

Santiago González-Varas Ibañez,

Urbanismo y Ordenación del Territorio,

Aranzadi Editorial, Navarra, 2004, 531 páginas.

A presente obra de Santiago González-Varas Ibañez, Professor Catedrático da Universidade de Alicante, pretende abordar os temas de maior relevo e actualidade que afectam, em particular, o Direito do Ordenamento do Território e o Direito do Urbanismo espanhóis.

Em termos sistemáticos, o livro apresenta sete partes, divididas cada uma delas em capítulos. A 1.^a parte é relativa ao direito do ordenamento do território, a 2.^a parte diz respeito ao modelo urbanístico privado-contratual, a 3.^a parte fala sobre a problemática do solo urbano consolidado (a reabilitação urbana), enquanto que a 4.^a parte refere as fontes de direito do urbanismo (ao nível estatal, autonómico e local). A 5.^a parte aborda os problemas de classificação dos solos em urbanos e não urbanos, mencionando a 6.^a parte a prática em termos de contencioso do urbanismo e, por último, a 7.^a parte corresponde a um anexo que inclui o resumo da obra nas línguas inglesa e alemã.

Se, em termos sistemático-formais, o livro aparece dividido em sete partes, em termos materiais poderemos dividi-lo apenas em duas grandes partes: uma respeitante ao direito do ordenamento do território e à delimitação das competências entre o Estado Espanhol, as Comunidades Autónomas e a União Europeia, e uma segunda, relativa ao direito do urbanismo, abordando os aspectos doutrinários e jurisprudenciais mais problemáticos e actuais da sua evolução, designadamente os aspectos de contratualização e participação dos particulares e a adopção de modelos de gestão empresarial.

O direito do ordenamento do território é definido pelo autor como a disciplina jurídica com dimensão territorial, que, encontrando-se acima da abordagem municipal do território, visa alcançar, entre outros objectivos, o progresso económico, assim como o crescimento sustentável e equilibrado da sua área intervenção, tomando em consideração preocupações do foro ambiental e pretendendo contrariar as assimetrias regionais, bem como garantir um melhor equilíbrio entre o campo e a cidade.

As diversas leis das Comunidades Autónomas afirmam, como suas principais características, o facto de o ordenamento do território corresponder à expressão espacial da política económica, cultural, social e ecológica de toda a sociedade, em particular da necessidade de preservação das áreas naturais ou ecológicas, bem como das áreas culturais. Só o ordenamento do território pode, para o autor, conseguir uma perspectiva global e necessária de todo o território, tanto ordenadora como impulsionadora dos fins económicos, culturais e ambientais, permitindo uma visão ampla e não limitada espacialmente, como a que proporciona os planos urbanísticos. Caberá, ainda, ao ordenamento do território, em articulação com o direito do urbanismo, solucionar as insuficiências deste, em especial quanto aos problemas de âmbito supra municipal.

Em termos de organização político-administrativa, a ordem jurídica espanhola atribui competência exclusiva, do ordenamento do território, às Comunidades Autónomas,

colocando-se, a este propósito, dois problemas. Um relativo à delimitação de competências entre Estado e Comunidades Autónómicas e entre estes e a União Europeia, quanto às matérias de ordenamento do território e planificação sectorial com incidência espacial. O outro versa sobre a definição de zonas de fronteira entre o direito de ordenamento do território, da competência das Comunidades, e o direito do urbanismo, competência dos municípios e, em consequência, se é ou não admissível uma intervenção urbanística indirecta por parte das Comunidades.

Começando por este último problema, ter-se-á de atender que a vinculação normativa dos planos urbanísticos em relação aos planos de ordenamento, não poderá pôr, em momento algum, em causa as competências dos municípios em termos de direito do urbanismo. Mas também o exercício pelas Comunidades das suas competências não poderá pôr em causa o equilíbrio do sistema, necessariamente supra-local.

