

**Nicolas Chauvin**

***L'Illegalité du Plan d'Occupation des Sols***

**Litec, Paris, 1999, 450 páginas.**

***I. Ideia geral***

O *Plan d'occupation des sols* (plano de ocupação dos solos) apareceu em França como uma peça fundamental da descentralização: a sua existência permite às autoridades locais as escolhas do urbanismo — são os *plans d'occupation des sols* (POS) que fixam as possibilidades de utilização dos solos na comuna<sup>1</sup>. A sua elaboração está envolta num grande número de garantias, em especial as de carácter procedimental, com as quais muitas vezes as autoridades locais e os diferentes autores do urbanismo lidam mal. A consequência é uma frequente ilegalidade dos POS elaborados, ilegalidade essa que põe em causa as escolhas urbanísticas e coloca numerosos problemas práticos. É a partir desta constatação que Nicolas Chauvin pretende analisar o contencioso dos POS.

As múltiplas soluções jurisprudenciais, quer relativas às causas quer às consequências da ilegalidade dos planos, são dominadas, no entender deste autor, por uma problemática dificilmente resolúvel: o juiz administrativo, face à multiplicação das ilegalidades, pretende assumir um papel de guardião da legalidade, mas, por outro lado, pretende igualmente assegurar a estabilidade das soluções e a segurança jurídica, que só se alcança se se mantiver em vigor o plano, não obstante a sua ilegalidade. Isto leva o juiz administrativo a adoptar soluções específicas em matéria de contencioso dos planos que não se encontram no contencioso administrativo geral, o que coloca muitas vezes impasses teóricos e práticos. As intervenções efectuadas pelo legislador, se asseguram uma maior estabilidade, colocam também um conjunto de novas interrogações. A obra aqui em análise pretende, através do estudo prático e concreto das soluções jurisprudenciais actuais, dar luz ao conjunto das dificuldades que se colocam a este nível e propor um certo número de soluções.

***II. Apresentação formal***

Do ponto de vista formal a obra encontra-se dividida em duas grandes partes. Na primeira o Autor trata das *causas da ilegalidade dos POS* e na segunda das *consequências daquela ilegalidade*.

No que diz respeito à primeira parte encontramos dois títulos: um relativo à *ilegalidade externa* e outro à *ilegalidade interna*. O primeiro encontra-se dividido em dois grandes capítulos [*A incompetência e o vício de forma: dois meios pouco eficazes* (capítulo I) e *O vício de procedimento: os efeitos da complexidades dos textos atenuados pelo Juiz* (capítulo II)]. O título segundo, por sua vez, divide-se em quatro capítulos [*Violação directa da regra de direito* (capítulo I); *O erro de direito: um estrito enquadramento do conteúdo do plano* (capítulo II); *O erro manifesto de apreciação: o zonamento no centro do controlo* (capítulo III) e *O desvio do poder: uma utilização objectiva favorável às comunas* (capítulo IV)].

Na parte segunda da obra encontramos também dois grandes títulos, cada um com dois capítulos. O primeiro título refere-se às *consequências da ilegalidade do POS sobre a situação regulamentar local*, compreendendo um capítulo I sobre as tentativas para reduzir os casos de ilegalidade do POS e um capítulo II sobre as tentativas de fazer reviver o POS anterior (com referência à Lei de 1994).

No que concerne ao título segundo (*as consequências da ilegalidade do POS sobre as decisões individuais*) o capítulo I incide sobre a tentativa de manutenção da decisão e o capítulo II sobre a complexidade da jurisprudência que acabou por exigir a intervenção do legislador para a resolver. No fim de cada Capítulo, Título e Parte o autor apresenta as respectivas conclusões.

A obra contém ainda, em anexo, um conjunto de decisões jurídicas mais ilustrativas sobre a matéria.

