

A “linha maginot” da sustentabilidade financeira. Perigo, risco, responsabilidade e compensação de sacrifícios: uma revisão da dogmática a pretexto da gestão do litoral.

Resumo

Apurar os tipos de responsabilidade do Estado no domínio da gestão do litoral obriga-nos a um excuro prévio sobre as categorias do perigo, do risco e da responsabilidade civil, para tentar delinear a fronteira entre a maior ou menor liberdade na conformação de tarefas estaduais, e o incumprimento de deveres de protecção arraigados a preceitos fundamentais. A somar a esta distinção, em si já difícil, mas fundamental para a efectivação dos princípios da igualdade, da justiça e da sustentabilidade financeira, veremos que a insustentabilidade não resulta maioritariamente dos regimes normativos instituídos pelo legislador democrático, mas sim da jurisprudência, que tem dado o contributo mais relevante no “saque” aos cofres públicos a propósito da protecção de pretensas posições jurídico-subjectivas jusfundamentais, revelando que este poder acaba por tornar vulnerável a nossa fronteira, convertendo-a numa “linha maginot”.

1. A gestão do risco como tarefa estadual

A primeira consideração a fazer na estruturação das propostas subsequentes é precisamente a da diferença entre as categorias jurídico-dogmáticas do *risco* e do *perigo*¹. Trata-se de um ponto de partida fundamental para uma construção que segue a linha da recolocação do direito como centro de direcção e que, para esse efeito, implica, no contexto do “novo direito administrativo”, a superação, por assimilação, dos contributos decisivos que as ciências sociais trouxeram para a construção das novas soluções jurídicas².

Assim, enquanto o *perigo*, por corresponder a realidades conhecidas, pressupõe a construção de esquemas reguladores públicos preventivos, ou seja, a subordinação de determinadas actividades, comportamentos ou bens jurídico-privados a um controlo público, em regra a um

¹ Cf. JAECKEL, *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 49ss. Sobre a diferença entre estas categorias v., entre nós, FARIA COSTA, *Perigo em direito penal (O)*, Coimbra Editora, 1992, e CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, 2007, pp. 223ss.

² Cf. VOSSKUHL, «Neue Verwaltungswissenschaft», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck München, 2006, pp. 325s.

controlo administrativo prévio; o risco, por seu turno, não pode reclamar um controlo público preventivo pré-determinado, pois a incerteza e o desconhecimento que o caracterizam impossibilitam a construção de adequados esquemas normativo-públicos preventivos. Quer isto dizer que estas categorias, que tendem a configurar realidades com contornos pouco nítidos no domínio das ciências sociais, conhecem no domínio jurídico distinções bem claras, resultantes em grande medida do tradicional desenvolvimento do *direito administrativo de polícia* (licenças e autorizações), que desde há muito vem controlando preventivamente comportamentos, actividades e bens privados potencialmente perigosos (ex. licenciamento industrial) e do *direito administrativo do planeamento*, associado quer às políticas de ordenamento do território e urbanismo, quer às políticas de segurança e protecção civil.

Todavia, a incerteza e o desconhecimento ligados ao *risco*, que tornam os instrumentos jurídicos de combate ao perigo inoperativos neste domínio, não são suficientes para justificar e legitimar a total desintervenção estadual, sobretudo quando a Sociedade pós-industrial e a globalização económica contribuíram de forma decisiva, como alerta Beck³, para aumentar as áreas de risco ambiental e da saúde pública (poluição, novos alimentos e nanotecnologia são os domínios mais impressionantes)⁴. É neste contexto, sob a égide do *princípio da precaução*, que tem vindo a ser construído o *direito administrativo do risco*. Um direito assente numa *ponderação entre liberdade e segurança* diferente daquela que preside ao direito administrativo de polícia e do planeamento (*direito de prevenção do perigo*), pois o desconhecimento e a incerteza obrigam, inevitavelmente, a uma menor repressão da liberdade. Trata-se de mais um direito administrativo especial, que se caracteriza, sobretudo, pela *diferença metodológica* adoptada no procedimento de emissão e nos efeitos da decisão administrativa⁵.

Pese embora a diferença fundamental que acabámos de traçar entre perigo e risco, a mesma veio a ser contestada por diversos autores, que combinando os critérios da “probabilidade de ocorrência do evento” e “o do respectivo potencial lesivo”, acabaram por propor um “superconceito” congregador das categorias de perigo, risco e risco residual, optando por uma modulação do regime jurídico segundo o “grau de intensidade da ameaça”⁶. Porém, a proposta do “superconceito” oriunda do direito do ambiente revelou-se, em si, um “perigo maior”, e alguns fenómenos globais mais recentes como o *terrorismo*, que têm contribuído de sobremaneira para miscellanizar as categorias jurídicas do perigo e do risco no âmbito das tarefas do “Estado preventivo”⁷, revelam que a solução do “superconceito” acaba por investir o Estado num “superpoder” de vigilância e prevenção, o qual, em grande parte dos casos, redundando na legitimação de medidas violadoras dos mais elementares princípios fundamentais de uma ordem jurídica democrática fundada no princípio da dignidade da pessoa humana⁸.

³ U. BECK, *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Mai, 1986 (tradução espanhola, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998).

⁴ Sobre o conceito de risco em Beck, por todos, JOÃO LOUREIRO, «Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pp. 797ss.

⁵ Sobre o *modus operandi* do direito administrativo do risco no direito europeu, das organizações internacionais e a respectiva recepção no direito alemão v., por último, B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

⁶ Para uma síntese das diversas teses e da respectiva evolução na doutrina alemã v. JAECKEL, *Gefahrenabwehrrecht...*, pp. 59-85 e, entre nós, CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação...*, pp. 224-238.

⁷ Cf. SCHULZE-FIELITZ, «Hoheitliche Aufgabenwahrnehmung», *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, Beck München, 2006, pp. 325s.

⁸ Sobre as dificuldades sentidas pelos diversos países na construção de leis de combate ao terrorismo que sejam, simultaneamente, eficazes e respeitadoras dos direitos fundamentais v. P. LEWIS, «Influence of international legal instruments on national criminal law, exemplified by the combat of terrorism – the situation in England and Wales»,

Assim, não só pelas razões patentes nas dificuldades de controlo dos actos do Estado preventivo que nos pretende garantir contra as suspeitas de risco (terrorista)⁹, mas sobretudo para neutralizar a recente hipertrofia das garantias fundamentais justificadora de um crescente abuso no accionamento da reparação (secundária) de prejuízos ao abrigo do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, alinhamos com a doutrina alemã mais recente que dá conta da necessidade de recuperar e restabelecer a diferença entre *risco* e *perigo*, subordinando estas categorias a regimes jurídicos diferentes, abandonando as propostas que apontavam para a construção de um *continuum* entre elas, em que apenas em sede de graduações no regime jurídico-administrativo seria possível expressar as diferenças¹⁰.

A proposta mais recente no sentido do regresso à diferenciação entre *perigo* e *risco*¹¹ funda-se nas teses de *di Fabio*, para quem existe uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa entre perigo e risco, pois se no primeiro caso (no perigo) é sindicável o dever de actuação da Administração, no segundo (no risco) esse dever, a existir, funda-se em critérios valorativos que reclamam a já mencionada metodologia diferente¹²; e de *Ladeur*, que acentua as diferenças entre a decisão administrativa em matéria de perigo orientada para a *prevenção de resultados lesivos* potenciais e a decisão administrativa em matéria de risco que reclama a *procedimentalização da gestão da incerteza* através da plurivinculação administrativa no âmbito dos esquemas de administração em rede, típicos, sobretudo, da decisão administrativa transnacional¹³.

2. Breves considerações sobre o *modus operandi* do direito administrativo do perigo e do risco

A primeira nota para tornar perceptíveis as propostas que a seguir fazemos sobre o âmbito da “responsabilidade do Estado” a propósito de algumas questões relacionadas com a gestão do litoral radica na necessidade de revelar as diferenças entre o *modus operandi* do *direito administrativo do perigo* e do *direito administrativo do risco* na acepção antes referida, ou seja, de autonomização entre ambos.

Com efeito, no primeiro caso – no *direito administrativo do perigo* – aplicam-se os postulados clássicos do direito administrativo *complementados* com os contributos da internormatividade, pois perante *um perigo* decorrente do uso de um bem ou do exercício de

Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Mohr Siebeck, 2008, pp. 221ss e VERGOTTINI, «La difícil convivencia entre libertad y seguridad. Respuestas de las democracias al terrorismo», *Revista de Derecho Político*, UNED, 2004, pp. 18. Contra o “totalitarismo do direito” e os custos que estas políticas ocasionam v. CASALTA NABAIS «Responsabilidade civil da Administração Fiscal», *Estudos de Direito Fiscal III*, Almedina. Coimbra, 2010, pp. 145ss.

⁹ Sobre o tema, entre nós, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, «Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois», *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2006/V, pp. 121ss (132-135). Também PÉREZ ROYO dá-nos conta do “perigo maior” que é a legitimação de diversos espaços de excepção para combater o “perigo difuso” do terrorismo in «Medidas antiterroristas y Constitución, tras em 11 de Septiembre de 2001», *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, 2010, pp. 18ss. Emblemático neste domínio do “risco do terrorismo”, sobretudo porque revelou e marcou a posição da UE em matéria de direitos fundamentais neste novo mundo de concurso de fontes de direito no espaço da internormatividade, é o *leading case* Kadi (Proc. C-415/05).

¹⁰ Não seguimos, portanto, a posição adoptada entre nós por CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação...*, pp. 233.

¹¹ JAECKEL, *Gefahrenabwehrrecht...*, pp. 84-85. Também no sentido da necessidade de distinguir entre risco e perigo v. B. ARNDT, *Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht...*, pp. 107ss.

¹² UDO DI FABIO, *Risikoentscheidung im Rechtsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994. Ver também referência em CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação...*, pp. 231-232.

¹³ KARL-HEINZ LADEUR, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Dunker & Humblot, Berlin, 1995 e *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern law: from the hierarchy of norms to the heterarchy of changing patterns of legal inter-relationships*, EUI Working papers 99/3.

uma actividade perigosa por parte das entidades administrativas (quando não exista outra alternativa igualmente eficaz e eficiente para prosseguir a mesma finalidade ou alcançar o mesmo fim) ou perante a possibilidade de verificação de um resultado lesivo (incerteza conhecida), impendem sobre a Administração diversos “*deveres de vigilância*”, designadamente, a obrigação legal de mobilizar os meios necessários, preventivos (autorizações) ou repressivos (ordens, proibições, interdições) para reduzir ou neutralizar o perigo gerado por si na prossecução do interesse público ou os efeitos possíveis, porque conhecidos, de um resultado lesivo de uma actividade desenvolvida pelos privados.