Para tal, o autor indica como possíveis soluções para dirimir o conflito de competências e funções, a necessidade de determinação do grau concreto de vinculação entre os planos de ordenamento e os planos urbanísticos e uma exigência acrescida de fundamentação dos planos de ordenamento quando abranjam a regulação dos solos urbanos ou urbanizáveis. Refere, ainda, que os planos de ordenamento se devem limitar às matérias que lhe cabem nos termos da sua definição normativa, assim como a sua força vinculativa apenas se deverá verificar nos termos concretos do seu carácter orientador e dos fins que representam. Deverá, igualmente, ser salvaguardada uma participação adequada e efectiva, por parte das autoridades locais, no âmbito da elaboração dos planos de ordenamento, incluindo também a garantia de audição dos Municípios quanto às obras públicas a realizar na sua área de circunscrição territorial administrativa.

Quanto às relações entre as Comunidades e o Estado Espanhol, caracterizam-se, desde logo, pela competência exclusiva das Comunidades em termos de ordenamento do território. Porém, esta competência não é ilimitada, tal como o Estado, no uso das suas competências exclusivas no âmbito sectorial, acaba muitas vezes por condicionar, interferir, ou até mesmo modelar a actuação das Comunidades em termos de ordenamento. Tal sucede em matérias sectoriais com incidência espacial, as quais o autor analisa pormenorizadamente no capítulo III: ordenação portuária, aeroportos, planos de protecção civil, plano de estradas, ambiente e domínio público, ordenação do litoral e costa, planeamento hidrológico e redes de energia.

A actuação do Estado, no uso das suas competências exclusivas no âmbito do planeamento sectorial, não pode significar uma disponibilidade relativamente ao planeamento existente, nem esvaziar as competências das Comunidades. De igual forma, as Comunidades não poderão, através de aprovação de normas, pôr em causa outras instâncias de poder, designadamente o Estado. Face a este potencial conflito, o autor defende, à semelhança do que propôs para as relações entre Municípios e as Comunidades, a cooperação e articulação estreita entre as esferas do poder autónómico e estatal, como instrumento fundamental de resolução de conflitos. Em caso de eventual falta ou falha de articulação, o autor deixa bem claro que serão as competências do Estado a prevalecer, pois apesar da competência exclusiva das Comunidades em termos de ordenamento, não

poderá esta afectar a competência exclusiva do Estado em termos sectoriais. É esta a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que o autor corrobora.

Ante a delimitação da esfera de actuação destas entidades, o autor discute, ainda, se é ou não admissível à legislação autonómica sujeitar o Estado a um procedimento específico da consulta às Comunidades na fase de elaboração de um plano sectorial, como sucedia na Lei Basca n.º 4/1990, de 31 de Maio, nos seus artigos 16.º e seguintes. Ao abrigo do critério de delimitação de competências formulado pelo Tribunal Constitucional, e que foi acima mencionado, a lei basca foi considerada como inconstitucional, pelo facto de representar uma limitação, injustificável, ao exercício das competências do Estado.

O autor realça, ainda, o papel do Tribunal Constitucional e a sua jurisprudência na delimitação das esferas de poder, operando quase que num sistema de *case law*, dizendo a última palavra em caso de conflito, na ausência de uma Lei estatal de ordenamento do território, à semelhança do que sucede na Alemanha.

Perante a falta de critérios legais, o autor propõe como critérios jurídicos rectores das relações entre Estado e Comunidades, a necessidade daquele tomar a iniciativa de adequação aos planos de ordenamento existentes, não podendo impor um modelo territorial ao modelo autonómico, sob pena de esvaziar ou atingir a competência exclusiva das autoridades autonómicas. Outro critério, diz respeito à necessidade crescente que recai sobre o Estado em este se moldar ao quadro territorial autonómico quando tenha participado (adequadamente) na elaboração do instrumento de planeamento, em especial quando as Comunidades tenham se conformado ou tomando em consideração as propostas do Estado. Também, por força da competência exclusiva do Estado em matérias sectoriais, este pode fazer repercutir, automaticamente, sobre os instrumentos de ordenamento do território as suas disposições em termo de planeamento sectorial, sendo certo que destas disposições não poderá resultar o esvaziamento das competências das comunidades. Por último, reforça a necessidade, neste âmbito, da cooperação e articulação entre as diversas entidades em causa como a melhor forma de solucionar os possíveis diferendos.