### **III. O conteúdo da obra**

#### **1. As causas da ilegalidade do POS**

No que diz respeito ao primeiro título da primeira parte relativa à ilegalidade externa dos POS o autor analisa as três questões que estão em causa: a *incompetência*, o *vício de forma* e o *vício de procedimento*. Em matéria de ilegalidade dos POS o primeiro aparece como um meio absolutamente marginal. O segundo, por sua vez, está pouco desenvolvido sendo o juiz, em regra, benevolente, salvo no que diz respeito à *motivação do plano*, rigor este que prova a importância do relatório de apresentação do POS. Pelo contrário, o vício de procedimento é frequentemente invocado. Com efeito, a pormenorização dos textos legais relativamente ao procedimento torna muito difícil a elaboração de um plano sem vícios, tendo o juiz neste âmbito inclusive atenuado os textos legais. O contencioso neste domínio tem-se caracterizado por um controlo exigente sobre quaisquer pontos precisos, o que se revela como um caso isolado no meio de um controlo que é essencialmente favorável à Administração.

O autor analisa, a este propósito, um conjunto de decisões jurisprudenciais designadamente sobre o procedimento inicial de elaboração do POS e o procedimento ligado à sua evolução (isto é, à alteração dos planos durante a sua elaboração e à alteração dos planos após a sua entrada em vigor: modificação e revisão). Em matéria do *procedimento inicial de elaboração de um POS*, onde se analisam questões como as da diversidade das entidades que nele intervêm e as questões relacionadas com o inquérito público, a tendência do juiz tem sido a de recusar sancionar o POS quando entende que as irregularidades procedimentais não têm consequências (v.g. uma entidade, impedida de tal, que participou no grupo de trabalho, não chegou a ter aí uma participação efectiva). Do mesmo modo, em matéria de inquérito público o juiz tem vindo a considerar que é necessário dar cumprimento menos à letra da lei e mais ao seu espírito, que é o de garantir a expressão do público sobre o instrumento de planeamento. No que concerne à questão da *alteração do planeamento* analisa-se com especial atenção o controlo severo efectuado sobre a escolha entre o procedimento de modificação e o procedimento de revisão dos planos.

Em conclusão a este Título o autor realça que o contencioso da legalidade externa do POS é caracterizado pela benevolência do juiz em relação às comunas: face à explosão do contencioso, face à multiplicação de ilegalidades, o juiz procura assegurar o máximo de estabilidade ao POS. Recusa, no entanto, qualquer concessão quando estão em causa grandes *princípios de transparência* e de *participação*. As ilegalidades são assim muito mais numerosas quando a comuna não respeitou regras relativas à *motivação do plano* ou ao *inquérito público*.

No que concerne ao Título II da Parte I (*ilegalidade interna do POS*), o autor começa por chamar a atenção para o facto de após alguns anos o controlo judicial se ter equilibrado a favor do controlo interno. Nesta matéria o juiz controla a ausência de desvio de poder, a ausência de erro sobre os motivos (quer se trate de motivos de facto quer de motivos de direito), e a ausência da violação directa da regra de direito.

O controlo da *violação directa da regra de direito* com o fim de verificar a coerência do POS com outras regras, assim como o controlo do *erro de direito*, enquadram estritamente o conteúdo do POS. O erro nos motivos, essencialmente o *erro manifesto de apreciação*, serve sobretudo para controlar o zonamento, de um modo indulgente, enquanto o controlo do *desvio de poder* conhece uma utilização muito objectiva, mentendo-se, no entanto, pouco eficaz.

a) Em matéria da *violação directa da regra de direito* (situações em que o conteúdo do POS está contrário ao conteúdo de um acto ou norma superior) o autor analisa a jurisprudência existente com base na qual se distingue entre *compatibilidade* e *conformidade*. Naquela (tal como nesta), faz-se um controlo da não contradição entre os dois documentos mas junta-se-lhe a ideia da coerência global entre eles, coerência essa que resulta de diferentes elementos, designadamente o da pequena superfície da zona em litígio. Para além disso, entende-se haver coerência global entre os documentos em confronto quando o documento inferior respeite as orientações fundamentais do destino geral dos solos prevista no documento superior, ou quando, apesar da contradição, o seu desaparecimento no futuro aparece como certo. Isto permite salvar o POS.

A compatibilidade assim descrita é, no entanto, apenas a que se encontra nas relações entre o POS e os *Schemas Directeurs*<sup>2</sup>. No que concerne à relação (de compatibilidade) entre o POS e as Leis de *Aménagement et Urbanisme* ela é uma exigência mais vinculativa, apesar dos esforços do juiz. Trata-se de um controlo que corresponde a uma quase conformidade.

b) No que concerne ao controlo do *erro de direito*, ele serve para enquadrar as regras contidas no POS e as possibilidades de derrogações e de excepções. No que concerne àquele enquadramento, o controlo incide sobre o conteúdo mínimo obrigatório e o conteúdo máximo facultativo do POS. No que concerne às derrogações e excepções, entende-se que quando as regras são facultativas é possível o POS prever excepções à sua aplicação, isto é, é possível afastar a aplicação da regra geral sem criação de uma regra alternativa aplicável. Quando se trata de regras obrigatórias, o POS apenas pode prever *derrogações*, ou seja, o afastamento da regra geral só pode ser feito se se tiver criado uma nova regra especial para as situação excepcionadas.

O autor afirma, em conclusão, que o erro de direito é utilizado de um modo muito restrito tendo uma única função: fixar o quadro geral da acção da administração e, em certa medida, as regras em jogo.

c) No que concerne ao controlo do *erro manifesto de apreciação*, ele tem como centro do controlo o próprio zonamento. Nesta matéria, o autor é de opinião que o juiz deve elaborar uma política jurisprudencial mais precisa e clara visto que a utilização cada vez mais frequente desta via leva crescentemente a colocar novas questões.

O controlo do erro manifesto de apreciação no contencioso do POS, caracteriza-se, desde logo, por ser um controlo que procura os vícios utilizando *indícios*. Estes indícios são, desde logo, indícios ligados ao próprio terreno, designadamente a *superfície da parcela* (mais do que um indício de erro manifesto, a superfície do terreno é susceptível de ser um factor exonerante : a pequena superfície tem como consequência tornar o erro não manifesto) e a *situação anterior do terreno*. Esta é deduzida de vários elementos: uma informação prévia que decide favoravelmente sobre a sua capacidade de construção, uma autorização de loteamento ou de construção emitidas antes para o terreno da zona em causa. O elemento mais frequente é o da classificação anterior, mas a maior parte das decisões são no sentido de que os autores dos POS não estão vinculados pelas modalidades existentes de utilização dos terrenos ou que o requerente não tem direito à manutenção da classificação anterior. Por outro lado, encontramos indícios ligados às *definições e análises que foram feitas na própria elaboração* do POS, designadamente nas definições de zonamento e no relatório da apresentação.

Com efeito, este último apresenta-se também como uma ajuda útil ao juiz não apenas porque é ele que define o zonamento, mas porque comporta uma análise (em princípio) bastante detalhada da situação: analisa a situação inicial, a evolução desde o passado e ainda as perspectivas do futuro. Permite, pois, ao juiz, conhecer a situação real (o que o ajuda no controlo do erro manifesto de qualificação), mas também os objectivos da comuna (o que o ajuda no controlo do erro manifesto de adequação). Outros indícios são os que decorrem dos pareceres emitidos pelos diferentes actores da elaboração: os pareceres emitidos pelo grupo de trabalho e pelo comissário do inquérito, em especial, são importantes. Por fim, completando as outras discussões, são também importantes as explicações dadas pela comuna antes ou durante o debate contencioso e que reforçam, ou não, a sua posição. O autor apresenta nesta parte da sua obra a ampla jurisprudência dos tribunais administrativos e do *Conseil d'État* em matéria de controlo do próprio zonamento e classificação dos solos. Apesar de globalmente a comuna dispor de grande liberdade para este efeito, apontam-se situações em que a administração está impedida ou está obrigada a classificar de certa forma certos terrenos, concluindo, no entanto, que se é possível traçar os limites dos poderes das comunas no que concerne aos seus POS, já parece mais difícil definir com precisão o erro manifesto. Ele é, deste modo, caracterizado por uma tendência de instabilidade, que o juiz utiliza para limitar o seu controlo.

No controlo do erro manifesto revela-se fundamental a verificação da justificação apresentada pela comuna. Nesta matéria o juiz tende a acentuar o seu controlo: ele verifica se a medida é coerente com o conjunto do POS e certos tribunais aplicam a teoria do *bilan* à parcela em causa apesar da oposição do *Conseil d'État* na maior parte dos casos.

A noção de erro manifesto tem vindo a cobrir realidades cada vez mais diferentes, tais como o controlo da violação do princípio da igualdade, tendo ainda bases comuns com outros tipos de controlo. Deste modo, nunca se sabe exactamente o que é que o juiz controla e porquê através deste meio.

d) No que concerne ao *désvio de poder*, o autor começa por referir, em primeiro lugar, que o desvio de poder é mais fácil de estabelecer no domínio do POS do que nos outros domínios do direito administrativo, o que acontece devido à natureza da matéria em causa: os factos nesta matéria são permanentes e, por isso, mais facilmente verificáveis. O juiz, determinando o desvio do poder mais em função do *resultado atingido* do que do *resultado visado*, pode fazer repousar o seu controlo sobre esses factos exteriores e não sobre os “*estados de alma*” ou intenções dos autores do POS. Tudo isto dá ao controlo do desvio de poder um *carácter objectivo* ao mesmo tempo que a sua demonstração parece facilitada.

No entanto, esta tendência é contrabalançada pela prudência do *Conseil d'État* perante este meio um pouco especial. É que o juiz admite largamente a ideia de *interesse geral* para justificar a medida adoptada pela Administração. Noção vaga por excelência, o interesse geral permite ao juiz, sob a aparência de objectividade, fazer prevalecer quase sistematicamente a argumentação dos autores do POS: basta que estes invoquem um interesse geral para que o *Conseil d'État* sucessivamente entenda que se trata (mesmo sem grandes averiguações) do fim determinante da medida. Esta extensão até ao extremo da noção de interesse geral, combinado com o facto de ele ser sempre considerado como o fim determinante, tem conduzido a salvar a maior parte dos POS. Apenas nos casos mais evidentes de satisfação de um interesse pessoal, onde nenhum interesse geral pode ser invocado, tem sido decidida a anulação do POS por desvio de poder.

Uma jurisprudência como aquela que tem vindo a ser seguida pelo *Conseil d'État* acaba por fazer depender o funcionamento deste meio de controlo do reconhecimento da existência de um interesse geral pelo juiz, sendo bastante imprevisível saber, com a jurisprudência actual, em que circunstâncias isso acontece.

## 2. As consequências da ilegalidade do POS

Após a anulação de um POS coloca-se a questão de saber qual a norma que fica em vigor para regular as situações jurídicas previamente definidas por aquele instrumento (ou seja, a questão de saber quais as consequências da ilegalidade dos POS sobre a situação regulamentar local) e o que acontece aos actos autorizativos que tenham sido emanados ao abrigo de um POS que tenha sido anulado (isto é, quais as consequências sobre as decisões individuais).

No que concerne à primeira questão (Título I da Parte II), devido aos problemas que possam resultar da anulação de um POS, o autor aponta duas diferentes formas que têm sido apresentadas para lhe fazer frente: enquanto o juiz tenta a todo o custo reduzir os casos de ilegalidade do POS (Capítulo I), o legislador, em caso de ilegalidade, tenta fazer reviver um outro POS anterior (Capítulo II).