Integram-se neste domínio não apenas as medidas tradicionais da *Administração de polícia*, mas também os *instrumentos de planeamento e programação* típicos das políticas de protecção civil e segurança pública, assim como, instrumentalmente, das políticas de uso e transformação dos solos, isto é, do ordenamento do território e do urbanismo.

Sublinhe-se que no *direito administrativo do perigo* as medidas de defesa adoptadas podem ser judicialmente escrutinadas, o que significa que o juiz não está impedido de controlar quer os actos de polícia, quer os planos e programas adoptados pela Administração, ajuizando da respectiva compatibilidade com os princípios fundamentais informadores da actividade administrativa, os quais, nesta medida, funcionam como limites à discricionariedade administrativa decisória e de planeamento. Mais, se tomarmos em consideração que o leque destes princípios fundamentais se alargou significativamente com a “*abertura da estadualidade à internormatividade*”, verificamos que actualmente o juiz não está limitado ao “catálogo” do art. 266º/2 da C.R.P., podendo também mobilizar para o seu juízo princípios que se formam e densificam noutras “constelações normativas” a que o Estado português se entrelaça — como é o caso mais vincado dos *princípios da eficiência, da sustentabilidade financeira e da boa administração*, nas suas dimensões de transparência, reflexividade, assim como o *princípio da cooperação leal* — e percebemos que a discricionariedade administrativa no domínio do direito administrativo do perigo, como em outros, vem estreitando as suas margens¹⁴.

A redução da margem de discricionariedade é na verdade bem notória, pois a referida “abertura da estadualidade” acarreta não só a absorção de princípios e normas jurídicas que permitem avaliar a juridicidade das medidas de neutralização de perigos adoptadas pela Administração executiva (ex. interdição do acesso a uma determinada zona por perigo de derrocada), mas também de *standards técnicos*, que funcionam como parâmetros para a ponderação no domínio do princípio da proporcionalidade e que são sobretudo importantes no domínio do controlo da actividade planificadora, por constituírem um limite à *discricionariedade de planeamento*.

Neste contexto, a teoria da argumentação jurídica de Alexy, ao defender que a “*empírica*” (as regras definidas por indivíduos isoladamente ou por grupos de indivíduos) pode integrar a fundamentação normativa sempre que consubstancie um juízo racional aceite por cientistas¹⁵, veio dar um contributo teórico essencial para a construção normativa da teoria da ponderação que hoje preside ao controlo da *discricionariedade do planeamento*¹⁶ e que tem

¹⁴ Para uma visão geral da mudança v. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Um novo direito administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

¹⁵ Cf. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983 (tradução espanhola, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 178-180).

¹⁶ Sobre o tema v. ORTEGA / SUSANA DE LA SIERRA (Coord.), *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

sido auxiliada pelo desenvolvimento de novos institutos jurídicos de âmbito supranacional, como é o caso da *avaliação ambiental estratégica*¹⁷.

Já o *direito administrativo do risco* assenta em bases diferentes, uma vez que não se trata de *prevenir* resultados lesivos emergentes de *perigos* (incerteza conhecida conformada pelo princípio da causalidade – conceito objectivo e judicialmente sindicável¹⁸), mas sim de *gerir* a incerteza quanto a potenciais resultados lesivos emergentes de *riscos* (incerteza desconhecida conformada pelos princípios da precaução e da boa administração). É certo que no domínio das ciências, sobretudo das ciências da natureza, os desenvolvimentos da teoria quântica têm permitido compreender que nos planos atómico e subatómico encontramos muitas explicações para realidades e fenómenos antes incertos, mas a par desses novos conhecimentos encontramos também outras tantas novas fontes de incerteza, o que significa, em jeito de balanço global, que a dominação da incerteza depende dos avanços do conhecimento, e esta é a premissa a que se espera que o direito dê resposta em sede de *direito administrativo do risco*.

Para tanto, o *direito administrativo do risco* parte de uma compreensão diferente no que respeita ao controlo de potenciais efeitos lesivos futuros (abordagem subjectivista), na medida em que este controlo não depende da gestão dos efeitos emergentes dos elementos conhecidos, mas sim da capacidade de melhorar o conhecimento sobre fenómenos desconhecidos. Isto obriga, como a doutrina bem sublinha, à construção de um *novo método para a solução jurídica*, o qual há-de assentar nos seguintes postulados: reconhecimento de uma margem de ponderação e livre apreciação na concretização de normas (libertação do princípio da legalidade administrativa e reforço da função governativa de implementação de políticas), co-envolvimento dos agentes públicos e privados na respectiva produção (procedimentos administrativos democratizados e jurigénicos), adopção de medidas proporcionais e sustentáveis (ponderação das medidas num quadro de limitação pelo respeito de direitos fundamentais e orientação para soluções eficientes)¹⁹.

Este novo método, que revela essencialmente a adaptação da produção da solução jurídica numa articulação em tempo real com o método científico (direito reflexivo) pressupõe para o jurista a solução de três problemas essenciais que têm ocupado a doutrina germânica nos tempos mais recentes. Em primeiro lugar, demonstrar que a *ligação entre o direito e a ciência* é possível no quadro do discurso jurídico, o que exige um regresso à teoria do direito e aos fundamentos do método jurídico para encontrar os alicerces precisos desta nova gramática, e mostrar que o controlo judicial destas decisões é também uma possibilidade desde que se perceba a diferença em que radica a decisão judicial assente no modelo subsuntivo (vertical) e a nova decisão judicial ancorada em “círculos de similitude”²⁰. Em segundo lugar, (re) construir o *esquema de legitimação da decisão* (uma vez que neste novo modelo o princípio

¹⁷ A avaliação ambiental estratégica, aprovada entre nós pelo Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de Junho, diploma que transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Directiva n.º 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que consiste na avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente, representa um dos instrumentos mais importantes na limitação da *discrecionalidade de planeamento* – v. KÖCK, «Pläne», *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, Beck München, 2008, pp. 1290 e 1330.

¹⁸ A actividade só pode ser considerada perigosa se no momento em que é desenvolvida o elemento do perigo já é conhecido da Administração, como bem se explica no Ac. do STA de 14.12.2005 (Proc. 0351/05), pois se o perigo ainda não for conhecido não pode ser exigível à Administração que previna a possibilidade do resultado lesivo.

¹⁹ JAECKEL, *Gefahrenabwehrrecht...*, *passim*.

²⁰ Esta questão é tratada de forma exemplar pela doutrina alemã que tenta compreender o método de decisão judicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – v. AXEL ADRIAN, *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

da legalidade é em grande medida arredado), o que é conseguido a partir dos procedimentos administrativos complexos²¹ e multiparticipados²², assentes nos postulados do princípio da boa administração²³. Por último, encontrar *meios alternativos de controlo* relativamente ao controlo judicial, pois não é pensável, nem desejável, que o juiz, mesmo absorvendo os contributos da nova metodologia, se possa ocupar de avaliar a racionalidade das medidas adoptadas quando não dispõe de um parâmetro jurídico de controlo. Quer isto dizer que o problema do controlo no direito administrativo do risco não assenta na maior ou menos amplitude da discricionariedade técnica, como acontece no direito administrativo do perigo²⁴, e sim no respeito ou não pelos trâmites procedimentais da produção da decisão (a vinculação ao procedimento como garantia da racionalidade da decisão), como se de um verdadeiro controlo de legalidade democrática se tratasse, porquanto as dimensões da participação no procedimento e da colegialidade da decisão parecem ser a “melhor prática” no que respeita à sindicabilidade das decisões administrativas (de governo) em matéria de risco²⁵.

Em suma, o direito administrativo do perigo distingue-se do direito administrativo do risco, assentando num *modus operandi* diferente, pois enquanto o primeiro se reconduz ao domínio clássico do direito administrativo de polícia, o segundo reclama um *novo método*, que há-de permitir operar a *gestão do risco através do procedimento*. Isto significa também que encontramos diferenças assinaláveis em matéria de responsabilidade do Estado num e noutro domínio, pois enquanto o primeiro lida com as categorias conhecidas da prevenção de perigos e do cálculo dos resultados lesivos (perigo permitido) perante a hipótese concreta e previsível de lesão e reparação de bens jurídicos, pelo que impõe obrigações concretas à Administração (deveres de vigilância), o segundo repousa sobre a incerteza científica e a partilha de responsabilidades entre Estado e Sociedade que não se compadece com esquemas de responsabilidade, pois não se pode exigir ao direito que proteja os bens jurídicos de factores desconhecidos, mas apenas que construa esquemas procedimentais ajustados à incerteza²⁶.

²¹ A complexidade destes procedimentos resulta da circunstância de os mesmos terem de garantir a ligação entre diversas esferas normativas autónomas, seja entre diferentes ordenamentos jurídicos estaduais, seja entre ordenamentos jurídicos estaduais, internacionais e supraestaduais, seja entre ordenamentos jurídicos e regimes regulatórios autónomos que integram o quadro *metajurídico* emergente da globalização. Para uma visão global dos problemas da complexidade nesta acepção v., por todos, FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-kollisionen. Zur fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006.

²² Para uma visão geral destes procedimentos v. T. SIEGEL, *Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009 e, entre nós, em matéria de procedimentos complexos no direito administrativo europeu SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra (no prelo).

²³ Entre as dimensões concretizadores fundamentais do *princípio da boa administração* no domínio europeu contam-se a transparência, a participação, a informação, a fundamentação das decisões, o direito a uma decisão fundada no direito e em critérios de razoabilidade e o direito à reconstituição da situação anterior em consequência de actos de má administração – v. B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, pp. 110-145 e A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Cedam, Milano, 2009, pp. 163ss. Para Cassese o *princípio da boa administração* consubstancia o quarto estágio na evolução do direito administrativo, que após as fases da liberdade, subordinação à lei e subordinação à Constituição conhece hoje um momento de abertura ao direito global, no qual o princípio da boa administração constitui a matriz legitimadora v. CASSESE, «Il diritto alla buona amministrazione», *Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25º anniversario della legge sul “Sindico de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009* in <http://www.irpa.eu>.