Na sequência destes critérios, o autor enfatiza que a cooperação e articulação das entidades públicas dever ocorrer, preferencialmente, no momento da elaboração dos planos, com vista a garantir uma intervenção efectiva do Estado, bem como evitar posteriores conflitos através da imposição de uma Administração sobre a outra, ganhando, assim, os planos de ordenamento do território das Comunidades uma maior legitimação e uma acrescida força de fundamentação nas suas opções, graças à cooperação inter administrativa. Ainda assim, o plano de ordenamento pode vir a sofrer alterações por parte do Estado, por força de ulteriores desenvolvimentos, ou ainda devida ao plano de execução das obras públicas. Contudo, tendo o Estado participado na elaboração do plano de ordenamento exige-se, a este, uma fundamentação acrescida para que, ao abrigo das suas competências sectoriais, sejam produzidas alterações nos planos de ordenamento.

No capítulo IV, o autor debruça-se sobre as atribuições e competências da União Europeia no âmbito do ordenamento do território, tentando determinar quais as relações de competência entre a União Europeia, o Estado Espanhol e as Comunidades Autonómicas. No campo do ordenamento do território, a União assenta a sua intervenção em quatro pilares:

a cooperação transfronteiriça; os diversos documentos, normas e política da Comunidade Europeia; as competências sectoriais com repercussões espaciais; e, por último, este ainda não concretizado, a atribuição expressa, na Constituição Europeia de competências no âmbito do ordenamento do território.

Quanto aos documentos, normas e políticas da organização comunitária, destaca-se o entendimento da dimensão espacial própria da Europa, assim como se realça a importância das repercussões territoriais da política de coesão económica e social levada a cabo pela Comunidade. Identifica, ainda, como principais documentos, normas e políticas o Plano Europeu de Ordenamento do Território de Noordwijk, a Estratégia Territorial Europeia, e os documentos “Europa 2000” e “Europa 2000+”.

Não tendo entrado em vigor a Constituição Europeia, a União não dispõe de atribuições, expressas, em termos de ordenamento do território, porém, através do exercício das competências sectoriais com incidência territorial, o autor afirma que o ordenamento do território pela União é uma realidade. Como exemplos desta realidade o autor menciona, nomeadamente, o sector ambiental, as políticas agrárias, as redes transeuropeias e as redes energéticas. Por tudo isto, entende que as Comunidades Autónomas, na elaboração dos planos de ordenamento, devem antever a actuação da União.

Perante este panorama de actuação da União, o autor entende que as funções de ordenamento do território desenvolvidas, no âmbito das suas competências sectoriais, pelo Estado Espanhol saem reforçadas, pois estas terão que ter, em relação ao ordenamento do território autónomo, o mesmo peso que as da União. Logo, se as políticas da União prevalecem sobre as políticas das Comunidades Autónomas, por força do primado do direito comunitário, por argumento *a maior* deverão as políticas do Estado prevalecer sobre as políticas daquelas.

Em termos de cooperação transfronteiriça são identificados os acordos celebrados entre Portugal e França com as regiões espanholas fronteiriças, assim como a importância das euro-regiões. O autor não deixa, porém, de criticar o excessivo centralismo e consequente burocracia da França e de Portugal, dificultando a cooperação transfronteiriça.

No final do capítulo, debate se é necessário à União ter atribuições em termos de ordenamento do território, defendendo uma posição intermédia entre a necessidade e a conveniência das mesmas, argumentando, desde logo, com a existência de competências sectoriais que influenciam directamente o ordenamento, e que levariam a considerar como mais adequada a previsão expressa de atribuições neste âmbito, com vista a permitir um melhor enquadramento da dimensão territorial da actuação comunitária. Outro argumento prende-se com o processo de integração europeia e, consequente, aumento de transferência de atribuições à União por parte dos Estados-Membros, através das sucessivas revisões dos Tratados, ao mesmo tempo que se consagrou como princípio orientador da actuação da União o princípio da subsidiariedade, garantindo, assim, uma actuação preferencial dos Estados-membros. Refere, ainda, que sendo um dos objectivos da Constituição simplificar e clarificar o sistema de distribuição de atribuições e competências entre a União e os Estados-membros, a previsão expressa das atribuições de ordenamento de território à União contribuiria para a clarificação e delimitação dos contornos destas, bem como das