Com efeito, verifica-se, em primeiro lugar, uma tentativa para multiplicar os casos de *anulação parcial* como modo de limitar o mais possível a possibilidade de desaparecimento do POS, embora a extensão da anulação varie essencialmente em função dos meios apreciados. Pretendendo acentuar a possibilidade de anulação parcial do POS o juiz joga com a divisibilidade geográfica deste de um modo por vezes exagerado e joga sobretudo com a existência de duas fases na sua elaboração: o POS *tornado público* e o POS *aprovado*. Por via da jurisprudência *Raccat* depois desenvolvida pelo legislador, introduziu-se a ideia de que os vícios de forma e de procedimento do POS tornado público não têm influência sobre o POS aprovado, tendo-se, desta forma, conseguido assegurar ao máximo a sobrevivência do POS apesar da sua ilegalidade e permitir assim uma certa estabilidade jurídica. No entanto, este desejo de estabilidade tem conduzido a inúmeros impasses teóricos e a dificuldades e incertezas práticas irresolúveis que ameaçam a credibilidade do juiz e do direito.

Por outro lado, a necessidade de estabilidade exige que se determine *qual o direito aplicável à comuna* com a declaração de ilegalidade do POS. O essencial das dificuldades do debate sobre esta matéria assenta numa alternativa: ou se permite a aplicação das regras gerais de urbanismo ou o POS anterior. A jurisprudência combinou estas duas soluções. Com a aplicação das regras gerais de urbanismo o juiz pretendia essencialmente favorecer a manutenção das decisões individuais emitidas com base no POS ilegal, já que estas decisões tinham mais chances de estar de acordo com estas regras do que com o anterior POS tornado público. Contudo, esta solução rapidamente se mostrou ilusória na medida em que, por se tratar de regras com efeitos centralizadores acabavam sistematicamente por determinar o vício de incompetência dos actos individuais. Para além do mais tornava o sistema mais complexo ao permitir a vigência simultânea de uma multiplicidade acentuada de normas.

O legislador acabou por intervir nesta problemática tendo unificado as soluções no sentido do retorno ao POS anterior, o que tem a grande vantagem de ser simples já que o direito aplicável se resume apenas a essa regra sendo, para além do mais, mais descentralizadora. Contudo, esta solução legal não resolve todos os problemas visto a aplicação das regras gerais de urbanismo não estar em absoluto afastada, o que acontece quando a comuna em causa *não tenha plano anterior* ou *esse é ilegal*. No que concerne ao problema das consequências da ilegalidade dos POS sobre as decisões individuais (Título II da Parte II) o autor chama a atenção para o facto de também aqui o juiz utilizar um conjunto de mecanismos com vista a assegurar a estabilidade das decisões. A intervenção do legislador neste domínio tem sido também no sentido de reforçar essa estabilidade e, por outro lado, no sentido de simplificar o contencioso. Contudo, estes dois objectivos aparecem frequentemente inconciliáveis. Nesta matéria, assim que um POS é ilegal, o juiz, para medir os efeitos desta ilegalidade sobre a licença de construção, começa por aplicar os princípios decorrentes da jurisprudência *Gépro*.

Esta jurisprudência distingue entre a licença emitida com base num *POS* afectado de ilegalidade interna e a licença emitida com base num *POS* afectado de ilegalidade externa: o primeiro considera-se indissociável do *POS* ilegal enquanto o segundo é julgado dissociável. De acordo com esta jurisprudência, a licença dissociável subsiste e é examinada em função do direito que for reposto em vigor, enquanto a indissociável é anulada em consequência da anulação ou declaração de ilegalidade do *POS*.

Através desta jurisprudência o juiz procurou reforçar a estabilidade jurídica, mas ela acabou por introduzir problemas teóricos importantes, tendo criado uma verdadeira especificidade do contencioso do *POS* sacrificando mecanismos contenciosos clássicos e simples.

Por outro lado, a tentativa de salvar as licenças de construção não definitivas (ou seja, que ainda não formaram caso decidido) é, em França, uma situação particularmente complexa. A jurisprudência dos casos *Grépo*, *Commune Saint-Palais*, *Riedsheim*, que pretenderam fornecer soluções para a questão de saber se devem ou não ser mantidas as decisões individuais tomadas com base nos *POS* ilegais, acabaram por apontar soluções de uma complexidade tão acentuada que colocam em causa a estabilidade jurídica que pretendiam assegurar. O legislador veio intervir para diminuir a situação de instabilidade das licenças, mas acabou por agravar a complexidade das soluções.

Com tudo isto, pode concluir-se que do ponto de vista teórico o contencioso dos planos se caracteriza pelas suas diferenças em relação aos mecanismos de controlo tradicionais, sendo necessário, na opinião do autor desta obra, proceder-se a numerosas reformas. Estas devem começar pela redução da frequência das ilegalidades dos *POS* (necessidade de actuar sobre as causas de ilegalidade), sendo ainda necessário reduzir as exigências procedimentais e admitir o recurso contra actos preparatórios integrados no procedimento de elaboração do *POS* (v.g. possibilidade de impugnar, por vícios de procedimento, a deliberação do *conseil communal* que *aprova* o projecto do plano). Para as situações em que mesmo assim existe uma ilegalidade, é necessário retornar aos mecanismos contenciosos habituais, muito mais simples.

#### **IV. Apreciação geral**

Da leitura da presente obra dois aspectos resultam que pretendemos realçar.

Em primeiro lugar, resulta muito claramente de todos os capítulos, títulos e partes desta obra que as soluções apontadas para as mais importantes questões da ilegalidade e do contencioso dos planos são, em França, fruto essencialmente da jurisprudência (as soluções legais vêm, em regra, na sequência desta), jurisprudência essa que é, no entanto, extremamente complexa. Curiosamente, cada nova tentativa de diminuição dessa complexidade através de uma nova decisão jurisprudencial acaba por acarretar novas questões e assim agravar essa complexidade. Contudo, uma coisa é certa: existe em França um contencioso dos planos específico em relação ao contencioso administrativo geral.

O segundo aspecto a realçar é, sem dúvida, o enorme manancial de decisões jurisprudenciais em matéria de controlo contencioso dos planos. Com efeito, embora se trate de um domínio jurídico onde a discricionariedade administrativa alcança o seu grau mais elevado (a discricionariedade de planeamento), a verdade é que isso não é impeditivo do exercício por parte dos tribunais de um verdadeiro controlo contencioso. E, o que é de acentuar, tal controlo incide sobre as próprias escolhas urbanísticas efectuadas pelas entidades locais, isto é, sobre a legalidade interna dos planos. É o controlo, por parte dos tribunais, do erro manifesto de apreciação da classificação de um determinado solo, de desvio de poder na classificação de um outro, etc., que são a prova de uma prática planificadora amadurecida e de uma capacidade (designadamente técnica) do juiz para controlar esses aspectos.

Parece-nos que em Portugal ainda estamos longe deste estágio de evolução do direito do urbanismo, mas parece-nos também que não faltará muito tempo para que as questões de controlo das próprias opções urbanísticas neles definidas comecem a surgir com uma frequência cada vez mais crescente nos nossos tribunais administrativos. Estes terão de estar preparados para essa tarefa.

*Fernanda Paula Oliveira*

*Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

<sup>1</sup> O direito do urbanismo francês sofreu uma profunda revisão com a lei de solidariedade e renovação urbanas (lei de 13 de Dezembro de 2000). Com esta lei os *Plans d'occupation des Sols* (POS) deram lugar aos *Plans locaux d'urbanisme*. Sobre esta profunda revisão, designadamente em matéria de planificação urbana cfr. *Actualité Juridique, Droit Administratif* (AJDA), n.º 1 de 2001.

<sup>2</sup> Com a referida lei de 13 de Dezembro de 2000 os *Schémes Directeurs* foram substituídos pelos *Schémes de Cohérence Territoriale*.