²⁴ Sobre os limites e os novos desenvolvimento em matéria de controlo de decisões administrativas reconduzíveis à discricionariedade técnica v. M. GRAZIA DELLA SCALA, «L’evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni “tecnico-discrezionali”», *L’invalidità Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 263ss.

²⁵ Neste sentido, JAECKEL, *Gefahrenabwehrrecht...*, pp. 159 e SCHOCH, «Gerichtliche Verwaltungskontrollen», *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, Beck München, 2009, pp. 862.

²⁶ Neste sentido v. A. SCHERZBERG «Risikosteuerung durch verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?», *VVDStRL 2004/63*, pp. 214ss.

Assim, num tempo de escassez de recursos financeiros, motivada em forte medida pela crise do Estado fiscal resultante dos efeitos das “térmitas fiscais”²⁷ que se instalaram nos sistemas fiscais nacionais em consequência da globalização e da integração económicas em mercados supranacionais, a que acresce um aumento desregrado da despesa pública, é fundamental lembrar, como faz Gröpl, que um Estado democrático não pode deixar de adequar convenientemente as receitas e as despesas públicas, o que significa que um Estado de direito democrático também cumpre a sua função de garantia de uma ordem justa e solidária quando ajusta o seu normativo em matéria de responsabilidade às disponibilidades financeiras do seu orçamento. Por outras palavras, como o autor germânico põe em evidência, é essencial perceber e ajustar a despesa pública à receita pública, e esta operação não pode assentar apenas na discussão jurídico-constitucional sobre o Estado social e o conteúdo e limites da “reserva do possível”, devendo antes estender-se a todos os domínios, incluindo ao da responsabilidade civil extracontratual do Estado, particularmente às formas de responsabilidade administrativa pelo perigo (ou pelo risco na designação do legislador), pelo exercício da função político-legislativa e aos casos de compensação pelo sacrifício. Isto significa que antes de atingirmos a “*barreira de facto*” (falta de dinheiro nos cofres públicos) impeditiva da realização dos direitos, que ponha em causa a paz social, é importante começar desde já a apurar as categorias dogmáticas em que repousa esta fonte da despesa pública garantindo assim a sustentabilidade dos regimes legais e a justiça do sistema jurídico²⁸.

Desta forma, partindo do dado empírico de que no regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado não se encontra qualquer referência (uma cláusula-limite dos montantes indemnizatórios) ao *princípio da sustentabilidade financeira* ou da protecção das gerações futuras²⁹ (um limite ao endividamento estadual), e de que a nossa jurisprudência não revela grande sensibilidade em matéria de ponderação dos resultados financeiros da aplicação que vem fazendo do mesmo, mostrando até uma tendência perdulária em matéria de “indemnizações por sacrifício” decorrentes do planeamento urbano e da respectiva execução, assim como uma tendência para transformar o Estado em “*ente paternalista*” e “*segurador residual*” perante lesões emergentes de eventos imprevisíveis, entendemos que na gestão do litoral, onde hoje confluem muitos destes problemas, podemos encontrar alguns exemplos impressionantes para ensaiar as propostas que visam uma arrumação dogmática sustentável das diversas categorias.

3. A compensação de sacrifícios no planeamento do litoral – a perequação e o modelo pós-vinculístico como respostas adequadas

Começamos então a nossa análise pela actividade do *planeamento* do litoral. De acordo com o relatório que acompanha o PNPOT³⁰, verificamos que a “protecção e valorização da zona costeira” integra as *orientações estratégicas* em matéria de sustentabilidade ambiental

²⁷ As “térmitas fiscais” (expressão de Tanzi) são os fenómenos (ex. comércio electrónico, preços de transferência) que emergem da confluência entre globalização económica, concorrência fiscal e novas tecnologias e que se instalam dentro dos sistemas fiscais nacionais, corroendo as fundações do Estado fiscal, e tornando a estes cada vez mais difícil a tarefa de manter o nível de receitas fiscais anterior – v. VITO TANZI, «The role of the State and public finance in the next generation», *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 2, n.º1, pp. 21ss (30).

²⁸ C. GRÖPL, «La relación entre ingresos estatales y egresos estatales en un Estado constitucional democrático», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2008/1-2, pp. 3ss.

²⁹ O *princípio da sustentabilidade* encontra apenas refracção constitucional no art. 66º/2d) da C.R.P. quando se faz referência ao “princípio da solidariedade entre gerações no aproveitamento racional dos recursos naturais”.

³⁰ O Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT) foi aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro e constitui o instrumento de desenvolvimento territorial (art. 9º da LBOT) que conforma o *referencial*

e que, na linha das opções políticas adoptadas na Carta Europeia do Litoral, de 1991, e na Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2002, sobre Gestão Integrada da Zona Costeira na Europa (2002/413/EC)³¹, o Estado português, na sequência do estabelecido no Plano de Acção para o Litoral 2007-2013³² tem vindo, através dos Planos de Ordenamento da Orla Costeira (POOC's)³³ e do Polis Litoral³⁴, a garantir o cumprimento daquelas orientações (art. 43º do RJIGT³⁵). Especial destaque merece, igualmente, a aprovação da recente Estratégia Nacional para a Gestão Integrada da Zona Costeira (ENGIZC)³⁶, através da qual, e em articulação ou outros documentos homólogos e complementares (ex. Estratégia Nacional para o Mar³⁷), se pretende formular uma abordagem estratégica (aí designada como visão) a 20 anos, para os principais riscos e desafios que aquela parcela do território nacional terá de enfrentar.

a) Os planos de ordenamento da orla costeira

Com efeito, ao elaborar um POOC é necessário *ponderar* o uso daquele solo pelas populações, seja o uso comum geral e especial do domínio público, seja o aproveitamento económico da propriedade privada, com os critérios de conservação da natureza e da biodiversidade, o que implica a consagração de diversos condicionamentos e interdições (art. 12º/3c) do RJIGT). A sua função essencial é, portanto, a de salvaguardar recursos e valores naturais, reclamando uma disciplina normativa restritiva dos usos do solo indispensável à utilização sustentável do território (art. 42º/2 do RJIGT). Por isso se justifica que a respectiva vigência esteja subordinada à manutenção do interesse público nacional que os mesmos visam acautelar, e que estes estejam subordinados a vicissitudes decorrentes de uma alteração das condicionantes que legitimaram a respectiva aprovação (art. 100º do RJIGT), mostrando assim, de forma impressiva, o *carácter instrumental* destes planos relativamente aos objectivos políticos que através deles se procuram promover (art. 50º do RJIGT).

Ora, no caso do litoral, é provável que estes objectivos tenham natureza perene, atendendo não apenas aos fenómenos económico-sociais, como o turismo, a exploração dos recursos

estratégico do ordenamento do território nacional, prevalecendo sobre todos os restantes instrumentos de gestão territorial, incluindo os planos especiais de ordenamento do território (art. 23º/3 do RJIGT) cumprindo, simultaneamente, uma função de *interface* com os instrumentos estratégicos homólogos dos restantes Estados-membros da União Europeia. No presente trabalho utilizamos a versão do documento editada em de 2007, pelo Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional.

³¹ O relatório sobre a respectiva execução nacional encontra-se disponível em <http://www.inag.pt/>.

³² Aprovado por despacho do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, de 9 de Outubro de 2007, no qual são identificadas as acções prioritárias a desenvolver, em especial em matéria de prevenção, protecção e monitorização das zonas de risco.

³³ Os POOC's integram a categoria dos planos especiais de ordenamento do território (art. 33º da LBPOT, arts. 2º/2c) e 42º/3 do RJIGT) o que significa que são instrumentos que vinculam directa e imediatamente os particulares (art. 11º/2 da LBPOT e art. 3º/2 do RJIGT) e que se traduzem num compromisso recíproco de compatibilização com o PNPT e com os Planos Regionais de Ordenamento do Território, prevalecendo sobre os planos municipais e intermunicipais (art. 10º/4 da LBPOT). Para elaboração dos POOC's Portugal foi dividido em nove zonas: Caminha – Espinho; Ovar – Marinha Grande; Alcobaça – Mafra; Cidadela – São Julião da Barra; Sintra – Sado; Sado – Sines; Sines – Burgau; Burgau – Vilamoura; Vilamoura – Vila Real de Santo António (todos os planos estão disponíveis <http://www.inag.pt/>).

³⁴ Um conjunto de operações integradas de requalificação do Litoral em áreas particularmente sensíveis como a ria Formosa (Decreto -Lei n.º 92/2008, de 3 de Junho), a ria de Aveiro (Decreto -Lei n.º 11/2009 de 12 de Janeiro), o Litoral Norte (Decreto -Lei n.º 231/2008, de 28 de Novembro), e o Sudoeste Alentejano e Costa Vicentina (Decreto -Lei n.º 244/2009, de 22 de Setembro).

³⁵ As referências aos artigos do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) reportam-se à versão atualizada deste diploma, na republicação do Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro.

³⁶ Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2009, de 8 de Setembro.

³⁷ Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, de 12 de Dezembro.

naturais (ex. pesca) ou mesmo o desenvolvimento do transporte marítimo e da actividade portuária, que transformam aquelas áreas em “zonas sensíveis”, mas também aos efeitos naturais da erosão (consequência da construção de barragens) e da subida eustática do nível do mar em resultado da expansão térmica oceânica, que obriga a uma monitorização constante da faixa do domínio público marítimo³⁸.

No fundo, o que interessa sublinhar a este propósito, no contexto da reflexão que pretendemos fazer neste trabalho, é o facto de os POOC's consubstanciarem fundamentalmente *medidas restritivas ao livre desenvolvimento* (pressupondo, como é óbvio, o respectivo exercício no âmbito do quadro regulamentar geral) *de direitos edificatórios ou outros direitos de uso e aproveitamento dos solos* abrangidos pelas áreas de incidência destes planos. Por outras palavras, os POOC's, ao contrário dos planos municipais de ordenamento do território, não consubstanciam verdadeiramente instrumentos de planeamento territorial no sentido rigoroso do termo, ou seja, normas que, em harmonia com os instrumentos de desenvolvimento territorial de âmbito superior, visem estabelecer parâmetros de uso e ocupação do solo, assegurando a compatibilização das funções de protecção, regulação e enquadramento com os usos produtivos, o recreio e o bem-estar das populações (art. 14º/3 do RJIGT).

Na verdade, os POOC's obedecem a uma “*dinâmica autónoma*”, pois são sobretudo instrumentos vocacionados para a *restrição* de direitos no âmbito da respectiva *ponderação* com os bens jurídicos ambiente e biodiversidade no quadro do *princípio da sustentabilidade*, e por essa razão devem ser meticulosamente escrutinados pelos princípios que informam a restrição de direitos, *maxime* pelos princípios da igualdade e da proporcionalidade, podendo os mesmos ser perfeitamente substituídos por outro tipo de instrumentos jurídicos (ex. regime jurídico de protecção e gestão do litoral) sem afectar o equilíbrio sistémico da planificação urbana. Com efeito, mesmo o facto de adoptarmos um modelo de planificação integrada através de um sistema de planos que acolhe e torna efectivos os princípios gerais deste ramo do direito, como se infere do disposto nos arts. 8º a 22º do RJIGT, não nos coloca a salvo dos fenómenos do “*periurbanismo estadual*”³⁹, que ganha destaque em matéria de ordenamento do litoral com a articulação que é necessário estabelecer entre os POOC's e a gestão e ordenamento das áreas portuárias, as quais, por seu turno, se encontram reféns das directrizes europeias em matéria de redes transeuropeias.

É neste enquadramento que nos propomos tratar três questões relacionadas com a *garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados* perante a aprovação dos POOC's. São elas: a compensação de sacrifícios emergentes das restrições impostas pelos POOC's; a “perda de direitos” emergente da aprovação do POOC's; e o controlo dos POOC's e reparação de danos decorrentes da respectiva ilegalidade.

b) A compensação de sacrifícios e a “perda de direitos”

Começemos pelos sacrifícios procedentes das restrições em matéria de aproveitamento económico dos solos impostas pelos POOC's. De acordo com o disposto no art. 18º da LBOT,

³⁸ Problemas identificados no relatório do PNPOT.

³⁹ O *periurbanismo estadual* é a expressão proposta pela doutrina espanhola para designar a disciplina estadual de natureza sectorial que interfere e condiciona as opções do *urbanismo*, uma matéria que naquele país está reservada às Comunidades Autónomas e Entidades Locais. Entre as matérias que ilustram a ingerência estadual no domínio dos poderes autonómicos em matéria de urbanismo conta-se, precisamente, a regulação do litoral pela *Ley de Costas* e o *dominio público portuario* – v. V. ESCARTÍN ESCUDÉ, *El periurbanismo estatal*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 25; 160ss e 193ss.

os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares devem *prever mecanismos equitativos de perequação compensatória*, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes. Quer isto dizer, portanto, que o mecanismo *próprio, adequado e eficaz*, para garantir os administrados no âmbito dos sacrifícios impostos às presuntivas pretensões referentes ao uso e aproveitamento económicos dos solos abrangidos por um plano urbanístico com eficácia plurisubjectiva é a *perequação*.

Sublinhe-se, de resto, que a *perequação* não constitui um expediente exclusivo do direito do urbanismo, consubstanciando, antes, um mecanismo fundamental de correcção de desequilíbrios, que resulta num meio apto a instituir coesão económica e social em questões de afectação de recursos económicos. Por essa razão, a doutrina propõe a sua elevação a *princípio constitucional* no domínio do financiamento municipal como via para garantir que a liberdade inerente ao poder autárquico deixe de ser interpretada como esfera de não ingerência e se configure como um domínio (mais um) de *ponderação* tendo em vista a justiça e a equidade em matéria de desenvolvimento sócio-económico à escala nacional⁴⁰.

Ora, é precisamente este princípio vector que sugerimos que venha a ser absorvido pelo direito do ordenamento do território como via para a *racionalização* da despesa pública adequando-a à correspondente receita. Este equilíbrio financeiro justo, garantidor da sustentabilidade financeira e dos direitos das gerações futuras só é possível no actual quadro de “crise do Estado fiscal” se o direito construir *soluções sectoriais equitativas*, desonerando o erário público, e em última instância os contribuintes, que hoje se encontram em grande medida reduzidos aos titulares de rendimentos do trabalho⁴¹ e aos consumidores, da sustentação financeira subsidiária de medidas públicas, reguladoras do aproveitamento económico do recurso território que se revelem geradoras de iniquidades.

Quer isto dizer, por conseguinte, que não subscrevemos as teses nacionais que ao analisar o conteúdo do direito fundamental à propriedade privada acabam por acolher ou abrigar uma visão maximalista da densidade jurídica das “expectativas legítimas ao aproveitamento económico do solo”⁴², nem aquelas que equiparam os sacrifícios emergentes do plano a “expropriações”⁴³, pois ambas acabam por externalizar sobre os contribuintes encargos que os mesmos não devem suportar no âmbito do *princípio da sustentabilidade financeira* aferida por uma regra de *adequação entre receitas e despesas públicas*. Vejamos.

O nosso *case study* é o litoral, pelo que a nossa abordagem há-de centrar-se nas restrições impostas pelos POOC's. Assim, se algumas das áreas abrangidas por este tipo de planos cabem no domínio público e outras nas *zonas naturalmente* interditas à afectação do solo a determinados usos – *princípio da vinculação situacional*⁴⁴ –, o que em si já explica a inexistência de qualquer pretensão indemnizatória ou compensatória decorrente das restrições impostas pelo plano, uma vez que o mesmo se limita a assimilar dados de facto (ex. proibição

⁴⁰ VANESSA BARBE, “La péréquation, principe constitutionnel”, *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 18, 2010, pp. 355.

⁴¹ Situação que está na origem do fenómeno que a doutrina qualifica como *apartheid fiscal* v. CASALTA NABAIS «Reforma tributária num Estado fsical suportável», *Estudos de Direito Fiscal II*, Almedina. Coimbra, 2008, pp. 91.

⁴² Referimo-nos a NOGUEIRA DE BRITO, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, Coimbra, 2008 e, em certa medida, também, a MARIA LÚCIA AMARAL, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, 1998.

⁴³ Cf. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 451ss.

⁴⁴ Sobre o sentido e alcance deste princípio v. ALVES CORREIA, *Manual de direito do urbanismo I*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 815.

de edificação em zonas dunares), noutros casos, porém, pode acontecer uma distribuição desigual de benefícios e encargos, como é o caso das áreas urbanas e urbanizáveis, que em regra são destinadas ao desenvolvimento turístico. Para esta última hipótese, configuramos duas possibilidades de promoção da sustentabilidade: a instituição de um sistema de perequação dentro do POOC⁴⁵, já que o mesmo não constitui um elemento integrativo do conteúdo material destes planos (art. 44º do RJIGT), ou a transferência dessa perequação para os planos municipais de ordenamento do território respectivos, aproveitando o facto de o POOC prevalecer sobre aqueles (art. 24º/4 do RJIGT)⁴⁶.

Queremos com isto evitar que a inexistência de um mecanismo de perequação compensatória para as áreas urbanas e urbanizáveis dos POOC's, *i. e., mecanismos de justiça intraplanos*, legitime, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 22º e 62º da Constituição, do art. 18º da LBOT e do art. 143º do RJIGT, o accionamento neste caso do dever de indemnização por restrições “emergentes” do plano como se de uma garantia primária de direitos se tratasse. A falta de mecanismos de perequação, directos ou indirectos, deve inquirar, à semelhança do que acontece nos planos municipais, a validade (ainda que parcial) dos planos especiais de ordenamento do território.

No essencial, a nossa proposta visa dotar de um esquema adequado de compensação de sacrifícios – a *perequação* – os planos especiais de ordenamento do território, na parte em que os mesmos regulam o uso do solo urbanizável, pois na restante, como vimos, o *princípio da vinculação situacional* encarrega-se em grande medida de neutralizar eventuais pretensões reparadoras⁴⁷.

Quer isto dizer que rejeitamos uma interpretação do art. 18º/2 da LBOT contempladora de uma garantia de indemnização pecuniária por encargos originados pela aprovação de um plano urbanístico como *garantia primária de direitos*, mesmo que se trate de um plano especial de ordenamento do território. Em nosso entender, o art. 18º/2 da LBOT deve ser interpretado com parcimónia e dele apenas se pode retirar o dever de indemnizar para os casos de restrição efectiva de um direito concreto e actual (*taking*), não abrangendo, portanto, restrições potenciais (*regulating não é taking*). A indemnização (suportada pelos contribuintes) terá de limitar-se aos casos em que a entrada em vigor do plano (que para o efeito consubstancia ou equivale a uma norma imediatamente operativa, pois estamos perante planos com eficácia plurisubjectiva) determina, em si, a extinção de um direito de uso do solo “preexistente e juridicamente consolidado”, seja uma licença urbanística, seja

⁴⁵ A doutrina alemã confirma que o *princípio da compensação* através de esquemas sectoriais também é adequado ao domínio das restrições de direitos do Estado ambiental – v. A. VOSSKUHL, *Das Kompensationsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 135ss.

⁴⁶ A falta de previsão de mecanismos de perequação para as áreas urbanizáveis dos planos especiais deveria também dar origem a uma situação de *ilegalidade por omissão*, a colmatar segundo os instrumentos processuais adequados à garantia da tutela jurídica primária – pedido de declaração de ilegalidade por omissão (art. 77º do CPTA) ou acção para o restabelecimento de direitos ou interesses violados (art. 37º do CPTA) –, idênticos àqueles que a doutrina propõe para o caso de ausência de previsão desses mecanismos no âmbito dos planos municipais v. ALVES CORREIA, *Manual de direito do urbanismo I...*, pp. 739.

⁴⁷ Neste sentido v. ALVES CORREIA, *Manual de direito do urbanismo I...*, pp. 741. O autor refere-se à limitação da perequação compensatória aos casos em que os modos de utilização do solo resultem de opções dos planos municipais, excluindo aqueles que resultam da *vinculação situacional*, e nós propomos, desde logo, a extensão deste mecanismo aos casos em que os planos especiais de ordenamento da orla costeira, que maioritariamente se circunscrevem às áreas do domínio público, adoptem opções fora dessas áreas que possam ser reconduzidas a regras sobre modos de utilização do solo.

um direito de exploração económica de recursos naturais⁴⁸ ou de actividades que envolvam o aproveitamento de recursos naturais integrados na área de incidência do plano⁴⁹. Só neste caso estaremos perante uma “extinção de direitos” (*taking*) decorrente da entrada em vigor de um plano urbanístico⁵⁰.

Como refere a doutrina alemã, o regime da responsabilidade assente num modelo de indemnização “para-expropriativa” deve ficar reservado para as actuações retroactivas, ou seja, para as situações em que a medida administrativa, neste caso o plano, produz efeitos extintivos sobre direitos subjectivos anteriores efectivamente consolidados na ordem jurídica. Já os casos em que a restrição do direito se coloque prospectivamente, *i. e.*, quando as restrição que advêm do plano operam sobre pretensões jurídicas futuras, devem ser resolvidas segundo o *princípio da compensação*, o que implica, no caso dos planos de ordenamento do território com efeitos plurisubjectivos, um modelo de protecção dos direitos intra-plano ou através de compensações decorrentes do plano, as quais constituem também um limite à discricionariedade de planeamento⁵¹.

Com efeito, a *separação rigorosa* entre os casos de “extinção de direitos subjectivos (preexistentes e juridicamente consolidados)”⁵² por força da entrada em vigor de um plano e as desigualdades em termos de benefícios e encargos (de capacidade edificatória ou outro aproveitamento económico do solo) ocasionados pela entrada em vigor de um plano urbanístico com eficácia plurisubjectiva constitui um pressuposto essencial da *sustentabilidade financeira estadual*, pois no primeiro caso impende sobre a comunidade (Estado) o dever de suportar o valor económico do direito subjectivo sacrificado (no qual se tomarão em conta o tipo e as respectivas características⁵³) e no segundo impende sobre a entidade que estabelece o plano o dever de construir um *sistema de compensação intraplano*⁵⁴, que através dos mecanismos de perequação reponha a igualdade entre benefícios e encargos

⁴⁸ É o caso, por exemplo, da caducidade da licença de exploração de uma mina com a entrada em vigor do Decreto Regulamentar nº 12/96, de 22 de Outubro, de criação do Monumento Natural das Pegadas de Dinossáurios de Ourém/Torres Novas do STA (Ac. de 26/04/2006).

⁴⁹ É o caso, por exemplo, da caducidade da licença de uma truticultura por força da entrada em vigor Regulamento do Plano de Ordenamento da Albufeira da Caniçada, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 92/2002, de 7/2/2002 (Ac. TCA Sul 03.03.2005).

⁵⁰ Neste contexto, mais precisamente em sentido contrário à possível natureza expropriativa do plano, não deixa de ser surpreendente o Ac. do TCA Sul, de 24.01.2008 (Proc. 06872/03) no qual se declara a *ilegalidade com força obrigatória geral* do n.º 2 do art. 60º do Regulamento do POOC Burgau-Vilamoura, pelo facto de o mesmo não incluir um estabelecimento de restauração (o Gaivota Branca) localizado na Meia Praia, considerando o tribunal que a referida omissão consubstancia uma violação das demais normas do Regulamento do POOC, mormente os artigos 14º, 60º e 61º, do artigo 57º do Decreto-Lei n.º 167/97, de 4 de Julho, e dos princípios da legalidade e da igualdade consagrados nos artigos 3º e 5º do CPA.

⁵¹ Neste sentido, por todos, A. VOSSKUHL, *Das Kompensationsprinzip...*, pp. 103-132.

⁵² Excluem-se, assim, do dever de indemnização os casos em que a entrada em vigor do plano altere a capacidade edificatória dos terrenos, quando os respectivos proprietários não disponham de qualquer acto administrativo constitutivo de um direito urbanístico, emitido ao abrigo do plano anterior.

⁵³ Na quantificação do valor da compensação o juiz deve tomar em consideração todos os elementos que contribuem para densificar o valor económico do direito à data em que é imposto o sacrifício, como é o caso, por exemplo, do prazo de validade do título administrativo em que o mesmo se baseie, da viabilidade da respectiva prorrogação (caso essa possibilidade exista e seja automática), do contexto fáctico e jurídico relacionado com a revisão do plano, informação pública sobre a superveniência de outros instrumentos político-normativos com incidência territorial, etc.

⁵⁴ Este modelo de *compensação pelas iniquidades geradas pelo plano* constitui já um avanço relativamente às construções mais repressivas assentes no reconhecimento da função social da propriedade e na ponderação entre direitos subjectivos, interesse público e interesses difusos, sem contudo deixar de tomar na devida conta que qualquer modelo de regulação do uso dos solos há-de assentar na partilha do risco típica de um Estado ambiental – v. VOSSKUHL, *Das Kompensationsprinzip...*, pp. 115.

gerados pelas opções aí adoptadas, estando vedada a possibilidade de externalizar sobre os contribuintes qualquer encargo decorrente das eventuais iniquidades da planificação⁵⁵.

c) O controlo da discricionariedade do plano

Por último, devemos ainda esclarecer se o destinatário do plano especial pode contestar judicialmente o conteúdo material do plano, sindicando judicialmente aspectos da *discricionariedade do planeamento*. Em outras palavras, quando o art. 13º da LBOT reconhece aos titulares de direitos e interesses lesados por instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares as garantias gerais dos administrados, designadamente, o direito de promover a respectiva impugnação, isto significa que em grande parte dos casos o controlo incidirá sobre os aspectos procedimentais. Trata-se, contudo, de um controlo que se vem substancializando à medida que a decisão administrativa se desprende do princípio da legalidade e se aproxima do novo método do direito de implementação de políticas. Assim, o controlo do procedimento neste contexto obriga o tribunal a verificar rigorosamente se o *iter* de produção da decisão é *razoável*, o que inclui a verificação da efectiva ponderação dos *inputs* na decisão final ao nível da fundamentação e não apenas a verificação pelo respeito dos direitos de participação e audiência⁵⁶.

Para além da “substantivização do controlo procedimental” deve admitir-se ainda um controlo substancial *stricto sensu* das opções adoptadas no plano, sempre que possam ser mobilizados pelo tribunal critérios e princípios, constitucionais, europeus, internacionais e legais que consubstanciem um limite à *discricionariedade de planeamento*⁵⁷. De resto, a própria doutrina é unânime em afirmar que a *avaliação ambiental estratégica* visa precisamente limitar a *discricionariedade de planeamento* impondo uma avaliação não apenas ambiental dos instrumentos de ordenamento do território, no contexto da qual se têm de integrar os problemas relacionados com a prevenção e gestão de perigos (ex. medidas de prevenção relativamente à erosão), impulsionada no espaço europeu pela Directiva n.º 2001/42/CE⁵⁸, mas uma avaliação que é hoje sobretudo de *sustentabilidade* das opções adoptadas, o que significa que o conteúdo material dos POOC's, ou seja o art. 44º do RJIGT, não pode deixar de ser interpretado em conformidade com a programação, as medidas e até as “boas práticas” europeias e internacionais em matéria de gestão da orla costeira⁵⁹. Isto significa, em termos

⁵⁵ A este propósito subscrevemos inteiramente a posição do STA, no Ac. de 11.03.2010 (Proc. 083/10), no qual o tribunal conclui que o Estado não pode ser responsabilizado no âmbito da responsabilidade por acto lícito por insatisfatória, incompleta ou insuficiente cobertura compensatória decorrente de regimes especiais (no caso tratava-se do pagamento do preço pelo abate de animais como medida sanitária).

⁵⁶ As dimensões do controlo dos planos são hoje muito discutidas no direito administrativo europeu, pondo em evidência a recuperação desta categoria do plano político para o plano jurídico, decorrente das suas qualidades intrínsecas como instrumento de produção normativa num contexto de complexidade – v. KÖCK, «Pläne», *Grundlagen des Verwaltungsrecht II*, Beck München, 2008, pp. 1336.

⁵⁷ Esta é também a proposta de GÄRDITZ, *Europäisches Planungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, pp. 85 e 104ss. O autor aborda sobretudo a questão da planificação/programação política europeia, mostrando que o princípio da fundamentação que perpassa todos os actos europeus e que habilita o Tribunal de Justiça a realizar o respectivo controlo independentemente de se tratar de uma Decisão ou de um Regulamento, pese embora as diferentes intensidades de controlo num e noutro caso, constitui um exemplo claro do entendimento clássico sobre a limitação da liberdade de conformação reconhecida ao poder político.

⁵⁸ MUÑOZ MACHADO / LÓPEZ BENÍTEZ, *El planeamiento urbanístico*, Lustel, Madrid, 2008, pp. 225ss.

⁵⁹ A referência expressa à sustentabilidade no art. 44º garante, precisamente, a abertura legal e a recepção das directrizes impositivas em matéria de utilização do território, pois o *princípio da sustentabilidade* nesta acepção põe em evidência as obrigações que o Estado-comunidade assume enquanto usufrutuário de um espaço condominial e de cuja preservação para as gerações futuras se encontra encarregado – v. M. HAUHS, «Nachhaltigkeit und Landnutzung», *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 471ss.

práticos, que o proprietário de uma construção pré-existente e consolidada, que tenha sido correctamente licenciada e que esteja sob a ameaça do avanço das águas deve reagir através dos instrumentos de tutela primária, atacando o conteúdo do plano se as soluções aí adoptadas não contemplarem uma resposta a este problema, e não ficar a aguardar pela efectivação da lesão para exigir uma indemnização ao Estado.

Esta é a solução sustentável, pois pode acontecer que não seja eficiente adoptar medidas para impedir o avanço das águas naquele caso concreto, e nesta hipótese devem prevalecer as regras da vinculação situacional do bem, o que significa que seria ilegítimo exigir que os contribuintes fossem chamados a suportar financeiramente as operações desenvolvidas pelas entidades públicas para defesa da propriedade privada de um determinado indivíduo sempre que as mesmas não se revelem eficientes do ponto de vista do interesse público, e a ameaça resulte de fenómenos da natureza ou de consequências normais do risco social da exploração dos recursos naturais. Se ainda assim o proprietário optar por deduzir apenas o pedido de indemnização, então cabe ao julgador não só ponderar a sua conduta processual, mas sobretudo atentar nos princípios da sustentabilidade e da eficiência.

Ainda no que respeita ao controlo dos planos é importante sublinhar a diferença entre *avaliação estratégica*, *controlo* e *avaliação do plano*, pois a primeira tem natureza técnica e assenta em juízos de prognose sobre os efeitos das medidas consagradas no plano, o segundo tem natureza judicial e destina-se a verificar a juridicidade formal e material do plano, incluindo a sua conformação com os resultados na avaliação estratégica e as directizes da gestão sustentável do território oriundas da internormatividade⁶⁰, e o último é um controlo de natureza política, também ancorado parcialmente em juízos técnicos, que constitui um dos vectores da avaliação da política de ordenamento do território (arts. 28º e 29º da LBPOT), mas que tende, no novo método do direito público, a adquirir relevância autónoma, como acontece com os planos e programas da política europeia, quer no contexto da juridicização deste controlo⁶¹, quer da *responsividade* da actuação pública.

d) A preferência pelo urbanismo pós-vinculístico

Na sequência do que já antes sustentámos⁶², as considerações precedentes mostram que o ordenamento do território assente num sistema de planos que culmina com instrumentos municipais vinculativos dos particulares não constitui hoje a forma mais adequada de gerir o ordenamento do território, devendo este modelo, estruturado sobre uma *dogmática autista*, começar a ser complementado e em certa medida superado por instrumentos mais dinâmicos, capazes de dar uma resposta mais eficiente e eficaz aos desafios que lhe são lançados quer pela abertura à internormatividade⁶³, quer pela assimilação dos novos princípios fundamentais aí gerados, *maxime* o princípio da sustentabilidade, quer ainda pela exigência de diálogo permanente entre as diversas políticas com incidência territorial.

⁶⁰ Sobre a *sustentabilidade* como um *next step* sobre a avaliação ambiental dos planos, impondo uma avaliação dos efeitos económicos, sociais e culturais dos mesmos v. BOUZZA ARIÑO, *La planificación territorial en gran breaña*, Thomson, Madrid, 2009, pp. 92-93.

⁶¹ Cf. GÄRDITZ, *Europäisches Planungsrecht...*, pp. 85ss.

⁶² SUZANA TAVARES DA SILVA, «O novo direito do urbanismo: o desmontar do “urbanismo pós-vinculístico” no domínio da reabilitação urbana», *Revista de Direito Público e Regulação*, Cedipre, n.º 1, Maio/2009, pp. 109ss.

⁶³ Vejam-se os propósitos expressos na Estratégia Nacional para a Gestão Integrada da Zona Costeira (ENGIZC), que pretendem transpor para o nível nacional a Recomendação n.º 2002/413/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio, relativa à execução da gestão integrada da zona costeira na Europa, que define princípios gerais e opções para uma Estratégia de Gestão Integrada de Zonas Costeiras na Europa.

O catálogo de princípios que rege a relação entre os planos não responde de forma adequada e eficaz a problemas prementes, e a relação entre os planos sectoriais (ex. planificação de redes energéticas, de serviços de transportes ou mesmo de estabelecimentos de saúde) e os instrumentos de desenvolvimento e planeamento territorial são o exemplo mais visível da inoperatividade do modelo vigente. Acresce ainda que os problemas do *periurbanismo* revelam também que os princípios da planificação não respondem de forma adequada aos problemas do *multi-level governance* no território nacional, pois desde logo não apresentam soluções para os problemas colocados pelos projectos transfronteiriços.

No que aqui nos interessa, também a gestão do litoral não se adequa ao modelo de planificação adoptado, como facilmente se infere pelos inúmeros “custos de transacção” (ou “custos de contexto”) ocasionados pela instalação de unidades turísticas em diversos pontos mais sensíveis da nossa costa, que acabam por ser resolvidos maioritariamente através de regimes legais de excepção, integrando-se em “projectos PIN”⁶⁴. Um conjunto de argumentos jurídicos e de facto que recomendam a superação deste modelo de planos especiais de ordenamento da orla costeira por um modelo assente numa *programação estratégica global do litoral*, que permita efectivamente valorizar, ordenar e governar esta vasta área do território nacional segundo objectivos e interesses de ordem nacional, autonomizando esta disciplina das questões “municipais” relativas ao rateamento do valor económico desta parte do território, garantindo desta feita maior coesão territorial nacional.

De resto, se analisarmos o conteúdo de cada um dos POOC’s facilmente percebemos que estes repousam em disposições de natureza estratégica e orientadora, que se destinam, em parte a ser implementadas através dos planos municipais de ordenamento do território (os quais, como já dissemos, lhes devem obediência) no domínio das “unidades operativas de planeamento e gestão”, e na parte em que respeitam ao domínio público marítimo acabam por dar origem a instrumentos especiais de ordenamento destes bens cuja elaboração compete ao INAG, como acontece com os *planos de praia*. Embora não deixe de ser importante realçar que estes últimos se limitam a disciplinar os aspectos relacionados com a área útil de praia, as concessões e o estacionamento, cabendo ao Regulamento do POOC o estabelecimento das regras que disciplinam a exploração dos recursos das praias marítimas (ex. definição das áreas a concessionar) e das infra-estruturas aí localizadas.

4. A prevenção e as omissões geradoras do dever de indemnizar – a recusa de um Estado securitário

Para além das questões relacionadas com o *planeamento do litoral*, o estudo sobre a *sustentabilidade financeira* da gestão daquela parte do território exige ainda que nos debruce-mos sobre o problema do dever de indemnizar que impende sobre o Estado no que respeita a danos emergentes de acidentes que possam ser imputados a *omissões ilícitas* daquele. Referimo-nos, por exemplo, a situações em que a subida das águas do mar destrói bens patrimoniais, aos casos de derrocada de arribas que provocam danos pessoais e patrimoniais, à poluição das águas que obriga à interdição da praia e origina danos patrimoniais, etc.

A questão é pertinente porque muitos destes casos são acompanhados de grande alarme social, uma vez que tendem a concentrar-se nas épocas de maior ocupação do litoral, quando

⁶⁴ O sistema de reconhecimento de *Projectos de Potencial Interesse Nacional (PIN)* foi criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2005, de 24 de Maio e o respectivo regime jurídico encontra-se plasmado no Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de Agosto.

a informação noticiosa também dá maior destaque a estes problemas. Assim, surge sempre a dúvida de saber se o acidente ou os danos produzidos podem ou não ser imputados ao Estado a título de responsabilidade civil por facto ilícito emergente da *omissão ilícita de uma conduta*, a qual, a existir, teria obviado à verificação do resultado lesivo. Para alguns a questão pode até colocar-se a montante da omissão administrativa da conduta, questionando se não estaremos perante um caso de *omissão ilícita de regulamentação*, igualmente geradora do dever de indemnizar.

Mais uma vez fazemos apelo ao rigor dogmático para distinguir entre os casos em que o resultado danoso pode ser imputado ao Estado por violação de *deveres de vigilância*, daqueles em que o resultado danoso tem de ser imputado ao risco social normal, não sendo possível assacar ao Estado qualquer tipo de responsabilidade.

Assim, apenas haverá *omissão administrativa ilícita* quando estivermos perante uma “falta de acção devida” por parte das entidades administrativas⁶⁵ ou perante a ausência de uma actividade jurídica (dever de decidir, dever de regulamentar e dever de executar as sentenças) ou material (obrigação de agir decorrente de acto ou contrato administrativo, de regulamento ou da lei)⁶⁶ em que por força da lei ou de negócio jurídico exista o *dever de praticar o acto omitido* que teria obviado o resultado danoso.

Sublinhe-se que a doutrina apresentou já um conjunto de propostas no sentido de densificar as situações que podem ser reconduzidas ao “dever de praticar o acto omitido”, pois é aqui que radica um pressuposto essencial da justiça do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos do qual apenas podem ser abrangidas por aquele as situações reconduzíveis a um *dever efectivo de acção* por parte do Estado, impedindo que o mesmo resvale para um regime jurídico *segurador de riscos*.

Vejamos o caso do âmbito do *dever de protecção* relativamente às “zonas ameaçadas pelo mar” em que se prevêem dois tipos de medidas: a intervenção material através da construção de infra-estruturas de consolidação, cuja execução depende de avaliação de impacte ambiental e de um estudo custo-benefício (ex. art. 24^o/6 do POOC Caminha-Espinho⁶⁷) e a delimitação no âmbito dos planos municipais dessas áreas, qualificadas como áreas de risco. Encontramos aqui, portanto, um dever de decidir, de agir, e de regulamentar cujo incumprimento culposos (e a culpa é presumida perante a omissão ilícita) pode fundamentar um pedido de indemnização se a essa omissão sobrevierem danos que nos termos da relação de causalidade adequada lhe possam ser imputados.

A propósito das exigências de *sustentabilidade* pressupostas para a constituição do dever de agir, decorrente da exigência de um estudo prévio do custo-benefício da realização das intervenções nas “zonas ameaçadas pelo mar”, é importante sublinhar que parecem dever distinguir-se aqui duas situações: por um lado, o estudo de custo-benefício compreende-se como um requisito que se destina a aferir da *eficiência* da intervenção, pois nem sempre um investimento em obras deste tipo terá o retorno adequado para o interesse público que

⁶⁵ Para uma distinção entre as figuras v. JOÃO RAPOSO, «Novas fronteiras da responsabilidade civil extracontratual da Administração», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2006/58, pp. 69ss.

⁶⁶ Cf. MARGARIDA CORTEZ, «A responsabilidade civil da Administração por omissões», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2003/40, pp. 32ss.

⁶⁷ Todas as referências a disposições dos POOC's têm por base as versões disponibilizadas no site do INAG (acesso em 11 de Junho de 2010).

legítima essa despesa⁶⁸; por outro lado, não devemos esquecer que o financiamento destas obras deve hoje contar com contributos importantes, resultantes da instituição de taxas e contribuições especiais, que não-de permitir repercutir uma parte desses custos sobre aqueles que os ocasionam (critério do sacrifício) e sobre aqueles que mais beneficiam (critério do benefício) com essas intervenções⁶⁹. Referimo-nos, por exemplo, à instituição de um tributo sobre as actividades turísticas para sustentação das infra-estruturas balneares, à semelhança do que acontece noutros países⁷⁰.

A imputação ou não da responsabilidade ao Estado não é todavia clara quando estamos perante uma “*falta de acção devida*”, a qual se deve, em grande medida, à dificuldade de recortar com precisão os casos em que o mesmo fica investido em *deveres de vigilância*. Incluem-se neste domínio, por exemplo, os problemas relacionados com a “queda de arribas” e a “poluição das águas balneares”, pois incumbe ao Estado, neste caso aos departamentos de recursos hídricos do litoral integrados nas Administrações das Regiões Hidrográficas⁷¹, quer a verificação das condições de segurança existentes nas praias, incluindo a “concretização de intervenções e de infra-estruturas para a prevenção e protecção contra riscos naturais”, quer a monitorização das águas balneares.

Todavia, a consagração legal daqueles *deveres de vigilância* não pode determinar, só por si, que o Estado seja responsável por quaisquer acidentes resultantes da queda de arribas, ou por problemas de saúde que os banhistas venham a sofrer em consequência da má qualidade das águas balneares que não foi previamente detectada pelos serviços. Trata-se, como a expressão bem indica, de um *dever de vigilância* e não de um *dever de garantia da não produção do resultado lesivo*. O que se exige ao Estado no âmbito dos mencionados *deveres de vigilância* quando está em causa a vigilância sobre coisas ou actividades é, como a jurisprudência bem sublinha, a necessidade de este, perante a produção do resultado lesivo, fazer prova de que “os serviços agiram de acordo com o *standard médio de funcionamento* que com razoabilidade se pode reclamar”⁷², o mesmo é dizer que só haverá responsabilidade do Estado neste caso se estivermos perante um caso de “funcionamento anormal do serviço”.

Com efeito, para que se verifique uma *omissão ilícita* resultante do incumprimento de um dever de vigilância, é necessário imputar o resultado lesivo à conduta omissiva da entidade

⁶⁸ Não é admissível exigir a realização dessas intervenções, suportadas pelos contribuintes, caso o estudo custo-benefício revele que as mesmas são ineficientes, mesmo que isso signifique que daí decorrem prejuízos para os proprietários dos terrenos ameaçados, pois não-de aplicar-se aqui os pressupostos da vinculação situacional do bem e do risco social.

⁶⁹ A doutrina alemã não só não exclui a possibilidade de estender o modelo de compensação ao domínio ambiental como ainda põe em evidência as virtualidades do direito tributário na prossecução daquele objectivo – v. VOS-SKUHLE, *Das Kompensationsprinzip...*, pp. 217ss.

⁷⁰ Veja-se o imposto sobre as estâncias em empresas turísticas de alojamento nas Ilhas Baleares que visa precisamente constituir um fundo para custear as intervenções necessárias para garantir a conservação dos recursos naturais perante a utilização intensiva que os mesmos sofrem como consequência do turismo – v. ORTEGA MALDONADO, *Tasas sobre molestias e riesgos permitidos*, IUF, 2005, pp. 225ss e SUZANA TAVARES DA SILVA, *As taxas e a coerência do sistema tributário*, Cejur, Braga, 2008, pp. 70ss.

⁷¹ As Administrações de Região Hidrográfica são institutos públicos periféricos integrados na administração indirecta do Estado, dotados de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, que prosseguem atribuições do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, sob superintendência e tutela do respectivo ministro – Cf. Decreto-Lei n.º 208/2007, de 29 de Maio. A criação destas entidades e a transferência para as mesmas de um conjunto de atribuições que antes pertenciam a outros ministérios, designadamente em matéria de gestão do litoral, resultou da adopção entre nós de um modelo administrativo organizatório centrado na gestão integral da água, seguindo as directrizes europeias em matéria de política de aplicação da Lei da Água.

⁷² Cf. Ac. do STA de 23.09.2009 (Proc. 0606/09).

pública, o que requer a prova da violação de deveres de inspecção, supervisão, controlo, análise, etc.⁷³. Ora, a violação destes deveres quando a lei não estabelece uma periodicidade ou um momento certo para a sua realização impede o preenchimento dos pressupostos do art. 7º/1 do RRCEDEP⁷⁴, pois não é possível afirmar que o funcionário ou agente tenha incorrido numa omissão ilícita ao não ter analisado a qualidade da água ou a estabilidade das arribas antes da produção do resultado lesivo, se aquele cumpriu as normas técnicas padronizadas no que respeita à periodicidade dos respectivos controlos. Neste caso, como bem sublinha a jurisprudência antes mencionada, apenas poderemos considerar que existe uma *omissão ilícita* se ficar demonstrado que independentemente de não existir uma data ou um período para a realização da inspecção ou da análise, contemplada em lei ou em regulamento, nem uma ordem de serviço que tenha instituído aquela obrigação, ainda assim a ausência de realização daquela diligência pode ser considerada um “funcionamento anormal do serviço” nos termos do disposto no art. 7º/3 do RRCEDEP.

Assim, perante a eventual produção de resultados lesivos decorrentes, por exemplo, da queda de uma arriba, incumbe aos serviços fazer prova de que os *deveres de vigilância* foram cumpridos no âmbito do funcionamento normal do serviço, ou seja, de que o serviço promoveu as inspecções e análises a que se encontra normalmente obrigado para verificar o estado das arribas, avaliando de *acordo com as leyes artis e os standards técnicos* o perigo de derrocada das mesmas e agindo em conformidade, *i. e.*, interditando e sinalizando as zonas de perigo⁷⁵.

Em síntese, quando a lei consagra um *dever geral de vigilância sobre coisas ou actividades* e se produz um resultado lesivo é necessário averiguar se o mesmo se deve ou não a uma *omissão ilícita* dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes da Administração, o que em muitos casos não é possível demonstrar, uma vez que não existem regras claras quanto às obrigações concretas que aqueles têm de cumprir para garantir o *dever de vigilância* a que estão obrigados e assim afastar a ilicitude. Neste caso, de acordo com o regime estabelecido pelo RRCEDEP, não sendo possível demonstrar que a omissão resulta do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente, exige-se ao Estado que afaste a presunção de que o resultado lesivo se ficou a dever ao “funcionamento anormal do serviço” (art. 7º/3 do RRCEDEP).

Sublinhe-se que a formulação adoptada no art. 7º/4 do RRCEDEP afasta a ilicitude quando a produção dos resultados lesivos possa ser atribuída à falta de recursos humanos, materiais ou financeiros (mas já não a casos de má gestão na respectiva alocação)⁷⁶, interpretação que se retira da expressão “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado”, consubstanciando mais uma nota de sustentabilidade financeira deste regime jurídico. Na verdade, fazer a prova do funcionamento normal do serviço nem sempre é fácil⁷⁷, e a não ser conseguida surge o dever de indemnizar, pois neste caso, havendo incumprimento de deveres de vigilância, também se presume a culpa (art. 10º/3 do RRCEDEP e art. 493º/1 do C. Civ.)⁷⁸.

⁷³ Sobre o tema, CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, 2008, pp. 119.

⁷⁴ Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado em anexo à Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

⁷⁵ Sublinhamos a importância dos *deveres de informação* que operam neste domínio em termos semelhantes aos da *responsabilidade civil do produtor* quando o consumidor não faz um uso adequado dos produtos, concorrendo, assim, para a produção do dano – cf. art. 7º do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro.

⁷⁶ Neste sentido, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 95.

⁷⁷ Cf. Ac. STA, de 24.02.2010 (Proc. 012/10).

⁷⁸ Cf. Ac. STA, de 26.05.2010 (Proc. 0351/10).

Ora, é precisamente na delimitação da imposição legal de *deveres de vigilância* (domínio do perigo) e na qualificação do “*funcionamento normal do serviço*” que se jogam mais dois pontos fundamentais para aferir da sustentabilidade financeira e da justiça do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, pois esta não pode estender-se para lá da *omissão ilícita*, o que significaria a transmutação do Estado em segurador de riscos sociais, uma solução absolutamente insustentável.

Assim, em primeiro lugar, há que fazer apelo a um conceito restrito de *deveres de vigilância*, impedindo que o mesmo possa ser reconduzido à teoria do *dever de protecção originado pelas normas consagradoras de direitos fundamentais*. Os *deveres de vigilância* decorrem de o legislador *impor expressamente* à Administração o *dever concreto* de supervisionar determinadas pessoas, coisas ou actividades atendendo à sua inerente perigosidade⁷⁹, já a *teoria do dever de protecção* não estabelece em regra deveres concretos de vigilância, mas sim um dever geral de protecção que encerra uma obrigação mínima de garantia pública da protecção do direito, a qual se reconduz a uma directriz abstracta para o legislador, bem como a um dever de ponderação do bem jurídico protegido pela norma sempre que o Estado tenha que adoptar uma determinada decisão que contenda com aquele⁸⁰ ou tenha de estabelecer mecanismos de cooperação com a Sociedade sobre a garantia dos direitos no âmbito do Estado garantidor⁸¹.

De resto, como a doutrina bem sublinha, nem todas as normas fundamentais têm como destinatário os Estados – uma das características do regime especial dos direitos, liberdades e garantias é precisamente a vinculação de entidades públicas e privadas (art. 18º/1 da C.R.P.) – e daí resulta que sobre o Estado, para além dos casos em que possam ser recortados *deveres especiais de protecção*⁸², apenas impende, directamente, um “dever mínimo de protecção”, mas dele não se retira, sem a intervenção do legislador, uma tarefa administrativa concreta, pois a norma fundamental em regra não diz como é que a protecção do direito pode e deve ser efectuada⁸³.

Questão diferente é saber se a *omissão do legislador* pode ser ela própria fonte de responsabilidade, o que implica saber se “os *deveres de protecção* correspondem a *direitos de protecção*”⁸⁴, uma simetria que é difícil de estabelecer atendendo à “margem de indeterminação e segurança”⁸⁵ que preside ao recorte dos segundos, quer quando estamos no domínio

⁷⁹ Estamos apenas a referir-nos aos casos em que o Estado tem “*deveres de vigilância*” sobre pessoas, coisas ou actividades perigosas, cujo incumprimento redunda em *omissões ilícitas*, e não aos casos em que o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público, no cumprimento das suas atribuições, prosseguem actividades, utilizam coisas ou exploram serviços especialmente perigosos e são obrigados a responder (responsabilidade objectiva, sem culpa) pelos danos daí decorrentes, salvo quando provem que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, caso em que o tribunal pode reduzir ou excluir a indemnização (art. 11º do RRCEDEP).

⁸⁰ Cf. B. RUSTEBERG, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, pp. 64-66.

⁸¹ Sobre o dever de protecção no Estado garantidor, que não pode ser interpretado como um Estado paternalista v. KARL-HEINZ LADEUR, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 64-66.

⁸² Sobre o dever geral de protecção e os deveres especiais de protecção v. VIEIRA DE ANDRADE, «Os direitos fundamentais no século XXI», *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Arazandi, Madrid, 2006, pp. 1051ss (também disponível em <http://institucional.us.es/cidc>).

⁸³ Sobre a questão v., entre outros, por último, K. WAECHTER, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 21.

⁸⁴ Questão que é entre nós destrinchada de forma clara por GOMES CANOTILHO na Anotação ao Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002 (caso Aquaparque), in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134º, N.ºs 3927-3928, pp. 220ss. No mesmo sentido, acrescentando ainda que o princípio da protecção da confiança não pode igualmente constituir um fundamento do dever de indemnizar porque dele dificilmente se retira um dever de legislar v. MARIA LÚCIA AMARAL, «Dever de legislar e dever de indemnizar a propósito do caso “Aquaparque do Restelo”», *Themis*, Ano I, n.º 2, pp. 93ss.

⁸⁵ Cf. GOMES CANOTILHO, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002 (caso Aquaparque), *ob. cit.*, pp. 224.

da imprevisibilidade própria do perigo, quer, por maioria de razão, quando nos localizamos no domínio da incerteza, típica do risco. Talvez por essa razão o legislador se tenha recentemente munido de especiais cautelas ao consagrar na lei esta forma de responsabilidade⁸⁶.

5. A hipertrofia jurisprudencial dos “sacrifícios patrimoniais” e dos “deveres de protecção”: uma “linha maginot” de sustentabilidade financeira.

A dogmática da compensação pelo sacrifício de direitos e da responsabilidade assente no princípio de sustentabilidade financeira – que neste caso consubstancia uma linha imposta pelo poder democrático, seguindo o burilamento dogmático proposto pela doutrina –, que visa delimitar a garantia da igualdade e da justiça social, acaba muitas vezes por ser vilipendiada pela jurisprudência, que, casuisticamente, ambiciona a “justiça dos bens jurídicos”, desprezando o “povo fiscal”⁸⁷. Por essa razão, a referida “linha erigida pelo poder democrático” em defesa da sustentabilidade do regime da responsabilidade civil transforma-se numa “linha maginot”, facilmente contornável pela jurisprudência mais activista dos direitos.

Não é apenas o acórdão “Aquaparque” que ilustra o que vimos de dizer, jurisprudência recente do STA a propósito do sentido e alcance das “expropriações do direito à execução” consagradas no art. 45º do CPTA continua a mesma linha da “justiça dos direitos à custa dos contribuintes”, não revelando qualquer sensibilidade aos problemas de natureza orçamental que resultam da efectivação de pretensões remuneratórias do funcionalismo público consagradas em diplomas legais não regulamentados⁸⁸.

Mas é sobretudo do Tribunal Constitucional, que aparece aqui muitas vezes transvestido em “última instância de recurso” no que respeita à pretensão material que os requerentes pretendem ver satisfeita no processo, que surgem as decisões mais perdulárias. Entre elas destacamos o Ac. n.º 612/2009, que reiterando jurisprudência anterior no mesmo sentido, julga inconstitucional o art. 8º/2 do Código das Expropriações interpretado no sentido de não conferir direito a indemnização a constituição de uma servidão *non aedificandi* de protecção a uma auto-estrada que incida sobre a totalidade da parte sobrance de um prédio expropriado, quando essa parcela fosse classificável como “solo apto para construção” anteriormente à constituição da servidão. Quer isto dizer que no entendimento do referido Tribunal não é necessário que da servidão resulte uma inviabilização do uso que vinha sendo dado ao bem ou que da mesma resulte a anulação completa do seu valor económico, como expressamente exige a lei, para haver lugar a indemnização, pois o Tribunal reconhece ao titular do bem, independentemente de ter ou não manifestado intenção de exercer um direito ao aproveitamento urbanístico do solo, o direito a uma “indemnização pelo sacrifício” resultante da constituição da servidão *non aedificandi*, uma vez que a mesma incide sobre a parcela sobrance do prédio expropriado.

Por esta razão, existe um receio sério de que as “indemnizações pelo sacrifício” se multipliquem a propósito da implementação dos planos de ordenamento da orla costeira que visam consolidar a protecção do nosso litoral, e para o efeito é possível que obriguem a muitas expropriações de terrenos, já em si com elevadíssimo valor de mercado se estiverem

⁸⁶ Referimo-nos ao teor do art. 15º/3 e 5 do RRCEDEP.

⁸⁷ Acolhemos as expressões de Gomes Canotilho na anotação ao Acórdão Aquaparque em que o autor dá conta deste problema, demonstrando que a “justiça da vida” não justifica que “se escreva direito por linhas tortas” - Cf. GOMES CANOTILHO, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002 (caso Aquaparque), *ob. cit.*

⁸⁸ Referimo-nos à jurisprudência relativa à falta de regulamentação de diplomas legais em matéria de transição de carreiras de cujo exemplo último é o Ac. do STA de 2.6.2010 (Proc. 0964/04).

localizados em zonas urbanas ou de interesse turístico, às quais há que temer ainda que cresçam outras tantas “indenizações de sacrifício”.

É caso para perguntar se ao guardar tão bem o conteúdo económico da propriedade privada, preocupando-se com direitos potenciais que não foram exercidos⁸⁹, o tribunal se preocupou em igual medida com os *direitos das gerações futuras* que irão ser chamadas a pagar essa indemnização por via do endividamento estadual necessário para satisfazer todos os compromissos financeiros, cujo montante a jurisprudência assim vai ajudando a engrossar⁹⁰. Com efeito, o Tribunal Constitucional vem desenvolvendo uma *faceta “paternalista”*, hipertrofiando as garantias decorrentes de “sacrifícios patrimoniais” e da violação de “deveres de protecção”⁹¹, que nos deixa sérias dúvidas não só quanto à sustentabilidade destas decisões, mas sobretudo quanto à sua justiça, pois tememos que esta “litigância apropriativa dos recursos do actual povo fiscal” redunde numa “litigância expropriativa dos recursos económicos das gerações futuras”.

Suzana Tavares da Silva

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

⁸⁹ É o que acontece no Ac. n.º 612/2009, pois se o titular do terreno sobre o qual se constitui a servidão tivesse intenção de proceder ao aproveitamento urbanístico do mesmo teria iniciado, antes do processo expropriativo, um procedimento de licenciamento que o colocaria ao abrigo do direito à indemnização por efeito do disposto na lei, uma vez que neste caso sempre se poderia entender que estaríamos, nos termos do art. 8º/2a) do Código das Expropriações, perante um caso de “inviabilização do uso que vinha sendo dado ao bem”, estendendo-se o conceito de uso também ao uso urbanístico futuro com procedimento de licenciamento já iniciado.

⁹⁰ A solução material proposta pelo Tribunal Constitucional suscita-nos ainda duas dúvidas essenciais. Em primeiro lugar, seria importante avaliar, com maior precisão, se a “expropriação da capacidade edificatória do terreno” (“a diminuição da *utilitas rei*”), que constitui o fundamento da compensação, é ou não anulada pela expropriação parcial do terreno, e por isso contabilizada no valor pago a título de contraprestação pela mesma (embora o valor pago neste caso não tenha de ser equivalente ao de uma expropriação total do terreno), o que significa que a servidão *non aedificande*, sendo posterior (porque consequente) ao acto expropriativo, estará já a incidir sobre uma parcela de terreno sem aptidão edificatória (por exemplo, por não ter área suficiente para a implantação do prédio), inexistindo assim o fundamento invocado pelo Tribunal para a atribuição da compensação. Em segundo lugar, admitindo que a parcela sobrança ainda tem capacidade edificatória, a qual apenas vem a ser eliminada pela constituição da servidão, o fundamento para a atribuição da compensação residiria, segundo o tribunal, no respeito pelo princípio da igualdade. O mesmo é dizer que o Tribunal, diferentemente do legislador, entende que o *princípio da igualdade* obriga a tratar de forma igual os titulares de uma licença urbanística ou que deram início ao respectivo procedimento e aqueles que sendo igualmente titulares de um terreno urbanizável nada fizeram (recorde-se que segundo a lei apenas os primeiros têm direito à compensação), o que pressupõe que para o Tribunal Constitucional o direito subjectivo sacrificado pela servidão nasce da aprovação do plano urbanístico com efeitos plurisubjectivos. Para o Tribunal parece assim existir um “poder-dever” de fazer uso da máxima capacidade edificatória prevista nos planos e sempre que essa capacidade (potencial) venha a ser beliscada pela necessidade de implantar novas infra-estruturas, os contribuintes são chamados a suportar os encargos com a “perda dos direitos” atribuídos pelo plano. Trata-se de uma compreensão que, a nosso ver, não é apenas violadora do princípio da sustentabilidade na vertente financeira, mas também na vertente ambiental ao pressupor como “normal” a urbanização no território nacional de todos os terrenos qualificados nos planos municipais como solo urbanizável.

⁹¹ Veja-se o Ac. n.º 49/2010, no qual se julgou inconstitucional a norma do artigo 72.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, interpretada no sentido de que o incumprimento do prazo de 90 dias consecutivos a contar da data do desemprego para o interessado requerer à segurança social a atribuição do subsídio de desemprego determinaria a irremediável preclusão do direito global a todas as prestações a que teria direito durante o período de desemprego involuntário, por violação do *princípio da proporcionalidade*. Não questionamos a solução a que o Tribunal chega no caso concreto, pois de acordo com os pressupostos fixados para a decisão não existe, nesta situação, “acréscimo de despesa”. Mas acompanhamos as preocupações expressas na declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral quanto à possibilidade de o princípio da proporcionalidade poder vir a ser mobilizado em geral para afastar a liberdade de conformação do legislador no que respeita à estipulação dos pressupostos concretos de um direito social. Aliás, no Ac. N.º 221/2009, o Tribunal acaba mesmo por decidir em sentido contrário, embora numa decisão que tem apostas várias declarações de voto, optando por não declarar a inconstitucionalidade da norma do n.º 3, do artigo 2º, do Decreto-Lei n.º 198/95, de 29 de Julho, na redacção dada pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 52/2000, de 7 de Abril, quando interpretada no sentido de obrigar ao pagamento dos serviços prestados apenas pelo facto de o utente não ter cumprido o ónus de demonstração de titularidade do cartão de utente no prazo de dez dias subsequentes à interpelação para pagamento dos encargos com os cuidados de saúde.