relações entre aquela e os Estados-membros. Aspecto importante, ainda, é a necessidade de atender à dimensão europeia do território, e o facto de só através de uma actuação por parte da União ser possível prosseguir, de forma cabal, o interesse comunitário que Estados-membros, individualmente, não teriam capacidade de prosseguir. Diante destes argumentos, o autor defende a atribuição, expressa, de funções de ordenamento do território à União, ainda que numa forma complementar à actuação dos Estados-membros, desde logo porque favorece a integração, pois o reconhecimento das atribuições à União não implica a perda das mesmas por parte dos Estados-membros, ainda que se possa apontar como desvantagens as dificuldades introduzidas pela utilização de conceitos indeterminados e a possibilidade da existência de bloqueios por causa do funcionamento da regra da unanimidade.

Na segunda parte o autor debruça-se sobre o novo modelo de direito do urbanismo: o modelo privado-contratual. Trata-se de um urbanismo fruto da necessidade de flexibilização do sistema de gestão urbanística com vista aos objectivos sociais, políticos e de financiamento, através da interacção entre o sector público e privado. Este modelo resulta da utilização do instituto do contrato administrativo, instituto este que não fora pensado para ser utilizado como instrumento de gestão urbanística, mas que veio a converter-se num mecanismo útil e necessário. Reconhece a utilidade e a necessidade, da presença dos particulares e do papel que estes representam na execução dos planos urbanísticos, reforçando, por outro lado, o carácter e a função pública do urbanismo. Todas as novas figuras e institutos correspondem, no essencial, à gestão indirecta por parte das entidades administrativas competentes, e encontram-se materialmente ligados ao contrato administrativo. Aliás, a lei sobre contratos administrativos espanhola tem ampla aplicação nestes novos institutos, ao ser pelo seu recurso que se determinam as exigências das garantias judiciais, bem como as restantes garantias dos particulares (como será a exigência de publicidade).

O recurso à lei dos contratos administrativos deve ser encarado num perspectiva de abertura às novas figuras permitindo, na sequência, a devida inovação e adaptação às necessidades práticas, e não como um impedimento, ainda que a utilização do contrato não possa ser feita de forma indiscriminada. A consagração deste modelo redundo, no entender do autor, da preferência atribuída a um sistema que assenta na cooperação ou compensação em detrimento do sistema de expropriação, promovendo-se, assim, a iniciativa privada. A favor deste novo modelo resulta ainda a vulgarização dos contratos urbanísticos, a previsão legal da conversão dos proprietários em agentes ou gestores urbanísticos, ainda que o exercício destas funções não se restrinja, em exclusivo, aos proprietários, visto que poderão intervir na execução urbanísticas terceiros não proprietários. Supera-se desta forma o modelo, esgotado, no entender do autor, da gestão baseada na propriedade admitindo a intervenção e participação de terceiros. Prevê-se, ainda, a execução forçada dos planos e operações urbanísticas por parte da Administração, na eventualidade de os particulares se mostrarem inoperantes. Nesta última situação, entendem alguns autores que se trata de uma espécie de “resgate de funções públicas” até aqui cometidas aos particulares, o que evidencia o problema da delimitação das fronteiras entre a gestão directamente

levada a cabo pelas entidades administrativas e a gestão indirecta das mesmas medidas pela intervenção directa dos particulares.

Este panorama, em termos de evolução do direito do urbanismo espanhol, tem levado à proliferação de novas figuras ou institutos, desenvolvidas pelas Comunidades Autónomicas, das quais se destaca a figura do *agente urbanizador* valenciano. A previsão desta figura resultou da necessidade de agilizar e flexibilizar a gestão urbanística identificando, o autor, como suas principais vantagens a transformação de uma actividade onerante numa actividade rentável, com vista a promover uma rápida e eficaz execução dos ditames urbanísticos e, conseqüentemente, melhor prossecução do interesse público. Outra ideia é que, ao permitir-se a participação de terceiros, não proprietários, se criam situações de concorrência com vista à optimização dos recursos. Além disso, visa-se imprimir um ritmo mais elevado na execução das operações urbanísticas e minimizar os efeitos da especulação imobiliária, conquanto o autor alerte para o perigo de se potenciar e incentivar, em demasia, a nova construção em detrimento da reabilitação urbana. Para além desta crítica é, ainda apontado como risco da utilização desta figura a possibilidade de uma incorrecta avaliação dos bens, uma vez que o agente quase que detém o poder de fixar unilateralmente o juízo retributivo, chegando mesmo os valores atribuídos a não coincidir com os valores de mercado. Acresce a tudo isto que a almejada concorrência, pode não passar de uma miragem uma vez que a falta de alternativas pode acabar por degenerar numa situação de monopólio, o que subverte a ideia de criação e potenciação daquela.

