁰, são

²⁷ Cfr. em especial, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 100 segs.

²⁸ Cfr. *Risco e Modificação...*, p. 716 (sublinhado nosso).

²⁹ Precisamente na medida em que a invalidade que possa estar eventualmente em causa seja superveniente e não originária. Nas palavras de CARLA AMADO GOMES “o artigo 141.º do CPA tão pouco resolve o problema, pois que esta disposição aponta para uma invalidade presente à data da emissão do acto”, cfr. *Risco e Modificação...*, p. 723 segs. e 752.

³⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Legalidade*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 997.

“circunstâncias de facto extraordinárias que, gerando uma necessidade e urgência de actuação, envolvem a ameaça ou a continuação de uma efectiva situação de perigo ou de dano a valores, bens ou interesses públicos cuja essencialidade de tutela exige uma intervenção administrativa que só pode ser alcançada com preterição das regras que normalmente pautam a actividade da Administração Pública”³¹ (*in casu*, mediante a preterição da norma proibitiva correspondente ao artigo 140.º, n.º 1, alínea b), não exceptcionada por norma que especificamente contemple uma competência de revisão).

Para além de assim se convocar uma categoria cuja relevância ao nível da preterição de normas normalmente condicionantes da actividade administrativa em geral tem uma larga tradição e é expressamente reconhecida no CPA (artigo 3.º, n.º 2) – não se caindo no “risco” de importar para actividade permissiva da Administração um enquadramento especificamente previsto para a sua actividade contratual –, operar no âmbito da categoria do *estado de necessidade* terá, *materialmente*, o mérito de garantir que uma qualquer competência de revisão não legalmente prevista só possa ser arrogada no caso de se verificar “um perigo ou ameaça actual ou iminente para um bem que apresente, no caso, um valor manifesta ou sensivelmente superior” ao apresentado pelo bem consubstanciado na segurança jurídica (isto é, na tutela da confiança do particular que vê afrontado um significado permissivo que pensara estabilizado *nos termos das normas legais em vigor*). Garantindo-se concomitantemente um “controlo da legitimidade da intervenção baseado nos padrões da proporcionalidade, da imparcialidade e da igualdade, cujo cumprimento é igualmente indispensável à justificação [do próprio estado de necessidade]”³².

Face ao exposto, e tido em conta que, mesmo mantendo-se em vigor a “norma negativa de competência” correspondente ao artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA, se verificará, ainda assim, uma possibilidade de revisão de actos “constitutivos de direitos” contra a vontade dos seus “titulares” em circunstâncias como as descritas (às quais corresponde um particularmente

³¹ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 997.

³² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 485-486.

apertado controlo de legitimidade, tão ou mais relevante quanto o que esteja em causa seja retirar a “palavra dada”...), será assim tão imperioso rever o CPA neste específico ponto? Com efeito, no plano da “normatividade a constituir”, não será mais avisado manter a referida “norma negativa de competência”, prevendo excepções à mesma em casos contados (como o previsto no artigo 67.º, n.º 3, alínea a), da Lei da Água), mantendo-se presente que, mesmo não previstas tais excepções, a categoria do *estado de necessidade* sempre permitirá fazer face a circunstâncias excepcionais em que se verifique ser imprescindível a revisão de acto “constitutivo de direitos” em sentido desfavorável para o seu “titular” independentemente do seu consentimento?

2.3. As considerações expedidas até ao momento sobre a revisão em sentido desfavorável para o seu titular de licença urbanística válida não incidiram sobre a hipótese especial de superveniência de novas normas urbanísticas. Ora, semelhante hipótese encontra-se expressamente prevista no artigo 48.º, n.º 1, do RJUE, a respeito de *licença de loteamento* cujas “condições” sejam prejudicadas pela superveniência de instrumento de planeamento urbanístico com eficácia plurisubjectiva.

A norma de competência correspondente ao mesmo artigo 48.º, n.º 1, revela-se particularmente interessante na medida em que ilustre o facto de o princípio *tempus regit actum* – salvo no que diz respeito a aspectos de competência³³, tomada aqui a expressão em sentido lato³⁴ – não ser um princípio geral no que diz respeito a actos administrativos a que corresponda significado permissivo, proibitivo ou prescritivo destinado a vigorar continuamente no tempo (ou seja, no que diz respeito aos tradicionalmente designados “actos de execução continuada”³⁵)³⁶.

³³ Artigo 30.º, do CPA.

³⁴ Precisada em sentido lato, a competência releva não apenas da competência em sentido estrito, mas de outros aspectos como os relativos à forma e às formalidades. Para a noção de competência em sentido lato, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 373 segs.

³⁵ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, p. 278-279.

³⁶ Em termos próximos, afirmando que o princípio *tempus regit actum* apenas tem aplicação plena no que diz respeito a “actos de efeitos instantâneos, que consomem

Efectivamente, um acto administrativo *enquanto norma no sentido kelseniano do termo*, há-de ser válido e vigente apenas na medida em seja conforme com as normas de grau hierárquico superior, gerando-se uma situação de *invalidade superveniente* quando tal deixe de acontecer. Este será o princípio geral e não o contrário, não se subtraindo o ordenamento jurídico-administrativo à lógica do ordenamento jurídico em geral.

Ressalve-se, no entanto, que em domínio em que vigora o princípio da precedência de lei – em razão do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático –, e ressalvadas situações de estado de necessidade, uma coisa será afirmar que um específico acto é supervenientemente inválido. Outra, é afirmar que *um órgão administrativo* é competente para a sua revisão (e definir exactamente em que termos e com que consequências em sede de dever de indemnizar o é, tida em conta a confiança que o particular demonstrou na estabilidade da sua situação jurídica enquanto situação conformada por acto originariamente válido...).

Em qualquer caso, uma coisa é certa: a norma de competência correspondente ao artigo 48.º, n.º 1, do RJUE é uma norma de competência de revisão de licença de operação de loteamento (ou objecto de comunicação prévia) na hipótese de superveniência de normas correspondentes a “plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, área de desenvolvimento urbano prioritário, área de construção prioritária ou área crítica de recuperação e reconversão urbanística”. Sendo de assinalar que, embora a mesma competência caiba à câmara municipal (e culmine procedimento enxertado por sua iniciativa), a entidade responsável pelos danos causados ao titular da licença e demais interessados é a pessoa colectiva que aprova os ditos instrumentos de planeamento – e, assim, não necessariamente o município (artigo 48.º, n.º 4)³⁷.

a sua eficácia imediata e completamente após a notificação ao seu destinatário”, cfr. CARLA AMADO GOMES, *Mudam-se os tempos...*, loc. cit., p. 242-243.

³⁷ O dever de indemnização neste caso encontra-se previsto no artigo 143.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 19 de Setembro e alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro.

Tendo em consideração tais soluções, FERNANDA PAULA OLIVEIRA afirma que a superveniência de novas normas de planeamento só implicará a alteração de licença de operação de loteamento anterior (ou a alteração das condições correspondentes a operação de loteamento anteriormente objecto de comunicação prévia) no caso de tal ser expressamente determinado no instrumento de planeamento superveniente (e, assim, pela entidade que suportará os custos inerentes ao dever de indemnizar). Nas palavras da Autora, "a aplicação de normas de um plano a situações jurídicas constituídas ao abrigo de normas anteriores à sua entrada em vigor apenas poderá ocorrer quando ele, por opção própria, assim o determine (...). Quando, pelo contrário, o plano decide, por vontade própria, salvaguardar os direitos adquiridos antes da sua entrada em vigor ou quando nada o diga a este propósito (...), então não pode o mesmo ser invocado para alterar o loteamento anteriormente concedido e poder, assim servir de fundamento de indeferimento aos pedidos de autorização que sejam feitos para a área de incidência daquele"³⁸.

Aquilo em que, com todo o respeito, divergimos de semelhante solução é no alcance muito restrito dado à competência da revisão – isto é, o facto de a mesma depender de *expressa e específica* determinação, pelo plano, de que se aplica a "situações jurídicas constituídas ao abrigo de normas anterior". Na verdade, a mesma competência de revisão não surge em contradição com um princípio geral *tempus regit actum*, de acordo com o qual os significados permissivos correspondentes a actos administrativos anteriores seriam intocáveis por novas normas "salvo disposição expressa em contrário", o que será pretendido por FERNANDA PAULA OLIVEIRA³⁹. Pelo contrário: a previsão da mesma competência surge como consequência "natural" de os actos administrativos destinados a vigorar continuamente no tempo poderem ser supervenientemente inválidos em virtude da entrada em vigor de normas de grau hierárquico superior com as quais aqueles sejam desconformes.

³⁸ Cfr. *Quem dá, pode voltar a tirar...? Novas regras de ordenamento e direitos adquiridos – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Novembro de 2004, Processo n.º 873/03, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, 1, 2004, p. 141-163, p. 158 segs.*

³⁹ Cfr. *Quem dá..., loc. cit.*, p. 160.

E não se afirme que a solução preconizada por FERNANDA PAULA OLIVEIRA seria indiciada pelo facto de o dever de indemnização por danos causados ao “titular da licença” recair sobre a “entidade” que aprova as normas de planeamento supervenientemente entradas em vigor e que, portanto, suporta os “custos” da revisão. Na verdade, e por princípio, não se deve confundir o plano do exercício de competências administrativas no âmbito da legalidade com o plano do ressarcimento dos danos provocados pelo mesmo exercício. Por outro lado, e tendo especificamente em consideração as soluções de planeamento, a “entidade” responsável pelas mesmas não deve entender-se legitimada a adoptar soluções “aparentes”, assim geradoras de uma integral desconformidade entre o que consta dos planos e o que releva do “existente”, ou seja, de total disparidade entre o *Planning in Books* e o *Planning in Action*, por assim dizer. Com efeito, a vigorar um princípio de “garantia do existente”, esse mesmo princípio opor-se-á às soluções de planeamento e, no caso de estas últimas colidirem com aquele “existente”, a “entidade” responsável pelas mesmas deve tê-lo presente e saber-se responsável por quaisquer danos que tenham lugar.

Por seu turno, uma vez em vigor “instrumentos de planeamento” que não salvaguardem o “existente”, a câmara municipal – mesmo que o município não seja responsável pelas mesmas soluções e pelo ressarcimento de danos correspondentes – está vinculada, no âmbito do princípio da legalidade, a rever por sua iniciativa as licenças de loteamento em conformidade. Nenhum princípio *tempus regit actum* obriga a encarar restritivamente a norma de competência correspondente ao artigo 48.º, n.º 1, do RJUE (ou seja, a afirmar que a competência de revisão em causa só tem lugar no caso de “previsão expressa” e “específica” nesse sentido constante de “instrumento de planeamento” superveniente). Pelo contrário, a consideração do princípio *tempus regit actum* no seu verdadeiro alcance (restrito à competência em sentido amplo, nos termos anteriormente expostos) induz uma leitura contrária (em cujo âmbito, a competência de revisão em causa *tem lugar, a menos* que o instrumento de planeamento superveniente salvaguarde expressamente o “existente”).

3. Regime procedimental da alteração de licença urbanística

3.1. As considerações a tecer de seguida sobre o regime procedimental da alteração de licença urbanística dizem respeito ao regime-regra correspondente ao artigo 27.º, do RJUE. Estarão pois excluídas:

- a) A alteração de licença de edificação durante a execução da obra, à qual é aplicável o estatuído no artigo 83.º⁴⁰;
- b) A alteração de licença de operação de loteamento “necessária à execução” de novas normas de planeamento, à qual pode ser aplicável o estatuído no artigo 48.º, nos respectivos termos;
- c) A alteração de licença de operação de loteamento que se traduza na variação das áreas de implantação e de construção até 3%, desde que não implique aumento do número de fogos ou alteração de parâmetros urbanísticos constantes de plano municipal de ordenamento do território, a qual, nos termos do n.º 8 do próprio artigo 27.º, é aprovada “por simples deliberação da câmara municipal, com dispensa de quaisquer outras formalidades, sem prejuízo das demais disposições legais e regulamentares aplicáveis”⁴¹;
- d) As alterações de licença urbanística que se refiram ao prazo de conclusão das operações urbanísticas licenciadas ou ao montante da caução para garantia das obras de urbanização, às quais é aplicável o estatuído nos artigos 53.º, 54.º ou 58.º, consoante os casos.

⁴⁰ Para a delimitação do âmbito de aplicação do estatuído no artigo 27.º no confronto com o estatuído no artigo 83.º, cfr. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES / FERNANDA PAULA OLIVEIRA / DULCE LOPES, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação Comentado*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 218.

⁴¹ Refira-se, na sequência de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, que «em reunião de coordenação jurídica entre CCDR's realizada em 7 e 8 de Julho de 1994 ao abrigo do despacho n.º 40/93, de Sua Exª o SEALOT, publicado no *Diário da República*, II Série, de 11/01/94, concluiu-se sobre a norma do Decreto-Lei n.º 448/91, com uma redacção idêntica a esta, que “a variação de 3% respeita às áreas de implantação e de construção previstas para cada lote e, cumulativamente, com a condição de não implicar aumento do número de fogos e alterações doutros parâmetros urbanísticos fixados em PMOT”», cfr. *Regime Jurídico...*, p. 223-224.

3.2. Sem prejuízo das especificidades previstas no referido artigo 27.º do RJUE, o procedimento culminante em alteração de licença urbanística (doravante, procedimento de alteração de licença urbanística) é um procedimento de “controlo prévio” para efeitos do mesmo diploma, ao qual inerentemente se aplicam as *disposições gerais* correspondentes aos artigos 8.º e seguintes e, bem assim, as disposições especiais aplicáveis ao procedimento de licenciamento urbanístico correspondentes aos artigos 18.º e seguintes.

Por outro lado, o procedimento de alteração é um procedimento administrativo ao qual, enquanto tal, é aplicável o regime geral do CPA e, muito em particular, os princípios gerais correspondentes aos artigos 3.º e seguintes e 54.º e seguintes do mesmo diploma⁴². Cumpre, no entanto, ter como dispensadas as formalidades do regime geral cujas finalidades sejam asseguradas por aquelas que se encontram previstas no âmbito do específico procedimento em estudo⁴³.

3.3. Quanto à fase da iniciativa, lê-se no artigo 27.º, n.º 1, que o procedimento de alteração de licença urbanística se inicia, tão-só, “a requerimento do interessado”. Ou seja, parecemos estar, à primeira vista, perante uma clara derrogação das normas gerais sobre iniciativa e legitimidade procedimental, afastando-se, não apenas a iniciativa oficiosa (a qual só terá lugar no caso de alterações a que se aplique o artigo 48.º do RJUE), como a iniciativa daqueles que ajam em nome de “bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida” (socorrendo-nos aqui da formulação constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 53.º do CPA).

⁴² Afirmam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, “o regime do procedimento administrativo do CPA aplica-se na ausência de um regime procedimental específico, ou naquilo que este se abstenha de regular”, cfr. *Direito Administrativo...*, II, p. 104 (sublinhado nosso).

⁴³ MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES referem-se especificamente ao disposto no artigo 55.º respeitante à “comunicação do início do procedimento a todas as pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento”, cfr. *Regime...*, p. 219. Mas mesmo admitindo que o artigo 55.º alguma vez se pudesse aplicar ao procedimento de alteração de licença urbanística (literalmente, a comunicação dos interessados só tem lugar em “procedimentos de iniciativa oficiosa”), a formalidade em causa não é assegurada no âmbito do mesmo procedimento tido em conta o disposto no artigo 12.º ou no artigo 27.º, n.º 3, do RJUE?

Como é bom de ver, tal “blindagem procedimental” corresponde em tudo à “blindagem material” do significado permissivo correspondente à licença contra qualquer revisão *não consentida pelo seu titular* que seja *desfavorável para o mesmo* (artigo 140.º do CPA). Mas se assim é, semelhante “blindagem procedimental” apenas terá o alcance que se entenda ter a mesma “blindagem material”. Assim, caso se entenda que a licença urbanística é revisível em sentido desfavorável para o seu titular, mesmo contra a vontade deste, em determinadas circunstâncias (sendo que saber que circunstâncias sejam estas é hoje objecto de disputa doutrinária, como anteriormente vimos), deve entender-se ser, nas mesmas circunstâncias, admissível a iniciativa oficiosa ou a iniciativa daqueles (cidadãos ou associações a que se refere o artigo 53.º do CPA) que ajam em nome dos valores ou bens cujo peso em concreto se sobreponha ao dos bens ou valores que deponham em favor da estabilidade da licença (segurança jurídica, livre iniciativa económica, propriedade).

3.4. Quanto à fase da instrução, as especificidades aplicáveis ao procedimento de alteração de licença de operação urbanística dizem respeito:

- À *consulta às entidades exteriores ao município*, dispondo o n.º 5 do artigo 27.º ser essa dispensada “desde que o pedido de alteração se conforme com os pressupostos de facto e de direito dos pareceres, autorizações ou aprovações que hajam sido emitidos no procedimento”. As formulações *pressupostos de facto* e *pressupostos de direito*, no âmbito do Direito Administrativo, são genericamente precisadas como referidas, respectivamente, às *situações de facto verificadas aquando da prática de determinado acto* e à *normatividade jurídica vigente em tal momento*. E, no específico âmbito em apreço, à luz do princípio da imparcialidade na sua vertente positiva⁴⁴, deve entender-se ter ocorrido uma *variação relevante* dos

⁴⁴ Dada a vinculação da Administração ao princípio da imparcialidade na sua vertente positiva (que obriga a pesar todos os interesses públicos e privados envolvidos em cada decisão), os diferentes momentos da instrução (documentações, audiências, consultas) devem ser desenhados de tal forma a que, no momento da

pressupostos quando essa obrigue a uma *reavaliação da situação na perspectiva da prossecução dos interesses públicos a cargo das entidades exteriores ao município*;

- À *apresentação de documentos*, dispondo o n.º 6 do artigo 27.º que “são utilizados os documentos constantes do processo [do processo correspondente ao licenciamento cuja alteração é requerida] que se

decisão, o órgão competente haja *efectivamente* representado todos os interesses relevantes tidos em conta os pressupostos de facto e de Direito que se desenham em concreto. Ou, se não efectivamente, haja *potencialmente* representado esses mesmos interesses.

Uma nota geral ainda para dizer que hoje – e sobretudo por preocupações de natureza económica – se fala frequentemente em flexibilização procedimental ou agilização procedimental. Mas cabe ter presente que essa “flexibilização” ou “agilização” tem um preço. Na verdade, o que poderá estar em causa poderá ser “esquecer” ou “agilizar” momentos procedimentais essenciais para que a Administração represente todos os interesses envolvidos. Particularmente em procedimentos de licenciamento de operações urbanísticas e da sua alteração, e na medida em que as actividades licenciadas possam bulir com bens e interesses de particular relevância (ambiente, preservação do património cultural, etc.), cumpre resistir a algumas urgências de “agilização”, simplificação ou “*simplexificação*”. De resto, é também a democracia participativa e a aceitabilidade social das decisões que está em causa.

É nesta última perspectiva que GOMES CANOTILHO (*Constituição e “Tempo Ambiental”*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, 2, 1999, p. 9 segs.) faz o seguinte alerta: “a eliminação de alguns passos procedimentais e a conquista de uma melhor coordenação nunca podem perder de vista que, por vezes, a ganhar tempo se perde afinal tempo. A pressa impede a radicação de uma aceitação de uma aceitação pública alargada, neutralizando eventualmente momentos democráticos relevantes como as audiências públicas e a publicitação do projecto”. CARLA AMADO GOMES (cfr. *Risco e Modificação...*, p. 569-560), numa linha de relevação do princípio da imparcialidade (e, assim, preocupando-se com uma adequada representação e ponderação dos interesses em jogo) afirma, em termos assertivos, que “a pressa é inimiga da perfeição. Ou seja, quanto mais se aligeiram procedimentos, tendencialmente menor é a virtualidade de estes revelarem uma equilibrada ponderação dos interesses em jogo, facto que pode comprometer, não só a validade jurídica da decisão, como a aceitabilidade social do projecto” (mais: uma excessiva agilização, em tempos de precarização dos actos autorizativos, pode resultar em prejuízo do próprio promotor gerando “menos estabilidade e mais custos do que aqueles que adviriam da adopção de um percurso procedimental normal”). A esta luz, a Autora conclui no sentido de que cabe contrapor a qualquer medida de agilização um *núcleo intangível* de cada procedimento.

Semelhante solução, a que aderimos, deve ser tida em conta enquanto vinculativa do legislador na adopção das melhores soluções procedimentais e, bem assim – o que mais nos importa no específico contexto em que ora nos movemos –, como relevante para apurar o exacto delineamento das soluções procedimentais já arquitectadas pelo legislador na medida em que estes peçam uma concretização pelo “director do procedimento” (no caso em apreço, o presidente da câmara municipal ou, por sua

mantenham válidos e adequados, promovendo a câmara municipal, quando necessário, a actualização dos mesmos". Segundo MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES, e ainda a respeito da apresentação de documentos, deve ser aplicado aqui, "por paralelismo de situações e ainda que com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 72.º quanto à possibilidade de utilização dos documentos noutro procedimento após a caducidade do primeiro procedimento"⁴⁵.

No que especificamente diz respeito ao procedimento de alteração de licença de operação de loteamento, dispõe o artigo 27.º, n.º 2, que esta "é precedida de consulta pública quando a mesma esteja prevista em regulamento municipal ou quando sejam ultrapassados alguns dos limites previstos no n.º 2 do artigo 22.º" (4 há; 100 fogos ou 10% da população do aglomerado urbano em que se insere a pretensão). Ou seja, e no que a esta formalidade diz respeito, o regime aplicável ao procedimento de alteração não se distingue do regime aplicável ao procedimento de licenciamento.

Se a consulta pública pode não ter lugar, há uma formalidade que há-de sempre preceder a alteração de operação de loteamento e que diz respeito a um conjunto específico de interessados: os proprietários de lotes. Na verdade, nos termos do artigo 27.º, n.º 3, estes devem ser notificados para pronúncia no prazo de 10 dias e, no caso de se verificar oposição escrita da sua maioria à alteração, esta não pode ser aprovada. Quanto à forma de apuramento desta maioria, escrevem MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e DULCE LOPES que "cada lote vale um voto, pelo que se sobre o mesmo estiver edificado um imóvel em propriedade horizontal, terá de haver reunião de condomínio (com as suas regras próprias) para definir o sentido do voto do lote onde o mesmo se encontra implantado". E sendo que, segundo as Autoras, "para a contabilização desta (...) maioria não pode contar-se com o lote que a pretende efectuar", pois, para as mesmas, "não

delegação, um vereador, com faculdade de subdelegação nos dirigentes dos serviços municipais, cfr. artigo 8.º, nº 2, do RJUE).

⁴⁵ Cfr. *Regime Jurídico...*, p. 219.

teria lógica a lei referir a oposição de proprietários de lotes incluindo um que nunca se oporia, por ser ele que pretende efectuar a alteração"⁴⁶.

É de manter esta última conclusão. Efectivamente, para se considerar formada uma vontade colectiva *contrária* à alteração não se há-de exigir que o número de lotes cujos proprietários se opõem à alteração corresponda a "metade mais um" do número de lotes constantes do alvará (por exemplo, havendo 10 lotes, para se considerar formada uma maioria *contrária* à alteração, não se há-de exigir que 6 proprietários de lotes se oponham à alteração, mas apenas que 5 se oponham, sob pena de se atribuir maior peso à vontade do proprietário que teve a iniciativa de alteração do que aquele que se atribui às vontades dos restantes proprietários). Ou seja, é o proprietário do lote que teve a iniciativa de alteração que tem de ter a seu favor (*rectius*, como não opositores) uma maioria de proprietários de lotes; não são os opositores que têm de formar um número que exceda em absoluto o número correspondente aos restantes lotes (titulados pelo particular com a iniciativa de alteração e pelos não opositores à mesma).

De ressaltar, no entanto, a hipótese de a iniciativa de alteração ter partido do proprietário (ou proprietários) de mais de um lote. Na verdade, neste último caso, a desconsideração do mesmo (ou dos mesmos) para a contabilização da maioria a que se refere o artigo 27.º, n.º 3, implicaria atribuir menor relevo aos lotes "de que partiu a iniciativa" do que aos restantes. Assim sendo, e procurando enunciar brevemente os termos em que se contabiliza a maioria prevista no mesmo artigo, para o apuramento da mesma não se deve contar com o proprietário do lote que teve a iniciativa, salvo se a desconsideração do mesmo redundar no desrespeito pela vontade da maioria absoluta dos proprietários dos lotes (de uma eventual maioria absoluta de não opositores à alteração).

Luís Pedro Pereira Coutinho

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao início do texto](#)

⁴⁶ Cfr. *Regime Jurídico...*, p. 221-222.

[Voltar ao índice](#)

[Voltar ao índice](#)

I

SUSTENTABILIDADE DO TERRITÓRIO NACIONAL**URBANISMO, FINANÇAS PÚBLICAS E FISCALIDADE: UMA ESTRATÉGIA INTEGRADA****1. A tributação e o urbanismo. Da Contribuição Autárquica ao Imposto Municipal sobre Imóveis, do Imposto Municipal de Sisa ao Imposto Municipal sobre as Transmissões**

Actualmente, a tributação, urbanismo e desenvolvimento económico-social são realidades indissociáveis. Constitui tarefa virtualmente impossível a análise da actividade urbanística sem a indagação concomitante do seu substrato financeiro e fiscal. Por sua vez, atendendo ao relevo das receitas tributárias provenientes da tributação estática e dinâmica do património imobiliário nas suas diversas modalidades (impostos, contribuições especiais e taxas) estas tornam-se essenciais para uma qualquer análise do sistema fiscal nacional.

A vertente redíticia da actividade urbanística faz esquecer o essencial: o ordenamento urbanístico é, efectivamente, uma das funções essenciais de um crescimento que se pretende como sustentável. Na realidade, num dos mais recentes estudos da OCDE acerca do estado ambiental em Portugal, o problema mais acutilante aí identificado é precisamente a excessiva pressão urbanística no nosso território.

No entanto, o sistema fiscal nacional nunca tomou em devida consideração os impostos sobre a propriedade imobiliária. Efectivamente, a Contribuição Autárquica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de Novembro, é unanimemente considerada como a “parente pobre” da Reforma Fiscal de 1988/89. Muitos questionam mesmo se ocorreu uma efectiva reforma fiscal a este título, dado que este novo imposto não seria mais do que uma reconfiguração de tributos ancestrais como a “jugada”, reconvertida em Contribuição Predial⁴⁷, porém, órfão de parte da sua incidência sobre o

⁴⁷ Cfr, relativamente à evolução dos impostos sobre a propriedade fundiária, consultar Relatório da Comissão de Estudo para a Tributação da Terra e dos seus Rendimentos, coordenado pelo Prof. Doutor Pedro Soares Martinez, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 397, Janeiro-Março 2000, págs. 168 a 185. Cfr., igualmente, António

rendimento predial, entretanto inserida nos Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, simultaneamente aprovados.

Nesse âmbito, a inovação essencial da Contribuição Autárquica residiu na definição da sua incidência objectiva que englobava o valor patrimonial dos prédios e já não o seu rendimento (artigo 1.º do Código da Contribuição Autárquica). No entanto, o processo de gestação dos métodos de definição desse valor patrimonial, previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Código, foi de tal forma atribulado que o ansiado Código das Avaliações nunca chegou a ver a luz do dia⁴⁸. Tal documento, essencial para a aplicação efectiva da Contribuição Autárquica nunca foi homologado, questionando-se mesmo se alguma vez foi efectivamente concebido⁴⁹.

Por essa razão, e durante todo o seu período de vigência, a Contribuição Autárquica teve que se socorrer das regras do Código da Contribuição Predial e do Imposto sobre a Industrial Agrícola, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45104, de 1 de Julho de 1963 para a definição da sua matéria colectável. O que nasce torto, tarde, ou nunca, se endireita....O valor patrimonial dos imóveis continuou a ser determinado ou por avaliação cadastral tendo como base o rendimento predial susceptível de ser apurado ou por avaliação directa realizada pelos serviços da Direcção Geral dos Impostos. Assim, o valor da renda determinava o valor do capital, sendo este sucessivamente actualizado através de factores de correcção, obtendo-se um resultado final totalmente arbitrário e variável consoante o procedimento de avaliação adoptado (directa ou cadastral), a perfeição da matriz predial e o ano da sua realização.

de Sousa Franco, "Fiscalidade", in *Dicionário Ilustrado da História de Portugal*, edições Alfa, Lisboa, 1996, págs. 255 a 261.

⁴⁸ Chegou a existir uma autorização legislativa para a aprovação do Código das Avaliações na Lei n.º 2/92, de 9 de Março (LOE/2002). Essa autorização foi, no entanto, julgada inconstitucional por no preceito em causa se não determinar o sentido da autorização (cfr. acórdão do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, 1.ª Série A, de 26 de Janeiro de 2003).