Torna-se, pois, necessário garantir, para viabilizar esta figura, no entender do autor, uma clara existência de um direito de preferência de urbanizar a favor dos proprietários, bem como a salvaguarda da transparência de todo o processo. Deve ter-se, igualmente em atenção a devida orçamentação das despesas e a taxação das obras, bem como a protecção os proprietários de eventuais depreciações de terrenos abaixo do valor real e a imposição de elevados índices de edificação. Deve, ainda, proteger-se o proprietário das possíveis apropriações de terreno pelo agente, assim como impor a prestação de garantias na execução ao agente e por último garantir um real e efectiva concorrência.

Depois de uma análise pormenorizada desta figura valenciana, o autor discorre sobre os outros exemplos previstos nas Comunidades Autónomicas concluindo que, em todos eles, em maior ou menor medida, se acaba por assentar num sistema de realização das operações urbanísticas pelos particulares, só permitindo a intervenção de terceiros, não proprietários, a título excepcional. No final o autor procede à proposta de linhas orientadoras de um possível modelo, na sua apreciação global. Estas linhas seriam: evitar um influência excessiva do *agente urbanizador* ou *empresarial*, preservar a plena objectividade e neutralidade no procedimento de elaboração dos instrumentos de urbanísticos e definir, de forma clara e inequívoca, a posição da Administração (a que corresponde a direcção do procedimento de elaboração), dos proprietários (a quem compete contribuir no âmbito da actuação urbanística das entidades públicas) e dos potenciais particulares (ainda que não proprietários).

O autor é da opinião que a promoção e verificação do fenómeno da participação dos privados e adopção de modelos empresariais leva a um reforço da função pública urbanística, pois, apesar de as entidades públicas agirem mediados pelos particulares,

a verdade é que não deixam de ser elas a *seleccionar* os privados que irão proceder à execução urbanística, assim como são elas que determinam o âmbito da sua actuação.

A terceira parte do livro dedica-se à problemática da reabilitação urbana, e a criação do *agente reabilitador*. As ideias chave assentam na necessidade da preservação cultural e estética, bem como na salvaguarda das condições de segurança e salubridade dos prédios urbanos e na procura de um componente privada de financiamento por força da insuficiência dos fundos públicos na prossecução do objectivo da reabilitação. A reabilitação e seus instrumentos deverão assentar como política de apoio aos proprietários, evitando a utilização da cedência dos bens, como se verifica na figura do *agente urbanizador*.

Para alcançar o objectivo da reabilitação urbana o autor propõe como critérios, desde logo, que a realização da reabilitação só poderá ocorrer nos casos em que as operações se apresentem como potencialmente rentáveis, primeiro para os proprietários, depois para o Município (a quem compete a prossecução do interesse público), em terceiro para potenciais adquirentes e por último para os possíveis particulares empresários que executam a operação de reabilitação. Deverá sempre ser promovido o acordo entre as diversas partes intervenientes, só se recorrendo à expropriação como ultima ratio, assim como se deve procurar um desejável equilíbrio entre financiamento público e privado. Outra ideia chave é que a reabilitação se deve apresentar como uma intervenção por zonas e não restrita a um prédio individual, com vista a permitir uma integral reabilitação urbana. O autor vai mais longe ao afirmar que será desejável a transposição dos instrumentos de participação particular e de contratualização, como a do agente urbanizador para o plano da reabilitação, denominando-o de *agente reabilitador*. A utilização destes mecanismos permitiria alcançar a melhor eficiência e optimização dos recursos, promovendo o investimento privado, assim como uma maior flexibilização, consequentemente, agilizando o processo de reabilitação.

Na quarta parte o autor identifica o sistema de fontes de direito de urbanismo espanhol, passando pelas fontes estaduais, autonómicas e locais e ainda o modelo tradicional que radicava na distinção entre solo urbano e urbanizável.