⁴⁹ Cfr. *Relatório da Comissão de Estudo para a Tributação da Terra e dos seus Rendimentos*, cit., pág. 192.

Todas estas distorções ao nível da tributação estática da propriedade imobiliária decorreram da manutenção em vigor de um regime obsoleto e tiverem como efeito a instalação de um elevado nível de injustiça no sistema fiscal. A carga tributária encontrava-se distribuída em termos totalmente equívocos, não obedecendo a qualquer critério de racionalidade fiscal, urbanística ou, numa perspectiva mais ampla, de justiça social.

Por sua vez, a tributação dinâmica, corporizada no Imposto Municipal de Sisa, manteve-se, inalterada até 2003. Comparativamente à Contribuição Autárquica, as suas distorções eram ainda mais acentuadas, tendo-se estabelecido um costume assente num elevado nível de fraude e evasão, que decorria naturalmente da obsolescência do sistema de tributação. Existiam duas razões para essa situação de extrema iniquidade: em primeiro lugar, na ausência do Código das Avaliações, a matéria colectável era determinada por método auto-declarativo, havendo um interesse comum das partes envolvidas no negócio no sentido da minimização do preço da transacção; em segundo lugar, a administração fiscal nunca se preocupou verdadeiramente em fiscalizar as práticas dos contribuintes neste imposto já que a receita era dos municípios, e estes, por sua vez, não dispendo de quaisquer instrumentos fiscalizadores, satisfaziam-se com a receita apurada.

Em finais de 2002 e no início de 2003, entraram em vigor o IMI e o IMT. Estes dois impostos, que substituíram, respectivamente, a Contribuição Autárquica e o Imposto Municipal de Sisa tiveram como principal mérito o estabelecimento de critérios objectivos para a determinação do valor patrimonial dos imóveis. No entanto, as filosofias de tributação são exactamente idênticas às dos impostos que revogaram, tendo unicamente ultrapassado o ónus da existência do Código das Avaliações, que foi superado através do estabelecimento de indicadores objectivos de avaliação. Também no campo da tributação da propriedade imobiliária a tentação do legislador na utilização indicadores de normalidade superou qualquer possibilidade de determinação real e efectiva do valor dos bens.

Todas as restantes alterações ao nível da estrutura dos dois impostos são meramente cosméticas, não influenciando significativamente o sistema de tributação.

Poderá, pois, concluir-se que de uma perspectiva qualificativa, o IML e o IMT não são mais do que a CA e o Imposto Municipal de Sisa com uma nova roupagem. Todos os ajustamentos efectuados tiveram como objectivo a solução da questão socialmente mais dramática: a injustiça contributiva. As fontes de receita foram re-localizadas. Os imóveis mais antigos sofreram um aumento de tributação em IML, e os imóveis mais recentes beneficiaram de uma redução; as taxas de IMT são mais reduzidas que as da Sisa, porém, a matéria colectável alvo de tributação é superior. Toda a alteração legislativa, que se dominou de Reforma da Tributação do Património, centrou-se unicamente numa vertente: a redistribuição dos encargos tributários, numa óptica puramente reditícia.

Assim, actualmente verificamos um aumento exponencial da receita pública proveniente do IML e do IMT sem que ocorra qualquer justificação substantiva para tal. Quanto ao IML, o mecanismo de salvaguarda previsto no seu decreto preambular permite um aumento anual exponencial da receita. Esse aumento será ainda mais sensível com a Reforma do Arrendamento Urbano, que permitirá a não aplicação do outro mecanismo de salvaguarda previsto para os imóveis arrendados por montantes reduzidos.

No entanto, as relações entre o sistema tributário⁵⁰ e a actividade urbanística⁵¹ excedem a dimensão puramente reditícia. Uma política urbanística equilibrada e justa depende de uma infra-estrutura financeira eficiente e equitativa. Sem recursos financeiros públicos não se torna possível o

⁵⁰ Adopta-se, pois, um conceito amplo de tributação, englobando-se no objecto do presente texto os impostos, as contribuições especiais e as taxas.

⁵¹ Seguindo a classificação avançada por Fernando Alves Correia (*in O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 51 e segs.), que distingue três grandes domínios de urbanismo, a saber: o domínio do ordenamento e do planeamento urbanístico, o domínio do uso e ocupação dos solos urbanos e o domínio da construção de edifícios ou da edificação, adopta-se a sua concepção mais lata, pois é a única que permite a integração total das problemáticas envolvidas.

desenvolvimento urbanístico das colectividades; sem uma tributação do património imobiliário equitativa acentuar-se-ão as desigualdades sociais; sem a redistribuição equitativa dos custos e dos benefícios dos instrumentos de planeamento entre os particulares afectados, uma política urbanística será inevitavelmente injusta e propiciadora de actividades especulativas; sem uma redistribuição perequativa dos encargos resultantes da existência de áreas de reserva ou de protecção situadas em determinadas áreas territoriais entre todos os municípios acentuar-se-ão as assimetrias regionais, colocando-se em causa a coesão sócio-económica no território nacional.

O urbanismo tem, pois, uma vertente financeira importante, que não pode ser ignorada nem analisada parcial ou sectorialmente.

A aprovação do IMI e do IMT deverá ser tomada como uma simples parcela (inacabada) de um edifício em construção. E, note-se, o legislador fiscal não é livre nas opções a tomar. O mercado urbanístico é fértil em incapacidades genéticas, nomeadamente ao nível das exterioridades, competindo ao decisor financeiro a sua correcção. Por outro lado, as limitações administrativas podem ser fonte de entorses ao mercado que, no caso de não serem devidamente compensadas, poderão gerar injustiças redistributivas, sobrecarga urbanística e propensão para o desenvolvimento de actividades especulativas.

Não se poderá esquecer, ainda, que existe toda uma multiplicidade de tributos susceptíveis de aplicação à actividade urbanística e que têm sido totalmente ignorados quer pela doutrina quer pelas instâncias políticas. É o caso das diversas taxas de urbanização e de contribuição para a construção de infra-estruturas urbanísticas e das diversas contribuições especiais vigentes.

São todos estes tributos, que conjugadamente com a tributação dos rendimentos do património imobiliário em sede de Impostos sobre o Rendimento, constituem o sistema tributário aplicável à actividade urbanística e cuja importância em muito transcende a das receitas. Como demonstraremos de seguida, existe toda uma lógica de tributação que

permite a sua conciliação na construção de um sistema urbanística eficiente, visando o Bem-Estar Social e que não pode, nem deve, ser esquecida.

2. Princípios constitucionais reguladores da actividade pública urbanística. A exigência constitucional de um sistema urbanístico eficiente

A actividade administrativa urbanística do Estado encontra-se fortemente vinculada pelo ordenamento jurídico. Essa submissão reforçada é justificada pela grande amplitude das tarefas desenvolvidas e pela abundância, quantitativa e qualitativa, de relações inter-subjectivas estabelecidas. Essas relações jurídicas podem revestir uma natureza estritamente pública ou privada, ou, na grande maioria das ocasiões, uma natureza mista.

A actividade urbanística do Estado implica uma necessária articulação entre os diversos níveis da administração pública com competências na administração e ordenação do território [ao nível central e ao nível local; ao nível especializado (por exemplo, o IPPAR) ou ao nível genérico (o município)], englobando igualmente todo um conjunto de conteúdos essenciais para a composição da posição jurídica de administrados que possam ter interesses ou pretensões conflituantes (limitações de vizinhança e regulamentação de confrontações, ou, num conteúdo mais amplo, a garantia de uma efectiva igualdade inter-subjectiva no âmbito de um mesmo plano – perequação de interesses-). No entanto, o conteúdo relacional mais fértil reveste indiscutivelmente uma natureza mista, face à amplitude e à diversidade de intervenções administrativas que afectam de forma potencialmente negativa os interesses estabelecidos dos administrados.

O desenvolvimento da actividade urbanística e a sucessiva sofisticação dos meios de tutela dos direitos dos administrados tiveram como efeito uma acentuada ampliação do objecto do denominado “Direito do Urbanismo” cujo objecto essencial tem sido enunciado enquanto regulador da “*ciência e teoria da localização humana*”⁵², ou, na terminologia utilizada por Freitas do Amaral, da “*política pública, encarregada da definição dos meios e*

⁵² Cfr. Françoise Chay, *O Urbanismo*, Perspectiva, 5.ª edição, 2003, pág. 2.

objectivos da intervenção da Administração Pública no ordenamento racional das cidades"⁵³.

Determinados autores, como Alves Correia, consideram o direito do urbanismo como integrando toda uma série de realidades jurídicas de conteúdo estritamente administrativo, englobando no seu âmbito três realidades essenciais: o *Direito do Plano (Planungsrecht)*, que regula a actividade de planeamento supra-local e local (no essencial, o Plano Regional do Ordenamento do Território, passando pelo Plano Director Municipal e terminando no Plano de Pormenor ou no Plano de Urbanização); o *Direito dos Solos (Bodenordnungrecht)*, de conteúdo instrumental e que visa possibilitar a realização dos fins definidos normativamente nos planos urbanísticos; e o *Direito Administrativo da Construção (Bauordnungrecht)* que abrange as regras técnicas e jurídicas a que deve obedecer a construção de edifícios⁵⁴.

Conclui este autor, em seguida, que o Direito do Urbanismo deveria ser entendido como uma especialidade do direito administrativo, revelando alguns traços particulares: a complexidade das suas fontes; a mobilidade das suas normas e a natureza intrinsecamente discriminatória dos seus preceitos⁵⁵.

Não negamos, obviamente, o conteúdo administrativo de parte do conteúdo normalmente apontado ao Direito do Urbanismo. Tomando em consideração o elevado número de relações jurídicas de natureza administrativa que são estabelecidas entre as entidades públicas e os particulares é fundamental que se constitua todo um direito substantivo e adjectivo de natureza essencialmente administrativa que defina o conteúdo dos poderes de

⁵³ Cfr. Freitas do Amaral, *Sumários de Direito do Urbanismo*, edição policopiada, Lisboa, 1993, págs. 13 a 16. Sobre o conceito de urbanismo, consultar, igualmente, Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Almedina, 2001, págs. 53 e segs.; João Caupers, "Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 3, Junho de 1995, Almedina, págs. 89 e segs..

⁵⁴ Fernando Alves Correia segue de perto a doutrina jurídica alemã. Cfr. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, 2001, págs. 51 e 52.

⁵⁵ Cfr. ob. cit., pág. 56,

autoridades detidos pelas entidades públicas e as garantias dos particulares perante estes.

Em consequência, é inegável que a vertente administrativa do Direito do Urbanismo se encontra sujeita aos princípios jurídicos gerais reguladores da actividade administrativa: o princípio da legalidade genérico, o princípio geral da proporcionalidade, o princípio específico do excesso e o princípio da igualdade.

No entanto, a actividade urbanística excede em muito a vertente puramente administrativa, revestindo uma natureza intrinsecamente económica.

Tal facto é explicitamente reconhecido por Fernando Alves Correia, quando refere que o Direito do Urbanismo deve ser entendido como uma especialidade do direito administrativo *"pela natureza intrinsecamente discriminatória dos seus preceitos"*. Na justificação desta particularidade, este autor refere o seguinte: *"na verdade, a finalidade principal das normas urbanísticas – em especial daquelas que têm assento nos planos – é definir os destinos das várias áreas ou zonas do território, bem como as formas e intensidades de utilização das diferentes parcelas do solo. E uma vez que o tipo e a medida de utilização do solo não podem ser os mesmos independentemente da sua localização, antes devem ser diferentes conforme as zonas em que se situarem os terrenos, verifica-se que o direito urbanístico reveste necessariamente um carácter discriminatório e é fonte de desigualdades em relação aos proprietários – ou aos titulares de outros direitos reais – dos terrenos por ele abrangidos. Estas discriminações, que se traduzem muitas vezes na interdição ou na limitação do exercício do vulgarmente designado "jus aedificandi", exercem uma influência profunda no valor dos solos e são geradoras de graves desigualdades entre os proprietários"*⁵⁶.

Em nossa opinião, o que se encontra descrito como especialidade do direito urbanístico não é senão o reconhecimento explícito de uma falha de regulação pública do mercado da propriedade imobiliária, consubstanciada

⁵⁶ Cfr. ob. cit., pág. 60.

na criação de limitações e condicionantes à actividade privada sem a competente indemnização ou compensação.

Assim, o conteúdo discriminatório potencial do direito do urbanismo não é nenhum traço característico que permita a sua autonomização; antes constitui a constatação das suas insuficiências ao não serem tomadas em consideração as vinculações constitucionais que conformam o direito económico enquanto direito ordenador dos mercados.

De facto, a actividade urbanística do Estado abrange uma ainda maior panóplia de realidades que se situam indiscutivelmente fora do âmbito dos conteúdos normalmente apontados ao direito administrativo.

A submissão da actividade urbanística do Estado ao direito económico, e consequentemente aos seus princípios, é quase intuitiva. Efectivamente, se considerarmos a vertente substantiva do direito do urbanismo verificamos que esta se constitui, quase integralmente, no condicionamento público do direito de propriedade privada. Esse condicionamento é realizado através do exercício de funções de planeamento genérico e de limitação específica do conteúdo do direito da propriedade privada sobre os imóveis. Ganha, então, uma maior clareza a concepção que integra a actividade urbanística no âmbito do direito económico, quer ele seja entendido como *"sistema resultante da ordenação de normas e princípios jurídicos, em função da organização e direcção da economia"*⁵⁷ ou como *"ramo normativo do direito que disciplina, segundo princípios específicos e autónomos, a organização e a actividade económica"*⁵⁸. Justifiquemos:

Em primeiro lugar, sendo o "Plano" o instrumento urbanístico fundamental, é fácil antever uma correlação estrita do mesmo com os planos económicos que se inserem no objecto típico do direito económico. Alguns autores

⁵⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, AAFDL, 3.ª reimp., 1994, pág. 8.

⁵⁸ Cfr. António de Sousa Franco, *"Direito Económico/Direito da Economia"*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV Vol., pág. 46.

consideram⁵⁹, de forma correcta, que estes instrumentos específicos de planeamento técnico urbanístico, com inevitável incidência na actividade económica se constituem como verdadeiros “planos sócio-económicos”. Essa qualificação decorre da determinação concreta e precisa dos termos de utilização de um dos mais importantes factores de produção: a terra (simultaneamente capital e matéria prima).

A acção pública de planeamento e ordenamento territorial tem um inevitável fundamento económico.

A justificação para o desenvolvimento da actividade pública de planeamento é quase intuitiva: imagine-se os custos de uma negociação individual entre centenas ou milhares de proprietários no sentido da conformação do direito a construir de cada um na sua propriedade. Os custos de negociação seriam elevadíssimos, o que a tornaria proibitiva. Por outro lado, os interesses divergentes (nomeadamente a máxima *not in my courtyard* a que assistimos permanentemente quando estão em causa grandes obras públicas) levariam inevitavelmente a concretização de situações sub-óptimas em sede de Bem-Estar Geral que adviriam de boleias (*free rides*) ou de bloqueios (*hold out*), consequências inevitáveis se a decisão em causa fosse desenvolvida numa óptica estritamente privada (ou cooperativa, se o bem for considerado como comum).

Essa actividade pública é fundamental: não seria possível a elaboração de um plano urbanístico se a decisão assentasse num pressuposto de cooperação (aplicando-se a regra da unanimidade) pois os custos de negociação seriam extraordinariamente elevados, podendo um único agente bloquear a conclusão de um instrumento que beneficiasse milhares⁶⁰. Por outro lado, os juízos de prognose quanto ao desenvolvimento e organização da cidade só podem ser desenvolvidos de forma coerente pelos organismos públicos dado

⁵⁹ António Carlos dos Santos e outros, *Direito Económico*, Almedina, 2004, págs. 231 e 232.

⁶⁰ Advoga-se, portanto, uma acção pública baseada na Teoria do Segundo Ótimo. Cfr. Jorge Costa Santos, *ob. cit.*, págs. 40 a 42 e 111.

que estes não terão, à partida, quaisquer interesses pecuniários directos decorrentes dessa actividade.

Numa outra perspectiva, se a construção de infra-estruturas de suporte urbanístico estivesse dependente de uma acção estritamente privada (assente numa lógica cooperativa), além dos bloqueios descritos no parágrafo anterior, poderiam ocorrer *boleias* de sujeitos, que não pretendendo contribuir directamente para a construção do equipamento iriam, no entanto, usufruir das utilidades prestadas.

O plano urbanístico aparece, portanto, como um plano ordenador, em quase tudo idêntico aos modernos planos económicos dos Estados modernos. Efectivamente, e ao contrário do que a doutrina tradicional enunciava e tratava, o plano económico não tem hoje uma função de conformação da realidade económico-social, e muito menos, visa a sua alteração. Os Estados não tem hoje a pretensão de fixação de grandes objectivos da política económica e social nem se arrogam na detenção dos instrumentos fundamentais para a prossecução dessas finalidades: de um fundamento de intervenção, o Estado passou a desenvolver uma actividade de ordenação económica, onde se inclui, inevitavelmente, o ordenamento territorial.

Em segundo lugar, e tal como nas restantes áreas do direito económica, o direito urbanístico tem como objecto a conformação do direito de propriedade privada tendo em vista um interesse público superior.

Em sede de direitos e deveres económicos, a CRP reconhece como direito análogo aos direitos fundamentais (artigo 17.º), no artigo 62.º, o direito à propriedade privada. Este direito tem um inevitável conteúdo económico, já que abrange no seu conteúdo a propriedade de meios de produção, o que fundamenta a sua conformação. Como refere António Carlos dos Santos, “o direito de propriedade privada não é reconhecido como um direito absoluto, podendo ser objecto de limitações ou restrições, as quais se relacionam com princípios gerais de direito (*função social da propriedade, abuso de direito*)”,

com razões de utilidade pública ou com a necessidade de conferir eficácia a outros a outros princípios ou normas constitucionais, incluindo outros direitos económicos ou sociais e as disposições da organização económica (...)”.

Ora, o direito de propriedade privada inclui quatro componentes: o direito de a adquirir, ou seja, o direito de acesso; o direito de a usar e fruir, na óptica do exercício; a liberdade de transmissão e o direito de não ser privado dela⁶¹.

São, portanto, admissíveis restrições ao direito de propriedade privada. Quanto à sua apropriação, a principal limitação decorre da existência de bens do domínio público (enumerados de forma não exaustiva pelo artigo 84.º da CRP), que se devem entender como uma reserva de propriedade pública. No entanto, e no caso concreto, as mais relevantes restrições são as que atingem o direito de uso e fruição (mais precisamente o *jus aedificandi* ou o direito a edificar), devendo entender-se como tais os diversos condicionamentos ambientais ou de ordenamento do território (delimitação de áreas de reserva agrícola e ecológica, planeamento urbano, etc.).

Ora, o conteúdo jurídico-económico destas restrições é evidente. Tal como é evidente a sua consequência.

O n.º 2 do artigo 62.º estabelece um limite constitucional ao direito de o titular não ser privado da sua propriedade, ou de parte do conteúdo desta, salvo justa indemnização (artigo 83.º).

Por outro lado, além da necessária compensação, estas restrições encontram-se submetidas a um princípio de legalidade (que exterioriza positivamente o interesse público) e ao princípio da igualdade nas suas diversas manifestações (formal, material, distributiva, comutativa).

Assim, e como refere António de Sousa Franco⁶², no plano constitucional, o direito de propriedade é consagrado e disciplinado de duas formas:

⁶¹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, pág. 332.

1.º - Como direito fundamental de apropriação dos bens de qualquer natureza (desde que apropriáveis), tanto de produção como de consumo: direito fundamental de conteúdo económico que traduz a base do regime geral do direito de propriedade privada, nas suas diversas manifestações;

2.º - Como direito institucional de propriedade, sendo definida como elemento integrante da organização económica. Neste último sentido, a propriedade do solo é vista como um meio ou bem de produção, integrando os recursos naturais.

Neste âmbito, qualquer limitação imposta à propriedade do solo, ou a parte do seu conteúdo estarão sempre condicionadas a um princípio de legalidade, de igualdade intersubjectiva e a uma necessária indemnização ou compensação quando o necessário desencadeie uma qualquer acção ablativa.

Em consequência, afirmações que advoguem o teor discriminatório ou propiciador de desigualdades do direito do urbanismo são intoleráveis. Efectivamente, um qualquer diploma legal que origine qualquer uma destas situações é inevitavelmente inconstitucional na óptica do princípio da igualdade económica.

Em terceiro lugar, não nos poderemos esquecer que a actividade urbanística influencia decisivamente o mercado imobiliário. Ora, é o direito económico que tem no seu objecto o direito dos mercados, entendido como o regime jurídico ordenador das diversas formas de mercado e em especial da concorrência nos mesmos.

Assim, face às incapacidades de mercados existentes no mercado da propriedade imobiliária (fluidez inexistente, ocorrência de exterioridades positivas e negativas, necessidade de fornecimento de bens públicos),

⁶² António de Sousa Franco, *Noções de Direito da Economia*, I vol., AAFDL, págs. 211 e 213

descritas no ponto seguinte, a acção reguladora do Estado é mais do que justificada. No limite, poderá mesmo considerar-se a essa função correctora como obrigatória (alíneas a), b) e f) do artigo 81.º da CRP).

Ora, esta função de regulação e ordenação dos mercados, essencial na configuração económico-financeira dos Estados modernos enquanto Estados Reguladores⁶³ é totalmente incompatível com eventuais “falhas de regulação”, ou seja com acções públicas que além de não corrigirem as falhas ou os desequilíbrios do mercado, antes os agravam. É esta a principal explicação para a situação de caos urbanístico existente em Portugal.

Ora, um direito urbanístico que não tome em consideração os imperativos de direito económico, e no limite, o princípio da igualdade económica origina fatalmente desigualdade e injustiça.

O mercado da propriedade imobiliária, na perspectiva sua perspectiva mais ampla, é inevitavelmente influenciado pelas opções urbanísticas desenvolvidas pelas entidades públicas no campo das potencialidades construtivas. Não é, pois, de estranhar a acutilância das discussões doutrinárias relativamente à natureza jurídica do *jus aedificandi*, dado que as discrepâncias relativamente a esta qualificação têm como origem divergências conceptuais nos mais básicos fundamentos teóricos do conteúdo do direito à propriedade imobiliária e aos seus eventuais condicionamentos sociais.

Em Portugal, e numa perspectiva financeira, a actividade urbanística tem sido considerada fundamentalmente como uma fonte de receitas públicas municipais. Efectivamente, o resultado financeiro da actividade pública de urbanização tem sido de tal forma considerável que os organismos públicos responsáveis⁶⁴ ignoram os verdadeiros fundamentos da actividade financeira

⁶³ Cfr., por todos, Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 2001, págs. 393 e segs.

⁶⁴ Tendo em consideração o princípio da descentralização, a actividade urbanística é historicamente cometida aos municípios pois serão essas entidades que estarão em melhores condições para o seu desenvolvimento dada a relação de extrema

urbanística, funcionalizando a actividade urbanística à maximização dos proveitos financeiros daí decorrentes.

Esta visão, limitada e viciada, tem um impacto extremamente gravoso no desenvolvimento eficiente da própria actividade administrativa subjacente.

O resultado destas disfunções é visível aos olhos de todos. Não será necessária a realização de uma investigação empírica aprofundada para verificar as consequências das políticas de urbanismos (in)existentes no nosso país.

Desta situação instalada resultam diversos problemas ao nível da organização eficiente do mercado. Tendo ocorrido uma expansão geométrica da actividade urbanística nos últimos anos, que resolveu definitivamente as carências estruturais de habitações no nosso país, verifica-se, actualmente, uma natural redução dos níveis de actividade. Ora, perante esta situação de estagnação, os níveis de receitas directas provenientes das actividades de implantação urbanística reduzir-se-ão drasticamente num futuro próximo, o que colocará enormes problemas aos municípios que se encontram totalmente dependentes deste tipo de receitas⁶⁵.

proximidade com as populações e com o território. No entanto, actualmente, e atendendo ao desenvolvimento factual de áreas metropolitanas, deverão ser criados organismos de coordenação urbanística sob pena das disfunções actuais se continuarem a agravar em resultado da falta de percepção atempada da necessidade de criação dessas entidades centralizadas (de coordenação ou, mesmo, integradas) que resolvessem as disfunções resultantes de decisões autárquicas individualizadas em grandes massas urbanas.

Efectivamente, o princípio da descentralização na decisão pública advoga, por razões de eficiência, que a decisão seja tomada o mais próximo possível dos seus destinatários, permitindo ao decisor sintetizar mais fielmente as reais necessidades dos cidadãos minimizando eventuais distorções que influenciem negativamente a sua decisão. No entanto, se a decisão for mais eficiente num nível mais elevado atendendo aos condicionalismos mais abrangentes que a condicionam, então, deverá ser tomada nesse grau. Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.ª edição, Almedina, 2004, págs. 74 e segs; Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, vol. II, 2.ª edição, Almedina, 2004, págs. 1040 e segs; Richard e Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 5nd edition, McGraw-Hill, 1989, págs. 87 e segs..

⁶⁵ As autarquias locais sentem actualmente constrangimentos financeiros gravíssimos que podem colocar em causa a sua solvabilidade num futuro muito próximo e que as tornam particularmente sensíveis a todas as possibilidades de maximização dos níveis de receita de curto-prazo. A demonstração deste verdadeiro “estado de necessidade” ao nível da despesa é bastante fácil, dado: (1) o aumento da despesa autárquica proveniente do alargamento de competências autárquicas; (2) o aumento da despesa autárquica proveniente do aumento da dimensão dos corpos

Por outro lado, praticamente todos os espaços apetecíveis disponíveis foram já urbanizados. Não serão, pois, de estranhar eventuais investidas injustificadas a espaços até hoje protegidos pela Reserva Agrícola Nacional⁶⁶ (RAN) e pela Reserva Ecológica Nacional⁶⁷ (REN) ou mesmo a territórios inseridos em Zonas Especiais de Conservação (ZEC) ou Zonas de Protecção Especiais (ZPE) ⁶⁸.

administrativos de suporte à decisão autárquica; (3) o aumento da despesa autárquica decorrente do enorme esforço de investimento realizado nos últimos anos na criação de infra-estruturas públicas que agora necessitam de manutenção; (4) o desenvolvimento e implementação de um princípio de descentralização alargado; (5) o aumento de exigência por parte dos municípios ao nível da prestação dos serviços pelos municípios; (6) a redução do investimento público por parte da Administração Central que necessita de ser compensada por investimento autárquico.

No entanto, este movimento de expansão da despesa depara-se com uma tendência totalmente inversa do lado da receita decorrente: (1) do esgotamento do modelo tradicional de financiamento autárquico; (2) da redução significativa da taxa de crescimento dos impostos locais (Contribuição Autárquica/IMI, Impostos Municipal de Sisa/IMT, Imposto sobre os Veículos); (3) da limitação da possibilidade de endividamento por via da Lei da Estabilidade Orçamental (Lei Orgânica n.º 2/2002) e das sucessivas Leis do Orçamento do Estado desde 2002; (4) da redução das transferências proveniente do Orçamento do Estado, tendo em consideração a derrogação aos princípios estatuidos na Lei das Finanças Locais pela mesma Lei Orgânica n.º 2/2002..

⁶⁶ Cfr. Decreto-Lei n.º 169/89, de 14 de Junho, objecto de Declaração de Rectificação de 31 de Agosto de 1989, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 274/92, de 12 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 278/95, de 25 de Outubro. O regime jurídico da RAN «visa defender e proteger as áreas de maior aptidão agrícola e garantir a sua afectação à agricultura, de forma a contribuir para o pleno desenvolvimento da agricultura portuguesa e para o correcto ordenamento do território» (artigo 1.º). De acordo com o estatuido no n.º 1 do seu artigo 3.º, a RAN integra o «conjunto das áreas que, em virtude das suas características morfológicas, climatéricas e sociais, maiores potencialidades apresentam para a produção de bens agrícolas».

⁶⁷ Cfr. Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 316/90, de 13 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 79/95, de 20 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 203/2002, de 1 de Outubro. Nos termos do seu regime jurídico, a REN «constitui uma estrutura biofísica básica e diversificada que, através do condicionamento à utilização de áreas com características ecológicas específicas, garante a protecção de ecossistemas e a permanência e intensificação dos processos biológicos indispensáveis ao enquadramento equilibrado das actividades humanas (artigo 1.º) e abrange zonas costeiras e ribeirinhas, águas interiores, áreas de infiltração máxima e zonas declivosas (artigo 2.º).

⁶⁸ Cfr. Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, que reviu a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de Abril, relativa à conservação das aves selvagens (Directiva Aves), alterada pelas Directivas n.ºs 91/244/CEE, da Comissão, de 6 de Março, 94/24/CE, do Conselho, de 9 de Junho, e 97/49/CE, da Comissão, de 29 de Junho, bem como da Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio, relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e flora selvagens (Directiva Habitats), com as alterações que lhe foram introduzidas pela

Esta dependência das autarquias locais relativamente às receitas provenientes da actividade urbanística origina uma propensão política à maximização da carga urbanística concelhia, na maioria das vezes desproporcionada face às necessidades reais do mercado e quase sempre excessiva considerando as capacidades de edificação ópticas no espaço em causa.

No entanto, a dependência estrutural dos municípios em relação às receitas das actividades urbanísticas não constitui o único factor de desequilíbrio que obsta à criação de uma situação economicamente óptima.

Efectivamente, existe um efectivo desequilíbrio entre as potencialidades de edificação dos diferentes municípios sem que se encontre prevista qualquer modalidade de compensação intermunicipal⁶⁹.

Directiva n.º 97/62/CE, do Conselho de 27 de Outubro. Constituem objectivos deste decreto-lei assegurar a biodiversidade, através da conservação e do restabelecimento dos habitats naturais e da flora e fauna selvagens num estado de conservação favorável no território nacional, tendo em conta as exigências económicas, sociais e culturais, bem como as particularidades regionais e locais (n.º 2 do artigo 1.º). Assim, a ZEC é «um sítio de importância comunitária no território nacional em que são aplicadas as medidas necessárias para a manutenção ou o restabelecimento do estado de conservação favorável dos habitats naturais ou das populações das espécies para as quais o sítio é designado» (n.º 1 do artigo 3.º). A ZPE, por sua vez, é «uma área de importância comunitária no território nacional em que são aplicadas as medidas necessárias para a manutenção ou o restabelecimento do estado de conservação das populações e das espécies de aves selvagens inscritas no anexo A-I e dos seus habitats» (n.º 1 do artigo 3.º).

⁶⁹ Essa desigualdade decorre de duas razões essenciais: 1) do ponto de vista estrutural, existem áreas municipais de baixa densidade e de alta densidade. Ora, em situações de baixa densidade, por exemplo, em áreas de montanha, os custos de construção de infra-estruturas urbanísticas são bastante elevados, incompatíveis com os valores de mercado dos imóveis, o que inviabiliza liminarmente a aplicação de um qualquer mecanismo de repartição perequativa dos investimentos se tal for efectuado num âmbito estritamente intra-municipal.

Desta forma, a solução para esta falha estrutural de mercado dependerá da acção das autoridades públicas centrais que deverão desenvolver mecanismos de compensação inter-municipal entre os municípios propensos à criação em larga escala de solo urbano (os municípios do litoral) e os municípios do interior, de reduzida densidade urbana e que sustentam custos infra-estruturais proibitivos; 2) do ponto de vista legal e atendendo as características morfológicas do território nacional, as áreas da RAN, da REN, bem como as áreas protegidas, não poderão ser tomadas como encargos dos municípios onde se situam mas sim de toda a colectividade. O benefício social decorrente, por exemplo, da existência do Parque Nacional do Litoral Alentejano e da Costa Vicentina transcende as vantagens directamente incorridas pelos cidadãos residentes nas áreas municipais abrangidas estendendo-se a todos os cidadãos nacionais e, no caso das áreas englobadas na rede Natura 2000, igualmente aos cidadãos comunitários.

No entanto, as falhas de regulação fazem-se sentir, igualmente, numa vertente intra-plano. É inconcebível, nos termos do princípio da igualdade económica, que a definição de zonas edificáveis e não edificáveis seja efectuado numa lógica totalmente discricionária (arbitrária) que se traduz na concessão de benesses a poucos e na imposição de sacrifícios a muitos, sem a necessária compensação.

Esses sacrifícios traduzem-se, no plano urbanístico na compressão desigual do *jus aedificandi* inerente ao direito de propriedade detido por diferentes sujeitos económicos. Os efeitos destas práticas administrativas são evidentes:

- ao não existir compensação entre os diversos agentes desigualmente afectados pelas imposições administrativas, sujeitos em posição semelhante são tratados de forma diferenciada, o que constitui uma negação do princípio da igualdade material;
- as instâncias administrativas, ao comprimirem de forma intensa o *jus aedificandi* em determinadas propriedades, sem que estas beneficiem de uma compensação por parte dos beneficiados, originam uma elevação artificial e especulativa dos preços das propriedades não afectadas por esses constrangimentos, dado que a oferta, já escassa, é ainda mais restringida.

São, pois, abundantes as razões que nos levam a concluir pela vertente económica do direito do urbanismo. Os corolários desta constatação são evidentes: o direito do urbanismo não pode compactuar com a criação de desigualdades; o Bem Público não pode justificar o Bem Privado de alguns, arbitrariamente concedido e o Mal Privado de muitos, injustificado e não compensado. Nestas condições, as funções de regulação do Estado no mercado imobiliária são exercidas de forma inconstitucional, e em consequência, são totalmente intoleráveis.

3. A questão financeira urbanística. Falhas de Mercado e Fornecimento de Bens Públicos na Actividade Urbanística

3.1. Os princípios fundamentais de tributação da propriedade imobiliária

A actividade do Estado tem como único objectivo a satisfação das necessidades dos cidadãos no sentido da elevação sucessiva dos seus níveis de Bem-Estar. Nesse âmbito, as autoridades públicas deverão desenvolver esforços sensíveis no âmbito da prestação de utilidades que os cidadãos necessitam e que não lhes possam ser fornecidas pelo mercado. Sendo a iniciativa pública subsidiária da iniciativa privada, os agentes públicos só deverão intervir quando o mercado for incapaz de, por si só, ou através de regulação correctora, alcançar um nível da satisfação eficiente das necessidades⁷⁰ ou uma redistribuição justa da riqueza⁷¹.

A actividade financeira pública, por sua vez, tem um carácter meramente instrumental, constituindo-se como a infra-estrutura essencial para o desenvolvimento das finalidades públicas, que segundo Musgrave⁷², poderão ser classificadas em três grandes categorias: a função de fornecimento de bens; a função de redistribuição económica; e a função de estabilização económica.

⁷⁰ Efectivamente, nas situações em que a iniciativa pública e a iniciativa privada forem igualmente eficientes na satisfação de uma necessidade, as entidades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção, dado que da canalização de recursos financeiros provenientes dos impostos (e que provocam desutilidade privada) para o financiamento das entidades públicas originar-se-ão inevitáveis custos administrativos que reduzirão, inevitavelmente, os montantes efectivamente aplicados na satisfação das necessidades dos cidadãos. Nestas situações, a desutilidade privada resultante da tributação será superior à utilidade pública produzida, o que implica uma diminuição dos níveis de Bem-Estar Social.

⁷¹ Além dos seus inevitáveis corolários éticos, a redistribuição económica é igualmente uma condição para uma elevação sustentada e duradoura dos níveis de Bem-Estar Social, evitando clivagens sociais e outras confrontações geradoras de enormes prejuízos sociais. Por outro lado, e adoptando a perspectiva paretiana, sem uma efectiva redistribuição da riqueza poderia um agente atingir o Óptimo Social, o que impediria, nos momentos subsequentes, qualquer outra melhoria paretiana. Cfr. Nazaré da Costa Cabral, *A Redistribuição Económica*, AAFDL, 2002; Jorge Costa Santos, *Bem-Estar Social e Decisão Financeira*, Almedina, Coimbra, 1993.

⁷² Cfr. Richard e Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 5th edition, McGraw-Hill, 1989, págs. 7 a 12.

Mesmo esquecendo eventuais iniciativas públicas no sentido da limitação ou condicionamento do exercício dos direitos inerentes à propriedade privada de bens imóveis⁷³, este mercado apresenta algumas particularidades que o legislador fiscal não pode ignorar sob pena de acentuar as suas distorções genéticas.

3.1.1 A natureza atípica do mercado imobiliário

Ninguém contesta actualmente que o mercado moldado pela iniciativa privada constitui o melhor método para se proceder à satisfação das necessidades dos cidadãos e consequentemente à elevação sustentada dos níveis de Bem-Estar Social. Efectivamente, num mercado livre e não distorcido, a oferta e a procura interagirão construindo situações óptimas na óptica concorrencial⁷⁴.

No entanto, um mercado só será plenamente concorrencial ao encontrarem-se reunidas três pressupostos essenciais: (1) a atomicidade, ou seja, a presença no mercado de uma multiplicidade de agentes quer do lado da procura quer do lado da oferta, de forma que seja vedado a qualquer deles determinar individualmente os termos fundamentais que conformam as transacções, *maxime*, o seu preço; (2) a fluidez, que consiste na existência de mecanismos que propiciem transacções rápidas e eficientes de produtos homogéneos assentes em decisões económicas tomadas na posse de plena informação, estando os agentes totalmente esclarecidos quanto aos termos das opções presentes e das consequências destas num momento futuro; (3) a existência de liberdade de entrada e de saída, não sentindo os agentes quaisquer entraves excessivos quer à entrada no mercado (inexistência de custos de transacção) quer à saída (inexistência de custos irrecuperáveis).

Ora, perante estes requisitos conclui-se rapidamente que o mercado imobiliário não é um mercado plenamente concorrencial. Henry George, em

⁷³ Que serão tratadas *infra*.

⁷⁴ Cfr. Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, vol. I, Almedina, 2003, págs. 227 e segs.

1879, na obra *Progress and Poverty*, foi o primeiro autor a constatar essa realidade⁷⁵. Nessa época, os Estados Unidos não dispunham que quaisquer instrumentos de ordenamento do território nem de impostos sobre o rendimento, no entanto, este autor preocupou-se com o facto da “terra livre” começar a escassear, o que poderia gerar tensões fortíssimas entre os interesses públicos e os interesses privados. Henry George estava essencialmente preocupado com o facto da escassez de terra originar graves desequilíbrios ao nível da igualdade de oportunidade económica que gerariam inevitavelmente confrontações sociais.

Assim, como qualquer outro autor clássico, Henry George acreditava que os mercados concorrenciais e a propriedade privada gerariam eficiência e produtividade, remunerando os produtores quando fossem de encontro aos interesses dos consumidores. No entanto, o factor de produção terra tinha um comportamento peculiar dado que independentemente do aumento da procura a sua oferta não poderia aumentar. Sendo a capacidade da oferta limitada, a existência de um mercado plenamente concorrencial estava, à partida, afastada. Nesta situação, e verificando-se uma aumento natural do volume da procura decorrente do aumento demográfico, os proprietários imobiliários beneficiariam de elevadas valorizações fundiárias, que se verificariam independentemente do uso que dessem às suas propriedades⁷⁶.

A solução proposta por este autor era simples e radical. Enquanto que a doutrina maioritária à época defendia a nacionalização da propriedade imobiliária, Henry George sugeriu a criação de um imposto que tributasse todos os rendimentos adicionais decorrentes do aumento do valor da propriedade imobiliária e que fossem independentes de uma acção privada desenvolvida pelo seu proprietário. Esse imposto capturaria todos os rendimentos excedentes decorrentes da escassez natural do factor de produção e que resultariam do aumento demográfico e de actos de gestão

⁷⁵ Embora a teoria da renda fosse muito popular naquela época, nenhum outro autor foi tão claro na formulação de uma teoria tributária a este respeito.

⁷⁶ Cfr. H. James Brown, “Henry George’s Contributions to Contemporary Studies of Land Use and Taxation”, in *Land Use and Taxation*, Lincoln Institute of Land Policy, 1997, págs. 1 a 5.

pública urbanística. Do lançamento deste imposto decorreria um duplo dividendo: os proprietários seriam obrigados ao desenvolvimento das suas propriedades dando-lhe o maior e melhor uso possível; e, tendo em consideração as elevadas receitas que se iriam cobrar, poderiam os restantes impostos ser revogados.

Henry George não desconfiaria à altura da enunciação das suas ideias que estas se manteriam actuais dois séculos passados. Não se advoga, naturalmente, a revogação de todos os restantes impostos, nem a aplicação de uma "receita" radical a este propósito. O grande mérito deste autor decorre da simples constatação acerca da natureza atípica do mercado de propriedade imobiliária, que não podendo ser de concorrência perfeita, dada a limitação ao nível da oferta, obriga a uma necessária intervenção pública no sentido da sua correcção.

Além das limitações ao nível da oferta, o mercado de propriedade imobiliária apresenta também dificuldades sensíveis na perspectiva da fluidez. A terra disponível, salvo raríssimas e muito dispendiosas excepções, resulta de uma actividade de criação natural. Por outro lado, sendo imóvel, a sua localização espacial é uma característica única, não podendo existir duas propriedades numa única localização. Este condicionalismo exclusivo constitui, em consequência, um factor crucial na definição do seu valor.

A falta de fluidez inerente à terra enquanto factor de produção origina barreiras naturais à entrada e à saída do mercado. As suas características de permanência, quantidade limitada e imobilidade têm inevitáveis efeitos ao nível do processo de decisão privada, dado que qualquer opção terá efeitos muito prolongados no tempo, podendo mesmo ser irreversível. Os prejuízos de uma má opção serão, em diversas situações, irrecuperáveis e os juízos de prognose longa são realizados, muitas vezes, sem a informação necessária, propiciando movimentos especulativos. *É clara, pois a existência de informação assimétrica ao nível da evolução futura dos mercados de propriedade imobiliária que impede a formulação de decisões económicas*

óptimas⁷⁷.

No entanto, além das falências genéticas sentidas no lado da oferta da propriedade imobiliária, ocorrem outros fenómenos económicos decorrentes da especial interacção entre os diversos agentes no mercado urbanístico. Assim, poderão ocorrer exterioridades significativas nestes mercados que ao não serem interiorizadas – contabilizadas enquanto custos ou proveitos na contabilidade individual do agente causador - originarão situações sub-óptimas⁷⁸.

Desta forma, quando as entidades públicas constroem uma nova ponte ou inauguram uma nova estrada, os terrenos envolventes valorizarão sem que os seus proprietários tenham realizado qualquer acção nesse sentido. Estas mais-valias (*windfall gains*) beneficiam proprietários individualmente considerados embora os investimentos públicos tivessem sido efectuados à custa de toda a comunidade, justificando-se, pois, uma socialização desses ganhos (socialização das exterioridades positivas), por via da imposição de contribuições especiais.

Em sentido inverso, quando os agentes privados causem custos reflexos em outros agentes devido ao seu comportamento torna-se essencial a sua interiorização, de forma que o custo privado marginal se equipare ao custo social marginal, eliminando-se consequentemente a exterioridade negativa⁷⁹. Tal justificaria, na óptica urbanística, que um imóvel degradado sustentasse uma mais carga tributária mais elevada pois constitui um factor de desvalorização na área em redor à da sua localização.

⁷⁷ Cfr. Carlos Baptista Lobo, "Tributação do Urbanismo", in *XV Aniversário da Reforma Fiscal*, Almedina, no prelo.

⁷⁸ Conforme refere António de Sousa Franco, "a interdependência entre as pessoas em sociedade gera situações difíceis de regular: na verdade as decisões de um consumidor ou de um produtor reflectem-se por vezes – positiva ou negativamente – sobre outras pessoas que com elas nada têm que ver: ora proporcionando-lhes utilidades externas (benefícios resultantes de comportamento alheio), ora impondo-lhes desutilidades externas (custos resultantes de comportamento alheio)" in *Manual*, Vol. I, cit., pág. 28.

⁷⁹ Cfr. quanto às exterioridades ambientais cfr. Carlos Baptista Lobo, "Impostos Ambientais. Análise Jurídico Financeira" in *Revista Jurídica do Ambiente e Urbanismo*, n.ºs 2 e 3, Almedina, 1994.

A supressão destas falhas de mercado constitui um imperativo para as entidades públicas. Não existe opção possível a este propósito. Se o mercado não funciona numa área essencial para os cidadãos (o urbanismo é essencial para a vida em sociedade) devem as entidades públicas tomar as medidas necessárias para a sanção dessas incapacidades. Estamos, pois, numa das áreas mais sensíveis do governo público – a gestão da “polis” – a “política” no seu sentido mais profundo.

Sendo uma área essencial para o Bem-Estar Social, todas as opções políticas a este respeito devem respeitar os mais profundos mandamentos aplicáveis; e, quanto a isso, não existem quaisquer dúvidas: as entidades públicas competentes devem, a qualquer custo, desenvolver esforços no sentido do aumento dos padrões de eficiência no mercado urbanístico – tal obrigação decorre directamente das alíneas d) e e) do artigo 9.º, do artigo 65.º e das alíneas a), d) e f) do artigo 81.º da Constituição.

Neste assunto não existe opção possível: não estamos no campo da orientação, nem mesmo da estabilização económica; o que está em causa é uma verdadeira e própria correcção das insuficiências do mercado, tarefa que se inclui no âmbito das mais básicas funções do Estado.

3.2. O fornecimento de bens públicos no âmbito da actividade urbanística. Em especial, o fornecimento de infra-estruturas urbanísticas

Além das barreiras à entrada no mercado da propriedade imobiliária e da sua reduzida fluidez estrutural, que por si só justificam uma intervenção pública nesse mercado, a fruição dos bens imobiliários depende em larga medida de activos urbanísticos de suporte. Assim, uma casa só satisfará de forma eficiente as necessidades do seu proprietário se existir toda uma rede de infra-estruturas urbanísticas que suporte a propriedade imobiliária individual. Os arruamentos, os parqueamentos, as redes de água, gás, telecomunicações, energia, iluminação pública, recolha de lixo, esgotos constituem equipamentos que são essenciais, estando o valor do imóvel condicionado à sua existência e à sua qualidade. No entanto, além das redes de serviços em rede

básicos, outros equipamentos, como as escolas, os espaços verdes, as piscinas, os hospitais são, hoje, essenciais. A estes equipamentos físicos poderão acrescentar-se serviços como a segurança pública e a animação cultural.

Ora, na grande maioria das ocasiões, este tipo de utilidades só é eficientemente fornecida por uma entidade pública. Tal resulta da qualificação deste tipo de utilidades enquanto revestindo a qualidade de bens públicos⁸⁰ (ou colectivos, na terminologia de Sousa Franco), dadas as suas características de satisfação passiva (prestam, pela sua própria natureza, utilidades indivisíveis, independentes da procura em mercado), de consumo não exclusivo (o consumo de um sujeito não exclui, em regra, consumos subsequentes de outros sujeitos relativamente ao mesmo bem), e de não emulatividade (os utilizadores não entram em concorrência para conseguir a

⁸⁰ Como se sabe, na sequência dos estudos dos economistas neo-clássicos, designadamente Pareto, Marshall e Pigou (cfr. Joseph Schumpeter, *History of Economic Analysis*, London, George Allen & Unwin, 1954, págs. 833-440, 858-861 e 1069-1072; João Lumbrakes, *História do Pensamento Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, págs. 181 e ss e 217 e ss. e Jorge Costa Santos, *Decisão Financeira e Bem Estar Social*, Almedina, 1994, 37 e ss.), e da moderna teoria das finanças públicas ou da economia pública (cfr. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 4.ª ed., cit., págs. 17 e ss.; Richard A. Musgrave e Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 4th ed., McGraw-Hill, 1984, págs. 48 e ss.; Anthony B. Atkinson e Joseph E. Stiglitz, *Lectures on Public Economics*, McGraw-Hill, 1987, págs. 482 e ss. e Jorge Costa Santos, *ob. cit.*, págs. 61 e ss.), o funcionamento puro do mercado (sem interferências de qualquer ordem) não gera, por si só, eficiência na afectação dos recursos, nem bem-estar e justiça social. A racionalidade económica determina os comportamentos dos agentes em função da maximização do lucro (empresas) e da utilidade (famílias).

Para satisfazer as necessidades económicas que fogem a esse paradigma de racionalidade, torna-se necessário organizar mecanismos de provisão pública dos bens aptos à satisfação dessas necessidades, e que não são produzidos pelo mercado. Tais bens assumem a natureza de **bens públicos ou colectivos**, isto é, bens que são produzidos fora do mercado, podem ser utilizados por todos em termos não exclusivos, e proporcionam utilidades indivisíveis, de satisfação passiva, em termos não emulativos (cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 4.ª ed., cit., págs. 26-27 e 33-41), e opõem-se aos **bens semi-públicos**, que proporcionam utilidades exclusivas e divisíveis, de satisfação activa, cuja oferta é assegurada pela colectividade por razões ligadas à prossecução do interesse público e cujo financiamento fica a cargo dos beneficiários, e aos **bens individuais** que, por definição, são susceptíveis de consumo privado, em termos exclusivos, e são oferecidos e procurados no mercado mediante um preço concorrencial. São exemplos de bens públicos o farol, mas também a segurança, as comunicações, a qualidade de vida, o direito, a ordem social, etc.. Os bens públicos não podem ser oferecidos pelo mercado e é por isso que se fala em incapacidades ou insuficiências do mercado («*market failures*»).

sua utilização)⁸¹.

No caso da actividade urbanística, o conjunto de normas jurídicas destinadas a garantir o correcto ordenamento do território, a construção de infra-estruturas básicas de suporte à propriedade imobiliária e a melhoria do nível da vida nas cidades, na medida em que visam suprir incapacidades do mercado e salvaguardar o interesse geral, correspondem claramente a bens públicos ou colectivos mas que, além disso, satisfazem as necessidades e interesses de todos quantos se aproveitam das utilidades geradas pela intervenção do agente público, compreendendo pois um elemento de divisibilidade que lhes adiciona uma componente mista ou de utilização individual⁸².

Porém, com a sofisticação dos mecanismos de mercado, poucos são os bens que revestem hoje uma natureza pública pura. A limpeza das ruas, o tratamento dos jardins, a construção das infra-estruturas em rede pode, em última instância, ser desenvolvida por entidades privadas.

No entanto, a justificação para a prestação deste tipo de utilidades por parte de entidades públicas mantém-se, atendendo às significativas economias de escala que se fazem sentir e à necessária eliminação dos efeitos negativos em sede de Bem-Estar Geral que adviriam de boleias (*free rides*) ou de bloqueios (*hold out*), se a decisão em causa fosse desenvolvida numa óptica estritamente privada (ou cooperativa, se o bem for comum).

Essa actividade pública é fundamental: não seria possível a elaboração de um plano urbanístico se a decisão assentasse num pressuposto de cooperação (aplicando-se a regra da unanimidade) pois os custos de negociação seriam extraordinariamente elevados, podendo um único agente bloquear a

⁸¹ Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Almedina, 2004, págs. 26 e 27

⁸² Todas essas actividades proporcionam aproveitamentos específicos a favor de sujeitos certos e determinados e, portanto, cabem amplamente àquilo a que Teixeira Ribeiro chama **bens semi-públicos** (cfr. *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra, 1987., p. 28).

conclusão de um instrumento que beneficiasse milhares. Por outro lado, os juízos de prognose quanto ao desenvolvimento e organização da cidade só podem se desenvolver de forma coerente pelos organismos públicos que não terão, à partida, quaisquer interesses pecuniários directos decorrentes dessa actividade.

Numa outra perspectiva, se a construção de infra-estruturas de suporte urbanístico estivesse dependente de uma acção estritamente privada (assente numa lógica cooperativa), além dos bloqueios descritos no parágrafo anterior, poderiam ocorrer *boleias* de sujeitos, que não pretendendo contribuir directamente para a construção do equipamento iriam, no entanto, usufruir das utilidades prestadas.

Todas estas situações obrigam a que as entidades públicas desenvolvam uma actividade urbanística, apesar da determinabilidade dos sujeitos beneficiários da mesma e da possível divisibilidade das prestações públicas.

4. Das actividades públicas urbanísticas em especial. Um sistema tributário eficiente visando o desenvolvimento sustentável.

A função mais básica do Estado em matéria urbanística é a do *planeamento e ordenamento do território*. É precisamente essa a origem da política entendida no contexto moderno do termo. Conforme foi referido no ponto anterior, só uma actividade pública permite ultrapassar as inevitáveis ineficiências que decorreriam de uma acção puramente privada⁸³.

Assim, e em termos gerais, deveremos assentar a tributação da actividade urbanística no princípio da equivalência ou do benefício. Tal opção tem dois corolários imediatos, o primeiro ao nível da definição dos sujeitos da relação jurídica de imposto, e o segundo ao nível do seu objecto.

Assim, ao nível da definição do sujeito tributário activo, será credor do imposto a entidade que prestar utilidades urbanísticas de suporte à propriedade

⁸³ Sobre a acção privada e a acção pública, consultar António de Sousa Franco, *Manual*, I vol., cit., págs. 12 a 16.

imobiliária privada. Assim, na lógica constitucional portuguesa, e nos termos do princípio da descentralização, detendo as autarquias locais, *maxime* os municípios, as competências de construção, manutenção e amortização de equipamentos e da prestação de serviços de apoio urbanísticos, será uma consequência natural a sua qualificação enquanto sujeito tributário activo nos termos da Lei das Finanças Locais.

Por sua vez, o sujeito tributário passivo será o proprietário do bem imóvel beneficiário das prestações urbanísticas públicas. A intensidade da tributação deverá depender não da sua capacidade contributiva geral mas sim do benefício que a sua propriedade obtém da actividade prestacional pública – óptica do benefício - adoptando uma outra perspectiva – a óptica do custo -, a contribuição do proprietário o imóvel dependerá da quota-parte de custos decorrentes da actividade urbanística que lhe competirão atendendo às características físicas da sua propriedade⁸⁴.

No entanto, além desta função de ordenação geral, ao Estado são cometidas outras funções relevantes a este propósito que se traduzem no fornecimento de utilidades ou infra-estruturas públicas.

Nessa óptica, e adoptando uma perspectiva abrangente, poderemos incluir nessa função prestativa de infra-estruturas⁸⁵, o fornecimento de:

- *espaço público de circulação e de estar*, pedonal e automóvel, incluindo vias, praças, estacionamento, espaços livres e verdes;
- *infra-estruturas em rede*: água, esgotos domésticos e pluviais, energia e iluminação pública, gás, telefone e recolha de lixo;
- *equipamentos sociais de suporte*: educação, desporto, saúde, cultura, segurança social, protecção civil e lazer.

⁸⁴ Assim, se Bill Gates for proprietário de um T1 com 100 m² em Lisboa, e ao seu lado existir um palácio propriedade de um barão falido com 1000 m², o barão deverá ser onerado com uma carga tributária dez vezes superior, pois o que está em causa é a configuração tipológica do edifício e não a capacidade contributiva geral do seu proprietário.

⁸⁵ Seguimos a classificação de Jorge Carvalho “Os custos do urbanismo” in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, Almedina, 2002, págs. 17 a 23

Por sua vez, poderemos subdividir as infra-estruturas consoante a dimensão da sua área de implantação e as necessidades que prestam. Assim existirão:

- *Infra-estruturas locais*, ou de proximidade, que incluem os arruamentos, estacionamento e pequenos espaços livres e verdes e as correspondentes redes básicas que se articulam directamente com um conjunto edificado ou a edificar;
- *Infra-estruturas gerais* (municipais), que serão de competência do município, constituídas a jusante ou a montante das infra-estruturas locais, tais como a adução, tratamento e depósito de águas; os emissários principais e o tratamento de esgotos domésticos; as vias sem construção adjacente; as zonas verdes de maior dimensão; a generalidade dos equipamentos sociais;
- *Infra-estruturas supramunicipais* (nacionais ou regionais), que incluem, entre outras, as estradas nacionais e regionais, os caminhos-de-ferro, zonas amplas de protecção da natureza, universidades, tribunais, etc.

A realização pública deste tipo de infra-estruturas é, pois, totalmente justificada. A existência de falhas de mercado, a insuficiência dos mecanismos de decisão privada e a presença de significativas economias de escala obrigam ao exercício de uma actividade pública prestativa tendo em vista a manutenção de padrões satisfatórios de Bem-Estar Social

Importa, agora, analisar as estruturas de financiamento público aplicáveis e os termos da sua repartição.

Efectivamente, o financiamento da actividade pública urbanística constitui uma questão de extraordinária complexidade.

Identificadas e classificadas as diversas tipologias de infra-estruturas públicas, analisaremos, de seguida, quais as necessidades de financiamento das

mesmas associadas ao seu ciclo de vida. Assim, deverão ser considerados, no âmbito da legislação actualmente em vigor, os custos de construção inicial, os custos de gestão e conservação, os custos de adaptação e melhoria e os custos de amortização compensatória tendo em vista a futura reconstrução⁸⁶.

Conforme referimos anteriormente o legislador está constitucionalmente vinculado, nas suas opções de afectação de meios financeiros à satisfação de necessidades colectivas, quando as mesmas se traduzam no exercício de poderes de autoridade (*ius imperii*), pelos modos de legitimação consentâneos com as utilidades geradas pela despesa pública. Desta feita, serão constitucionalmente ilegítimas, à luz do princípio da justa repartição dos encargos públicos, opções de financiamento de serviços gerais da administração fundadas na cobrança de taxas, sendo certo que estas apenas se encontram legitimadas como forma de financiar entidades estaduais ou infra-estaduais sempre que tais entidades prestem, por mandato legal ou constitucional, utilidades divisíveis, em benefício de um grupo certo e determinado de sujeitos passivos, independente da vontade desses sujeitos, pois que se trata de prosseguir missões de serviço público, fundadas no interesse geral e adequadamente legitimadas pela Constituição e pela lei.

Pelo exposto, o financiamento da integralidade da actividade urbanística pela generalidade dos contribuintes acarretaria uma evidente injustiça na repartição dos encargos públicos, já que se faria recair sobre a generalidade dos cidadãos todo o encargo de financiamento de uma actividade cujos benefícios se concentram, em larga medida, num grupo certo e determinado de agentes: os proprietários fundiários e imobiliários; os promotores e construtores; e, os utilizadores directos. Por outro lado, o financiamento da integralidade da actividade urbanística através de taxas acarreta igualmente uma evidente injustiça, já que alguns (promotores e proprietários de uma determinada zona) sustentariam todos os encargos de utilidades públicas usufruídas por todos. Um equilíbrio é, portanto, necessário.

⁸⁶ Como veremos adiante, nos termos da Lei das Finanças Locais em vigor, os custos elegíveis à data da liquidação da taxa em apreciação limitavam-se unicamente aos custos por realização das infra-estruturas.

Deparamos, pois, com um sistema complexo, em que utilidades divisíveis e indivisíveis convivem conjuntamente, tendo por beneficiários sujeitos determinados e indeterminados, sendo o seu financiamento efectuado através de taxas, impostos e contribuições especiais locais e, ainda, por transferências do Orçamento do Estado.

É, obrigatório, neste ponto efectuar um ponto de ordem, atendendo aos princípios constitucionais da eficiência, da justiça e da igualdade e da solidariedade. Assim, no que diz respeito à actividade urbanística prestativa directa⁸⁷:

- se as utilidades forem indivisíveis e os beneficiários indeterminados, decorrendo da sua existência benefícios em escala nacional ou regional, então o seu financiamento deverá ser assegurado por transferências do Orçamento do Estado resultantes do produto da colecta dos impostos nacionais;
- se as utilidades forem indivisíveis e os beneficiários determinados ou indeterminados, decorrendo da sua existência benefícios em escala municipal, então o seu financiamento deverá ser assegurado pelo produto da colecta dos impostos locais incidentes sobre o património imobiliário.
- se as utilidades forem divisíveis e os beneficiários determinados, decorrendo da sua existência benefícios na esfera individual, então o seu financiamento deverá ser assegurado pelo produto da colecta de taxas urbanísticas.

Por outro lado, se da actividade prestativa pública resultarem benefícios reflexos na contabilidade individual de um determinado individuo, justificar-se-á a imposição de uma contribuição especial.

É nesta óptica compreensiva e global que deverá ser entendido o sistema

⁸⁷ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “A Tributação do Urbanismo”, *ob. cit.*

tributário urbanístico municipal. O Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) deverá assentar numa lógica de equivalência ampla, constituindo-se como um "Imposto de Condomínio"⁸⁸, tendo em vista a repartição dos custos sustentados com utilidades indivisíveis a beneficiários indeterminados. Os proprietários dos imóveis constituem-se como sujeitos passivos, sustentando a este título todos os custos com a manutenção e amortização de infra-estruturas existentes ou com a criação de novas utilidades indivisíveis mas com destinatário determinado ou determinável^{89/90}.

Por sua vez, as contribuições especiais tributarão os promotores pelas mais-valias latentes resultantes de acções dos organismos públicos⁹¹. Estes benefícios reflexos decorrentes de exterioridades positivas seriam, desta forma, socializados. Consoante os exemplos recentes (Expo 98, Ponte Vasco da Gama, CRIL, CREL, CRIP, CREP), estas contribuições especiais denominadas de

⁸⁸ Só assim se justificam os poderes de determinação das taxas do imposto pelas Assembleias Municipais. Um município que pretenda fornecer e manter infra-estruturas gerais de boa qualidade deverá aplicar uma taxa superior. Pelo contrário, um município que pretenda manter a taxa mais reduzida não poderá prestar o mesmo tipo de utilidades.

⁸⁹ O IMT, constituindo-se como um imposto sobre a transmissão da propriedade imobiliária não tem qualquer função urbanística relevante. Pelo contrário, os seus efeitos são nefastos já que insere padrões de rigidez adicional ao mercado imobiliário, sendo unicamente justificável se entendido na óptica de um "Imposto de Registo". No entanto, não se pode desprezar a receita originada pela aplicação deste imposto tendo em vista o financiamento municipal e o alargamento das fontes de receita tributária, já que efectivamente, existe uma manifestação indirecta de capacidade contributiva. Porém, os mesmos efeitos reditórios poderiam ser alcançados, de forma menos distorcida, através da aplicação do IVA e da criação subsequente de um fundo de compensação intermunicipal em favor dos municípios do interior, de forma a salvaguardar-se o princípio da coesão económica e social.

⁹⁰ Por sua vez, os Impostos sobre o Rendimento (IRS e IRC) tributarão as mais-valias imobiliárias realizadas e os rendimentos prediais, de acordo com o princípio da capacidade contributiva.

⁹¹ A grande particularidade das contribuições especiais está, por um lado, no pressuposto relacional, diferente do imposto, na medida em pressupõe uma utilidade meramente reflexa, enquanto o imposto assenta apenas na unilateralidade. Por outro lado, as contribuições especiais visam actuar ao nível das exterioridades: estas são os custos ou benefícios causados reflexamente na esfera de um terceiro por acção de um agente. Se houver um benefício causado reflexamente a um agente privado por um investimento público, que tenha causado, por exemplo, um aumento do seu património (exterioridade positiva), permite-se ao Estado interiorizar uma parte dessa exterioridade, socializando-a. Se o sujeito adquire um proveito, um ganho patrimonial, sem que tenha desenvolvido qualquer esforço para tal, legitima-se o Estado a adquirir uma parte desse ganho, canalizando-o para a satisfação das necessidades públicas ou para outros agentes.

2.ª Geração⁹² incidirão sobre a valorização imobiliária sofrida por obras em concreto⁹³. Por sua vez, este tipo de tributos poderão servir para a interiorização de exterioridades negativas, como acontece no Imposto Municipal sobre Veículos.

Às taxas competirá a repartição dos encargos públicos resultantes da actividade de fornecimento de utilidades divisíveis a sujeitos determinados. Só nesta perspectiva poderá ser salvaguardada a equivalência jurídica nas taxas urbanísticas.

De fora do âmbito tributário deverão ficar as denominadas “Compensações Urbanísticas” cujas finalidades são exclusivamente perequativas.

Desenvolvendo um pouco mais esta questão, deveremos referir que as taxas por prestação de serviços urbanísticos visarão necessariamente ressarcir o município dos custos administrativos decorrentes da gestão urbanística, incluindo os custos de planeamento e de análise de projectos.

As taxas de recolha de lixos, de esgotos ou de tratamento de águas residuais visam angariar recursos necessários à prestação dessas utilidades, tendo igualmente uma função de alteração de comportamentos (fundamentando uma equivalência funcional agravada). Por sua vez, as tarifas de fornecimento de água, atendendo à essencialidade do bem, deverão ser alvo de uma equivalência funcional subsidiada.

Que papel resta às “Taxas Municipais de Urbanização”?

Precisamente aquele que consta da lei: a construção de novas infra-estruturas locais ou o reforço das existentes (a jusante ou a montante do

⁹² Cfr. Casalta Nabais, “A Fiscalidade de Urbanismo: Impostos e Taxas”, in O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo, *cit.*, págs. 50 a 52.

⁹³ No limite, poderiam ser concebidas eventuais contribuições especiais por mais-valias resultantes de alterações do plano urbanístico, tendo como incidência a diferença entre edificação média e edificação concreta numa óptica estritamente perequativa (intra e inter-plano).

empreendimento), neste último caso, na percentagem que beneficie o novo loteamento. Se existir benefício dos proprietários instalados, esse custo deverá ser repartido e cobrado através do IMI; uma imposição repercutida unicamente ao promotor pela construção de uma infra-estrutura que beneficie a totalidade dos munícipes constituirá uma verdadeira “barreira à entrada” no mercado – já que se exigirá um montante desproporcionadamente elevado ao promotor do qual resultará um benefício para toda a colectividade -, em clara violação quer do princípio da repartição justa dos encargos públicos quer do princípio da eficiência.

Conforme se pode facilmente antever, e atendendo ao objecto típico das “Taxas Municipais de Urbanização” só se incluirão no seu âmbito a construção e reforço das infra-estruturas locais. Efectivamente, as infra-estruturas gerais municipais deverão ser financiadas com o produto da cobrança do IMI⁹⁴.

5. As “Taxas Municipais de Urbanização” actuais enquanto paradigma de tributo disfuncional

A legislação ordinária é clara quanto à configuração das taxas por construção, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas. Nesse sentido, o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, que aprovou o regime jurídico dos loteamentos urbanos, veio estabelecer que “a realização de infra-estruturas urbanísticas e a concessão do licenciamento da operação de loteamento estão sujeitas ao pagamento das taxas a que se referem as alíneas a) e b) do artigo 11º da Lei nº 1/87, de 06 de Janeiro, não havendo lugar ao pagamento de quaisquer mais-valias ou compensações, com excepção das previstas no artigo 16.º”. Este diploma efectua uma distinção entre as taxas devidas pela construção das infra-estruturas e as devidas pela prestação de serviços urbanísticos, o que limita, à partida, o

⁹⁴ Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira referem que a taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas “corresponde à contrapartida dos investimentos municipais com a construção, reforço e manutenção das infra-estruturas existentes e equipamentos urbanos em que se incluem não só os arruamentos como ainda os espaços verdes e demais equipamento social e cultural da responsabilidade do município”. Cfr., igualmente, Aníbal Almeida, *Estudos de Direito Tributário*, Almedina, 1996, pág. 53.

âmbito das primeiras.

Por sua vez, a Lei n.º 90/95, de 1 de Setembro, veio autorizar o Governo a alterar o regime jurídico do Decreto-Lei n.º 448/91 de 29 de Novembro: *"esclarecendo que as taxas municipais por realização de infra-estruturas urbanísticas só são devidas quando resultem de efectiva prestação de serviço pelo município"* - (artigo 2.º, n.º 2 alínea e)); tentando garantir a ocorrência de uma estrita correlação entre a actividade de fornecimento de bens urbanísticos e o montante da taxa a cobrar.

Assim, a Assembleia da República, que autorizou na Lei das Finanças Locais, a cobrança de tais taxas (artigo 1.º da Lei n.º 1/87, de 06 de Janeiro), estabeleceu expressamente na dita lei de autorização que esta só pode ser cobrada desde que o município preste qualquer serviço efectivo.

E, na sequência dessa autorização legislativa, foi publicado o Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro, no qual se estabeleceu no artigo 32.º n.ºs 1 alínea a) e 2, o seguinte: "

1. *Salvaguardado o disposto no artigo 16.º, a emissão de alvarás de licenças de loteamento ou de obras de urbanização está sujeita ao pagamento das taxas a seguir referidas, não havendo lugar ao pagamento de quaisquer mais-valias ou compensações: a) A taxa prevista na a) do artigo 11.º da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro, quando, por força da operação de loteamento, o município tenha de realizar ou reforçar obras de urbanização.*

2. *A taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas prevista na a) do artigo 11.º da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro, só pode ser exigida nos casos expressamente previstos na a) do n.º 1, não podendo ser consideradas como passíveis de incidência da taxa quaisquer outras situações, designadamente no âmbito de execução de obras de construção, reconstrução ou alteração de edifícios, ainda que tais obras tenham determinado ou venham a determinar, directa ou indirectamente, a realização pelo município de novas infra-estruturas urbanísticas ou o reforço das já existentes".*

As referidas infra-estruturas encontram-se definidas nos diversos Regulamentos

Municipais aplicáveis, e abrangem, normalmente as redes viárias, redes de drenagem de águas pluviais e de esgotos, redes de abastecimento de água, electricidade, gás e iluminação pública e equipamentos urbanos, nomeadamente áreas de estacionamento e espaços verdes públicos; ou seja, são, em termos inequívocos, as infra-estruturas locais ou de proximidade anteriormente identificadas.

Note-se, no entanto, que nos termos da legislação em vigor, e de acordo com o princípio da legalidade genérico, esta "Taxa de Urbanização" só poderia ter como finalidade a cobertura de encargos com a "realização" ou "construção" de infra-estruturas urbanísticas⁹⁵. Os termos mais generosos - "realização, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas" - só apareceram com a aprovação da Lei n.º 42/98 (alínea a) do artigo 19.º)

Parece-nos clara a intenção do legislador: as "Taxas de Urbanização" visam suportar os encargos dos municípios decorrentes da construção de infra-estruturas locais ou de proximidade, constituindo-se como sujeitos passivos os promotores dos loteamentos ou das edificações.

Dos diversos instrumentos legais parece exteriorizar-se uma vontade do legislador no sentido do estabelecimento de uma relação causal entre a construção das infra-estruturas por parte da entidade pública e a exigência do pagamento dos encargos correspondentes por parte do promotor. Tal ideia – que assenta na pressuposição de existência de um *sinagma necessário* – é reforçada se integrarmos as "Taxas de Urbanização" no âmbito sistemático do sistema tributário urbanístico. É este o conteúdo da equivalência jurídica.

E quanto à equivalência económica? Perante o papel do Estado no mercado urbanístico – regulação e ordenação das funções de ordenamento do território, fornecimento de utilidade indivisíveis de suporte à propriedade privada e fornecimento de utilidade divisíveis superando as incapacidades do

⁹⁵ Cfr., igualmente, alínea a) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 98/84.

sistema de decisão privada (boleias ou bloqueios) – parece-nos, do ponto de vista da equivalência económica que não nos poderemos afastar da perspectiva da *equivalência económica restrita ou eficiente*.

Ao Estado, no mercado urbanístico, não competirá introduzir maior ineficiência do que a que já existe originariamente. Conforme demonstrámos, a Constituição da República Portuguesa, nas alínea d) e e) do artigo 9.º, no artigo 65.º, e nas alíneas a), d) e f) do artigo 81.º, vincula as entidades públicas no desenvolvimento das opções urbanísticas mais eficientes tendo em vista a elevação dos níveis de Bem-Estar Social, pelo que não poderão os municípios exigir quantias aos promotores sem que haja uma razão fundamentada para tal. No caso das “Taxas de Urbanização” a justificação não poderá ser outra senão a repartição dos custos de realização das infra-estruturas entre os agentes beneficiados.

É por isso que a diversa legislação aplicável aponta, de forma conclusiva, para a existência de uma estrita equivalência económica. A exigência aos promotores de montantes desproporcionados inseriria inevitavelmente custos adicionais não justificados que, inevitavelmente, distorceriam ainda mais este mercado.

Pelo exposto, na perspectiva urbanística, as entidades públicas têm a obrigação de aumentar os níveis de eficiência dos mercados. É por isso que as actividades de planeamento, loteamento e criação de infra-estruturas urbanísticas se justificam.

As taxas por realização de infra-estruturas urbanísticas, visam, no sistema actual, o ressarcimento da entidade pública pela construção, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas e deverão assentar numa óptica de equivalência estrita. Note-se que o papel das entidades públicas a este propósito é meramente subsidiário já que, preferencialmente, deverão ser os privados a desenvolver esse tipo de utilidades.

Essa equivalência económica estrita não necessita, porém, de se verificar no momento imediato, já que a realização dessas obras poderá ser futura. No entanto, esse evento futuro deverá ser certo e não meramente eventual.

Porém, um enquadramento jurídico completo das "Taxas de Urbanização" não pode ignorar a diversa jurisprudência administrativa e constitucional.

Nessas decisões os tribunais superiores têm advogado uma solução mais tolerante no que à equivalência económica diz respeito referindo que a sua mesuração deveria ser efectuada na óptica da "proibição do excesso", traduzida na expressão "*manifesta desproporcionalidade*". A doutrina maioritária afinou pelo mesmo diapasão.

Tendo em consideração os momentos históricos, são compreensíveis estas decisões, por três razões principais:

- Nos processos em causa não havia possibilidade de realização de qualquer juízo de proporcionalidade pois não existia qualquer referencial de custos. As entidades municipais não dispunham de uma contabilidade analítica de custos que lhes permitisse a "cobrança" dos custos efectivamente realizados com a construção de infra-estruturas e qual a quotização de benefício que competia a cada um dos promotores.
- O papel das entidades municipais no desenvolvimento urbanístico, dada a realidade de sub-desenvolvimento do país, era bastante intensa abrangendo igualmente a construção de infra-estruturas em áreas já edificadas (com origem remota ou de génese ilegal), o que poderia justificar uma compensação em favor dessas áreas numa óptica perequativa alargada⁹⁶.

⁹⁶ Realidade que é bem retratada por Benjamim Rodrigues. Referindo-se à génese das "Taxas de Urbanização" refere que: "*a sua história não é das mais dignificantes. A sua génese prende-se com as exigências de diversas compensações, quer em numerário, quer em espécie, quer, finalmente com a realização de infra-estruturas em outros locais que os municípios tinham que levar a cabo sob a sua responsabilidade, fora, portanto do regime legal então existente relativo aos processos de licenciamento de loteamentos e de obras particulares, imposições essas que as começaram a ser feitas pelos respectivos presidentes das Câmaras ou pelo serviços de urbanização*

- Os níveis de exigência ao nível da eficiência administrativa não eram tão elevados como o são hoje. A privatização económica, a criação de micro-mercados e a sofisticação dos instrumentos contabilísticos permite actualmente a indagação do custo realmente sustentado.

Hoje em dia, porém, a situação alterou-se sensivelmente. Concordamos com Benjamim Rodrigues, hoje Conselheiro do Tribunal Constitucional, quando enuncia “os novos tempos do princípio da equivalência”, referindo de seguida a “Taxa de Urbanização” como “o caso paradigmático de uma taxa desvirtuada”⁹⁷.

As instâncias jurisdicionais não podem ignorar as alterações estruturais que se verificaram na ordem jurídica após a revisão constitucional de 1997. De acordo com a nova alínea i) do artigo 165.º da CRP passou a ser da reserva relativa de competência da Assembleia da República legislar sobre o regime geral de taxas. Tal indicia uma especial preocupação do legislador constitucional na regulação das taxas em especial, considerando o seu papel cada vez mais relevante no financiamento do sector público. Por outro lado, a Lei das Finanças Locais (Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto) veio estabelecer uma maior exigência contabilística (artigo 6.º) e uma maior disciplina na definição das taxas susceptíveis de cobrança (artigos 19.º e 20.º).

Por seu lado, o Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL)⁹⁸ obriga à realização de uma verdadeira contabilidade de custos por funções. Este instrumento de gestão financeira obriga a tomar em consideração os custos administrativos subjacentes à fixação de taxas (ponto 1.5.). Esta

agindo sob delegação, aí pelos começos da década de 1980 e perante uma certa euforia da construção civil, umas vezes a coberto de simples actos administrativos e outras vezes sob a invocação de normas genéricas tomadas à revelia das assembleias municipais e de lei que as autorizasse (...)” in “Para uma reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal”, in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, cit., págs. 202 e 203.

⁹⁷ Benjamim Rodrigues, “Para uma reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal”, cit., págs. 175 e segs.

⁹⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54-A/99, de 22 de Fevereiro.

tendência integradora, assente na inserção de transparência na gestão financeira autárquica, acentuou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, diploma que veio estabelecer o novo regime jurídico da urbanização e da construção. No n.º 5 do seu artigo 116.º dispôs-se peremptoriamente que os projectos de regulamento municipal da taxa pela realização, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas devem ser acompanhadas da fundamentação do cálculo das taxas previstas, tendo em conta, designadamente, os seguintes elementos:

- a) Programa plurianual de investimentos municipais na execução, manutenção e reforço das infra-estruturas gerais, que pode ser definido por áreas geográficas diferenciadas;
- b) Diferenciação das taxas aplicáveis em função dos usos e tipologias das edificações e, eventualmente, da respectiva localização e correspondentes infra-estruturas locais.

Estas disposições não têm qualquer finalidade de regulação inovadora. Pelo contrário, e conjuntamente com a orientação comunitária anteriormente descrita, constituem elementos interpretativos preciosos para a compreensão da real natureza das "Taxas de Urbanização" que os tribunais não devem, nem podem, ignorar.

Em síntese, assistimos às seguintes alterações estruturais:

- i) Economicamente, a actividade pública sofreu uma apreciável transformação. Bens e serviços que tradicionalmente se qualificavam como "públicos" (prestações indivisíveis e com beneficiários indeterminados) passaram, com a sofisticação e privatização da actividade prestacional do Estado, a revestir uma qualidade intrinsecamente privada, tornando-se divisíveis e com beneficiários determinados ou determináveis;
- ii) ao nível supra-legal, o legislador constituinte, em 1997, previu a existência de uma Lei Geral das Taxas, tendo o Estado adquirido, nos

últimos anos, funções essencialmente reguladoras do mercado, com objectivos de fomento do Bem-Estar Social e correcção das incapacidade de mercado; por sua vez, a legislação e a jurisprudência comunitária estabeleceram uma orientação contínua de equivalência restrita, imbuída do mesmo espírito de acção assente no princípio da eficiência;

- iii) ao nível legal, e tomando em consideração as alterações estruturais verificadas no tecido económico-financeiro e a modificação dos padrões de satisfação das necessidades públicas por parte das autoridades municipais, a legislação estabeleceu critérios cada vez mais rígidos de contabilização de custos e de planeamento financeiro das intervenções urbanísticas, reconhecendo que só um grau de exigência elevado a este propósito poderia salvaguardar o princípio da justa repartição dos encargos públicos;
- iv) ao nível da tributação do urbanismo, assistiu-se em 2003 a uma reforma fiscal que modificou totalmente todo o enquadramento tributário. Essa alteração legislativa tornou claro, por exclusão de partes, qual o papel atribuídos às “Taxas de Urbanização”: a cobertura dos custos decorrentes de actividades públicas, presentes ou futuras (devidamente programadas) de fornecimento (*ex novo* ou de reforço) de infra-estruturas urbanísticas locais ou de proximidade;
- v) a actividade pública local passou a ser escrutinada de forma mais intensa, quer pelo Tribunal de Contas quer pela Inspeção-Geral de Finanças e pela inspecção sectorial. As suas opções administrativas são actualmente analisadas na óptica da eficiência, da eficácia e da economicidade. Finalmente, já não é justificável, actualmente, que os novos promotores imobiliários satisfaçam eventuais custos de infra-estruturas de áreas historicamente deficitárias a este respeito.

Todas estas alterações estruturais têm inevitavelmente impacto na concretização do que se entende por equivalência económica nas taxas por realização das infra-estruturas urbanísticas, conduzindo, inevitavelmente, a uma concepção mais exigente de proporcionalidade. Tal leva-nos a concluir que um tributo com a configuração da “Taxa de Urbanização” deverá respeitar o princípio da equivalência jurídica, correspondendo a uma prestação particular visando o pagamento dos encargos sustentados pelo município na realização das infra-estruturas urbanísticas locais ou de proximidade (a contraprestação pública). Essa contraprestação pública poderá não ser presente mas unicamente futura⁹⁹; no entanto, não poderá ser impossível, ou seja, o tributo não será devido se todas as infra-estruturas houverem sido realizadas pelo particular, situação em que a contraprestação pública é de objecto impossível¹⁰⁰.

Na óptica quantitativa, a “Taxa de Urbanização” deverá, à partida, respeitar o princípio da equivalência restrita ou eficiente, correspondendo à “quotização” ou “repartição” dos encargos que o município suporta tendo em vista a realização de infra-estruturas locais ou de proximidade (utilidades públicas divisíveis) que beneficiam múltiplos sujeitos determinados.

Da cobrança da “Taxa de Urbanização” não poderá resultar qualquer efeito negativo em sede de Bem-Estar Social, pois a acção pública de realização das infra-estruturas locais só é explicável tendo em consideração as eventuais falhas da acção privada (*free riders* ou *hold out*), ou seja, no respeito do princípio da eficiência. No entanto, por preocupações de redistribuição (contribuição dos promotores das novas construções para a construção das infra-estruturas em áreas deficitárias já edificadas), admitiu-se historicamente a possibilidade de uma equivalência agravada. No entanto, essa equivalência

⁹⁹ Desde que os seus custos já estejam programados e assumidos. Cfr. Benjamim Rodrigues “Para uma reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal”, cit., pág. 205.

¹⁰⁰ E neste caso a doutrina é unânime na qualificação do tributo como revestindo uma natureza unilateral. Cfr. António de Sousa Franco, Manual, II, cit., pág. 63 a 73; Pedro Soares Martinez, Direito Fiscal, 7.ª ed., Almedina, 1998, págs. 27 a 35. Conforme referem Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira, “é possível que a contraprestação pública da taxa, bem como a satisfação proporcionada pelo respectivo serviço público sejam futuras, desde que (...) se configure como uma real possibilidade de acontecer” (ob. cit., pág. 80).

agravada implica sempre um mínimo de correspondência da prestação privada com a contraprestação pública.

Em caso contrário, o tributo terá unicamente uma finalidade de angariação de receita pública, gerando situações urbanísticas totalmente ineficientes.

6. Conclusões gerais

O ordenamento urbanístico é uma das componentes essenciais de um desenvolvimento que se pretende como sustentável. Por isso, é extremamente preocupante a situação actual em Portugal, onde o desenvolvimento imobiliário, que supostamente deveria melhorar os padrões de vida da população, pelo contrário, constitui um dos principais motivos de degradação ambiental.

A alteração deste estado de coisas passa inevitavelmente para alteração de todo o sistema tributário aplicável. O Estado deverá promover a eficiência do sistema e não criar ainda mais disfunções tendo em vista motivos de angariação de receita pública.

Para tal torna-se essencial uma verdadeira reforma dos Impostos sobre o Património (IMI e IMT) e igualmente de todo o quadro de contribuições especiais e de taxas municipais. Só assim se poderá alterar, de forma estruturada e durável, o actual estado de coisas. Se quanto ao IMI e ao IMT só a administração central poderá promover a sua reforma, já o mesmo não acontece no campo das taxas municipais.

Os instrumentos necessários à revisão dos Regulamentos Municipais de Taxas encontram-se ao dispor de todas as autarquias. Bastará o desenvolvimento de metodologias de contabilidade analítica, com base no POCAL, e a subsequente repartição dos custos entre os beneficiários directos e determinados. Nestas circunstâncias, a qualidade das infra-estruturas e o dinamismo dos trabalhos desenvolvidos será compensado com um maior volume de receitas.

Por outro lado, e na perspectiva da equidade intra e inter-planos, o panorama é idêntico. A perequação inter-planos depende de uma actuação estatal, e que culminará na aprovação do Plano Nacional de Ordenamento do Território e na nova Lei das Finanças Locais. Só nesse momento é que se poderá observar quais os termos de (des)equilíbrio real entre os municípios nacionais, e da eventual compensação das circunscrições territoriais mais constrangidas pela existência de áreas de reserva.

No entanto, a igualdade intra-plano é, já hoje, imperativa. Não se pode continuar a compactuar com a criação de mais-valias exorbitantes através da aprovação de um regulamento administrativo. Quem é beneficiado deverá necessariamente compensar o prejudicado. É esse o espírito não só da Constituição como dos artigos 138.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro. E, note-se, esta perequação deverá ser pura e directa e não operada através do mecanismo das taxas urbanísticas. Estas são já suficientemente complexas em si mesmas. Efectivamente, se condicionarmos a compensação à solicitação de uma licença urbanística, como é que se poderá compensar aqueles que forem presenteados com uma capacidade edificativa nula? Nestas condições, os municípios absorverão para os seus orçamentos os montantes pagos pelos beneficiados em sede de compensação. Ora, não se pode compactuar de nenhuma forma com este novo modelo de angariação de receita pública.

Carlos Baptista Lobo

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado

[Voltar ao início do texto](#)

[Voltar ao índice](#)

"Numa tentativa de fixar a memória da Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Ordenamento do Território e Urbanismo tal como se realizou de 2007 até 2011, reuniram-se alguns textos distribuídos pelos especialistas que participaram nas várias sessões do Curso. As áreas de incidência principalmente representadas são o Ambiente e o Urbanismo e a ordem de publicação obedece a esta *summa divisio*."