Por sua vez, a quinta parte aborda as dificuldades de classificação do solo como urbano e rural, procedendo a uma análise da Lei n.º 6/1998, que determina os critérios de classificação dos mesmos. Quanto à faculdade de reclassificação dos solos, estando a mesma no âmbito dos poderes discricionários do Município, exige-se uma fundamentação acrescida para a sua alteração, uma vez que só pela fundamentação é que será possível controlar e aferir da legitimidade da reclassificação. No capítulo segundo procede o autor à análise da *praxis* jurisprudencial relativa à classificação e qualificação dos solos e no capítulo terceiro identifica e define o regime do solo não urbanizável procedendo, igualmente à análise das diversas disposições normativas, em especial, das várias leis autonómicas, assim como a jurisprudência dos tribunais espanhóis.

Na sexta parte o autor debate o problema da execução das sentenças anulatórias de um plano urbanístico, o momento crucial do litígio, por se referir às garantias de efectividade das mesmas. Contudo, por força da situação de facto gerada, bem como pelos efeitos retroactivos da sentença, a execução terá de ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, com vista a permitir o cumprimento *possível* da sentença, sem ferir as expectativas geradas.

Perante o *status quo* criado pelos planos inválidos, torna-se de extrema importância e valia a utilização de medidas cautelares, em especial a medida cautelar suspensiva, como forma de minimizar as dificuldades e tensões que decorrem da execução da sentença anulatória. Como critérios orientadores de execução, o autor realça a exigência de prudência por parte do tribunal, bem como a execução da sentença ser, levada a cabo, na medida do possível, de acordo com a realidade factual e as expectativas geradas, sendo certo que estas não passam de orientações gerais, conservando os tribunais uma considerável margem de discricionariedade, ainda assim sujeita ao crivo do princípio da proporcionalidade. O autor na sua reflexão final da sexta parte discute se não se deverá equacionar, em termos de *lege ferenda*, um novo modelo contencioso-administrativo preventivo, em termo urbanísticos, com vista a encontrar uma melhor solução para os problemas jurídicos existentes.

A sétima parte, como já referimos inicialmente, corresponde a um anexo em que se junta o resumo do livro nas línguas inglesa e alemã.

Concluindo, resulta da presente obra deste autor espanhol uma clara preocupação, primeiro, na articulação do condomínio de interesses e de competências das diversas entidades administrativas, em especial as relações entre o Estado Espanhol e as Comunidades Autónomas, bem como a constatação de um novo actor com funções de ordenamento do território, a União Europeia.

Em termos urbanísticos, e na sequência da evolução do *Estado-Providência*, para um pretenso *Estado-Regulador*, a verdade é que o Estado, não se demitindo da suas funções públicas recorre à actuação mediadora dos particulares, assim como aos modelos de gestão privada, para prossecução dos fins públicos. Para tal recorre-se ao contrato administrativo, criando-se novas tipologias de contratos, ou até a previsão de novos actores, em termos de gestão urbanística, exemplo disso é a figura valenciana do *agente urbanizador*. Apesar de o autor defender a utilização de figuras contratuais e incentivar a participação dos particulares, a verdade é que não deixa de levantar algumas reservas e sugerir princípios que regulem a intervenção privada no urbanismo, desde logo a necessidade de garantias para os proprietários e a devida publicidade dos contratos celebrados. Outro ponto de relevo resulta da preocupação do autor em que o direito do urbanismo se assuma como promotor da reabilitação urbana, para tal fornecendo instrumentos que garantam não só formas de financiamento alternativo aos fundos públicos, como, igualmente, a previsão de mecanismos de flexibilização e agilização das operações de reabilitação (propondo a transposição, com as devidas adaptações da figura do *agente urbanizador*, convertendo-o em *agente reabilitador*).

São estas as grandes traves mestras abordadas no livro de Santiago González-Varas Ibañez, que falando ainda dos problemas da *praxis* dos tribunais em termos de execução de sentenças e dos problemas de classificação dos solos, abarca um amplo leque de problemas e de ideias força decorrentes da evolução do Direito do Urbanismo e do Direito do Ordenamento do Território.

Geraldo Rocha Ribeiro

Monitor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra