

Eva Desdentado Daroca

Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial

Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, 2.ª Edição, 533 páginas

A obra que aqui apresentamos trata de um dos temas mais importantes no domínio do direito do urbanismo actual que é o da *discrecionalidade de planeamento urbanístico*. A obra analisa-o dentro do tema mais genérico da discrecionalidade administrativa e, por isso, apresenta-se formalmente dividida em duas grandes partes: numa primeira parte traça-se uma teoria geral da discrecionalidade administrativa, partindo-se depois, numa segunda parte, para algumas questões relevantes quanto à discrecionalidade de planeamento urbanístico, em especial a questão do seu controlo judicial.

No que concerne à Parte I (*Teoria Geral da Discrecionalidade Administrativa*) tratam-se três grandes questões: o conceito de discrecionalidade (Capítulo I); as formas e os limites da discrecionalidade administrativa (Capítulo II) e o controlo judicial da discrecionalidade administrativa (Capítulo III). No que respeita à Parte II (*O Controlo da Discrecionalidade no Planeamento Urbanístico*), ela divide-se em quatro grandes capítulos: a caracterização da discrecionalidade administrativa no planeamento urbanístico (Capítulo I), os limites específicos da discrecionalidade de planeamento urbanístico (Capítulo II), a discrecionalidade administrativa na formulação, tramitação e aprovação dos instrumentos de planeamento urbanístico (Capítulo III) e a discrecionalidade administrativa nas determinações do planeamento e o seu controlo judicial (Capítulo IV).

Olhando agora mais atentamente para o seu conteúdo, o primeiro tema que aparece tratado, na parte relativa à *Teoria Geral da Discrecionalidade Administrativa*, é o do próprio conceito de discrecionalidade como categoria geral do direito. Com efeito, sendo a discrecionalidade administrativa apenas uma espécie dentro do género mais amplo que é a discrecionalidade, a obra parte, em primeiro lugar, da categoria genérica para apenas de seguida se debruçar sobre o conceito de discrecionalidade administrativa. A análise do fenómeno genérico da discrecionalidade é feita a partir da perspectiva da teoria geral do direito (Kelsen, Hart, Dworkin, MacCormick) de onde se extraem dois conceitos diferentes de discrecionalidade: a *discrecionalidade forte* (em que o agente age discricionariamente e tem discrecionalidade porque o ordenamento jurídico lhe quis atribuir um poder de decisão, no sentido de que há-de realizar escolhas desvinculadas de normas, conforme critérios que não figuram nas mesmas) e a *discrecionalidade instrumental* (em que o agente também realiza escolhas, mas dentro de uma esfera delimitada de forma imprecisa ou indeterminada pelo ordenamento jurídico, escolhas essas de acordo com princípios que não constam daquelas normas, mas não se podendo afirmar que a intenção do ordenamento jurídico tenha sido a de lhe atribuir um poder próprio de decisão). A discrecionalidade instrumental é, pois, apenas uma margem de manobra que a norma deixa e que pode aparecer em diferentes graus.

No que concerne à *discrecionalidade administrativa* a Autora desta obra assume uma tripla posição. Em primeiro lugar, uma posição *descritiva*, descrevendo as principais concepções actuais sobre a discrecionalidade administrativa: a que vê a discrecionalidade administrativa como um fenómeno que surge como consequência da relação entre a actividade administrativa e a lei; a que a perspectiva como fruto do controlo judicial da actividade administrativa; a que a vê como o âmbito de

independência da Administração perante o poder judicial e o poder legislativo; a que a concebe como um núcleo de decisão final delimitado por duas variáveis que são a lei e a actividade dos tribunais e, por fim, a que vê na discricionariedade o dever de adoptar a solução mais adequada ao interesse público numa tentativa de superar a concepção tradicional que vê na discricionariedade o poder de escolha de soluções todas igualmente válidas do ponto de vista da lei. Em segundo lugar, assume a autora uma posição *crítica*, já que após a exposição de cada uma daquelas concepções faz uma apreciação avaliativa do valor e limites de cada uma. Por fim, assume uma posição *construtiva*, na medida em que se propõe apresentar um conceito geral de discricionariedade administrativa. Para este efeito parte do conceito mais amplo de discricionariedade que vem da teoria geral do direito, que funciona como um supra-conceito de acordo com o qual a discricionariedade, quer se trate de discricionariedade legislativa, judicial ou administrativa, consiste na adopção de soluções de forma desvinculada do ordenamento jurídico realizando-se numa eleição entre diferentes alternativas e utilizando para isso critérios valorativos extra jurídicos. Trata-se, pois, de um *modus operandi* pelo que, de uma perspectiva puramente formal, todos os fenómenos de discricionariedade são iguais existindo apenas uma diferença de grau. Sendo as diferentes formas de discricionariedade iguais do ponto de vista formal, a diferença entre elas só pode ser feita de uma perspectiva substancial ou material que atende à função ou ao tipo de actividade que se está a levar a cabo no seu exercício. Deste modo, torna-se necessário estabelecer a distinção entre a *discricionariedade legislativa* (a mais ampla de todas que implica a criação de normas jurídicas gerais e abstractas e a escolha dos fins e meios pertinentes dentro de um amplo marco de opções políticas com os únicos limites que se estabelecem na Constituição e que se designa aqui de *discricionariedade fortíssima* ou *discricionariedade política*), a *discricionariedade judicial* (a mais restrita de todas e que consiste apenas na concretização e aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, sendo apelidada de *discricionariedade débil* ou *jurídica*) e a *discricionariedade administrativa* (que surge numa posição intermédia). No que concerne a esta, torna-se necessário distinguir, na perspectiva desta obra, os casos em que o ordenamento jurídico pretende realmente atribuir ao sujeito administrativo discricionariedade com a finalidade de que este seja titular de um poder de decisão consistente na escolha entre diferentes alternativas válidas (*discricionariedade forte*), daqueles casos em que a Administração tem a possibilidade de tomar uma decisão dentro de uma margem de manobra que surge como consequência de indeterminações, vaguidades ou outro tipo de imperfeições da regulação jurídica e que aqui se apelida de *discricionariedade instrumental*. A diferença entre elas radica na existência ou não de um poder de escolha atribuído intencionalmente pelo ordenamento jurídico à Administração. No primeiro caso, a Administração dispõe de um poder de decisão final, o que significa que as escolhas por ela efectuadas não são susceptíveis de substituição posterior por outros órgãos a não ser quando a decisão se encontre fora do marco de eleição juridicamente permitido; pelo contrário, quando a Administração actua na interpretação e na aplicação do ordenamento jurídico a pressupostos de facto concretos, isto é, quando actua com discricionariedade instrumental, não fica impedido o controlo posterior dos tribunais podendo estes, mesmo, fazer substituir a decisão administrativa pela sua própria decisão. O objecto de estudo sobre o qual se debruça esta obra é apenas a primeira das discricionariedades indicadas, que é caracterizada pelo *poder de decisão atribuído pelo ordenamento jurídico à Administração e que se traduz num poder de escolha entre diferentes alternativas dentro dos limites do ordenamento jurídico, de tal forma que a Administração vem legitimada para a adopção e desenvolvimento de uma determinada política de actuação*.

Delimitado o âmbito da discricionariedade administrativa chama-se de seguida a atenção para o facto de ela esconder actuações administrativas muito diversas nas quais o âmbito e a natureza da decisão que a administração deve adoptar varia substancialmente. Assim, sob o conceito de discricionariedade administrativa escondem-se distintos modos de adopção de decisões, cada um dos quais com uma lógica própria e que serve para cumprir funções distintas. É a identificação desses distintos modos de adopção de decisões discricionárias que vem determinado logo no início do Capítulo II da Parte I relativa à *fenomenologia da discricionariedade administrativa*. Numa das partes que consideramos mais importantes desta obra, visa fazer-se uma aproximação a algumas das formas de discricionariedade administrativa, identificando-se pelo menos cinco situações em que a Administração actua com a designada discricionariedade forte: as situações em que a Administração actua com uma certa margem para a determinação da decisão mais adequada ao interesse público, atendendo, entre outros factores, às circunstâncias concorrentes em cada caso concreto; as situações em que a Administração age com margem para a determinação dos critérios que hão-de guiar a sua própria actuação; as situações em que a Administração tem uma margem de acção para a execução de programas; as situações em que a Administração tem uma margem para a criação de regras ou normas, aquilo que aqui se designa de discricionariedade administrativa normativa ou discricionariedade regulamentar e, por fim, as situações em que a discricionariedade administrativa é vista como a margem para a determinação ou concretização de fins. Após analisar todo este conjunto de casos que se considera como fazendo indubitavelmente parte da fenomenologia da discricionariedade administrativa, discute-se, de seguida, dois casos problemáticos quanto a saber se fazem ou não parte do âmbito da mesma: a *aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados* e o problema da *discricionariedade técnica* (ou, como aqui se prefere chamar-lhe, das margens para a realização de apreciações e acções técnicas). Trata-se de questões para as quais não se dá nesta obra uma resposta unívoca dado que abrange situações muito diversas (aqui analisadas) em função das quais a resposta pode ser positiva ou negativa.

Após a análise das situações que se integram no âmbito da discricionariedade administrativa, segue-se uma das partes de maior importância e relevo desta obra que é a parte relativa aos *limites jurídicos da discricionariedade administrativa*. Analisam-se aqui não todos os limites à discricionariedade administrativa mas apenas alguns deles que têm uma especial transcendência na configuração geral do âmbito da discricionariedade. Trata-se de uma parte bastante desenvolvida com indicação, designadamente, das mais recentes posições doutrinárias sobre estes limites e o entendimento que deve ter-se de cada um deles. Aparece-nos assim a indicação dos seguintes limites jurídicos à actividade discricionária da administração: a proibição do arbítrio; a proporcionalidade (nas suas várias vertentes da adequação, da intervenção mínima e da proporcionalidade em sentido estrito); os princípios da eficácia, da eficiência e da economia dos recursos económicos; os princípios da racionalidade e da razoabilidade; o fim como limite imanente ao poder discricionário; os limites decorrentes da própria actuação administrativa (os precedentes administrativos e a auto limitação através dos critérios guia) e ainda os antecedentes, dados, informações e provas que figuram no processo administrativo como limites ao exercício do poder discricionário. Trata-se, como dissemos, de uma das partes de maior importância desta obra ao apontar novos limites jurídicos à actividade discricionária da Administração que até há muito pouco tempo não eram entendidos como tal (é o caso dos princípios da eficiência, da razoabilidade, etc, etc.). Daí a importância de uma leitura atenta desta parte da obra para podermos entender quais têm sido as mais recentes evoluções doutrinárias em matéria de limites ao poder discricionário da Administração e do conteúdo jurídico que deve ser dado a cada um desses limites, em especial os mais recentes como os princípios da eficiência, da racionalidade, da razoabilidade.

No Capítulo III da Parte I.^a aborda-se outra das questões importantes da discricionariedade administrativa em geral que é a do seu *controlo judicial*. A Autora da obra começa por nos apresentar os termos do debate em Espanha que mostra a doutrina científica e jurisprudencial divididas entre os que reclamam um campo de decisão administrativa isenta de controlo judicial como condição necessária para que a Administração possa eficazmente realizar as funções que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico e os que defendem um mais intenso controlo judicial com novas técnicas de controlo do poder discricionário que podem levar mesmo, em determinadas circunstâncias, à substituição da decisão administrativa pela decisão judicial. Também aqui se discute uma questão polémica que esteve subjacente à problemática do controlo judicial da actividade discricionária, que é a de saber se o facto de as entidades administrativas terem legitimidade democrática não torna impossível um controlo por parte dos tribunais, sendo a resposta aqui adiantada, na senda do defendido por Garcia de Enterría, negativa. Desta parte da obra resulta que não estão claros em Espanha os limites da discricionariedade administrativa e correlativamente do controlo judicial da mesma. O surgimento de novas técnicas de controlo judicial, a consideração para esse efeito de princípios gerais de direito até aqui inexistentes (v.g. racionalidade, razoabilidade) e a expansão e utilização de outros princípios (v.g. proporcionalidade), determinaram o aparecimento de novas interrogações e dúvidas em relação ao controlo judicial da discricionariedade administrativa o que deixou no ar a questão de saber se efectivamente a utilização das actuais técnicas de controlo não apresentarão perigos importantes ou se, pelo contrário, permitem realizar um controlo efectivo da discricionariedade administrativa sem colocar problemas de maior. Assim, torna-se importante proceder ao exame das técnicas de controlo que têm vindo a ser utilizadas e a verificação da sua adequação na fiscalização da discricionariedade, o que aqui é feito e para o que se realiza um importante trabalho de recolha de decisões judiciais ilustrativas da forma como tal controlo se tem vindo a concretizar em Espanha. Assim, é-nos apresentada a forma como actualmente os tribunais espanhóis têm vindo a fazer o controlo dos limites da discricionariedade administrativa apresentando-se as seguintes técnicas: a interpretação judicial como via de controlo da compreensão e exercício de poderes discricionários por parte das autoridades administrativas; o controlo judicial dos factos determinantes (do controlo da sua existência ao controlo da sua valoração ou apreciação); as técnicas da adequação ao fim — o desvio do poder; as técnicas do controlo da racionalidade das decisões discricionárias (desde o controlo da coerência interna das decisões até ao controlo do processo de tomada de decisões); as técnicas do controlo do arbítrio (controlo da existência e suficiência dos motivos); as técnicas do controlo da razoabilidade; e as técnicas do controlo da proporcionalidade (com indicação das técnicas de controlo da idoneidade da decisão, da escolha alternativa menos gravosa e da proporcionalidade em sentido estrito). Esta é outra das partes desta obra de enorme importância, desde logo pela descrição da forma como cada uma destas técnicas de controlo do poder discricionário deve ser realizada, apresentando-se, em relação a algumas delas, uma perspectiva crítica ao chamar-se a atenção para a necessidade de que este controlo não se torne tão intenso que possa levar ao controlo da oportunidade da própria decisão discricionária. É o que acontece na análise do controlo da razoabilidade da decisão discricionária, devendo, na perspectiva desta obra, fazer-se um esforço de encontrar critérios mais concretos e precisos que permitam o seu funcionamento, uma vez que ante a inexistência de pautas e parâmetros que guiem o juiz na hora de decidir se uma decisão é ou não irrazoável, este acaba por se ver obrigado a recorrer aos seus próprios critérios e convicções, com os riscos de subjectividade e de incerteza da solução a que se irá chegar. Por outro lado, a importância desta parte da obra deve-se ao facto de nos dar a indicação de um conjunto de decisões dos tribunais espanhóis em que se tem lançado mão destas mais recentes técnicas de controlo dos poderes discricionários.

Uma questão para a qual se chama aqui também particular atenção e que tem funcionado, na perspectiva desta obra, como um obstáculo a um eficiente controlo judicial do exercício de poderes discricionários, é o do ónus da prova no contencioso administrativo, já que recaindo este sistematicamente sobre o recorrente (o administrado), na maior parte das vezes não é possível a efectivação do controlo judicial dos poderes discricionários. Deste modo, entende-se que se em determinadas situações for difícil aos administrados provar os dados em que apoia a sua pretensão de ilegalidade mas à Administração for fácil provar a conformidade ao direito da decisão que tomou, as regras gerais quanto ao ónus da prova devem poder ser alteradas e invertidas.

Por fim, aprecia-se ainda a questão dos limites do controlo judicial, designadamente do poder de substituição pelos tribunais das decisões discricionárias da Administração. A ideia tradicional tem sido a de que quando a Administração actua no exercício de poderes discricionários os tribunais não se podem substituir a ela devendo limitar-se a anular a decisão e reenviar o assunto à Administração para que esta adopte uma nova decisão conforme ao ordenamento jurídico. Segundo alguns autores, os tribunais espanhóis têm estado, indevidamente a proceder a substituições de decisões administrativas discricionárias, estando, por isso, a imiscuir-se na esfera de decisão que o ordenamento reservou à Administração. A este propósito, examinam-se alguns casos em que presumidamente se tem estado a verificar um controlo excessivo consistente na substituição judicial da decisão discricionária que corresponde à Administração, daí se retirando duas conclusões. A primeira é a de que as decisões administrativas adoptadas discricionariamente podem ser objecto de substituição pelos tribunais em determinados casos, que são aqueles em que a margem de discricionariedade é já muito reduzida sendo possível que, não obstante existir um espaço de eleição próprio da Administração, as circunstâncias do caso concreto e os princípios gerais de direito limitem de tal forma o exercício do poder discricionário que acabam por apontar para uma só solução como a mais adequada para o interesse público. Se neste caso o particular, para além da anulação, tiver solicitado também ao tribunal o reconhecimento da situação jurídica individualizada, o tribunal poderá declarar qual a solução correcta. Quando, pelo contrário, das circunstâncias do caso, dos dados existentes no expediente, da conduta da Administração e do conjunto do ordenamento jurídico não for possível concluir que há uma só solução, os órgãos judiciais deverão limitar-se a anular a decisão administrativa, não a podendo substituir já que tal seria contrário ao princípio da separação de poderes e suporia uma evidente intromissão judicial na esfera de atribuições que cabem única e exclusivamente à Administração. Passamos depois para a Parte II desta obra, relativa ao *Controlo da Discricionariedade no Planeamento Urbanístico* começando por se fazer, no Capítulo I, uma descrição do actual sistema de planeamento em Espanha, com especial relevo para a referência aos tipos de planos urbanísticos e ao âmbito de discricionariedade própria de cada um deles, sendo um aspecto essencial para precisar tal âmbito as relações que entre eles se estabelecem, o que aqui se analisa com algum pormenor. De seguida caracteriza-se a discricionariedade de planeamento urbanístico mediante o seu enquadramento na fenomenologia da discricionariedade administrativa. Deste modo, o poder de planeamento corresponde ao tipo de discricionariedade que se designou de *discricionariedade normativa*. Os planos urbanísticos são normas emitidas por entidades dotadas de autonomia administrativa, ou seja, no exercício de uma competência própria, pelo que não realizam uma função de mero complemento da vontade legislativa mas de consagração de uma vontade distinta que se concretiza na escolha de um determinado modelo territorial pelos representantes das corporações locais. A entidade planificadora dispõe, assim, de uma ampla discricionariedade para optar por uma das múltiplas alternativas de ordenamento possíveis. Por outro lado, a discricionariedade de planeamento pode também inserir-se naquilo que anteriormente se havia identificado como *margem para a*

determinação ou concretização de fins (já que a legislação urbanística remete por vezes a concretização e determinação dos fins à entidade administrativa) e como *margem de acção para a execução de um programa*. O poder de planeamento urbanístico confere à Administração uma discricionariedade especialmente extensa a ponto de alguns autores chegarem mesmo a defender a sua redução ou a defender que se trata de um fenómeno distinto da discricionariedade propriamente dita.

No Capítulo II da Parte II analisam-se os limites específicos da discricionariedade de planeamento: os *standards* urbanísticos; o carácter regulador das licenças urbanísticas; os documentos dos próprios planos (em especial a Memória e o Estudo Económico-Financeiro); a força normativa do facto; os convénios urbanísticos e os direitos e interesses dos particulares, analisando como é que especificamente cada um deles introduz limites precisos à discricionariedade de planeamento urbanístico.

No Capítulo III relativo à *Discricionariedade Administrativa na Formulação, Tramitação e Aprovação dos Instrumentos de Planeamento* (que se limita aos planos urbanísticos em sentido estrito tal como se encontram regulados na legislação estatal), começa-se pela questão de saber se a decisão de elaborar um plano é ou não uma decisão discricionária (sendo a resposta em princípio afirmativa mas admitindo que existem situações em que ela seja negativa, sendo tal decisão vinculada). No que concerne à tramitação e aprovação do planeamento urbanístico analisam-se as várias fases da elaboração dos planos urbanísticos para verificar se estamos ou não perante trâmites obrigatórios (necessários) e, portanto, para saber até que ponto é que a Administração dispõe de discricionariedade. Faz-se igualmente a identificação daquele tipo de actos do procedimento de planeamento que, no seu exercício, envolvem juízos de discricionariedade, como é o que acontece designadamente com a aprovação inicial do plano e com a sua aprovação provisória já que a Administração, por questões de legalidade mas também por razões de oportunidade, pode não aprovar o plano. No que concerne à aprovação definitiva do plano (que corresponde à nossa ratificação dos PMOT) discute-se, para além do mais, a questão da sua natureza jurídica.

No Capítulo IV, último capítulo desta obra, analisam-se as várias situações em que a Administração dispõe de discricionariedade na determinação das próprias previsões do plano verificando-se para cada uma delas como é que os tribunais têm vindo a efectuar o controlo judicial dessa discricionariedade, designadamente mediante o recurso às novas técnicas de controlo do poder discricionário. Deste modo, analisa-se a discricionariedade de que dispõe a Administração na classificação dos solos, na sua qualificação, na determinação de espaços livres, no estabelecimento e localização de aparcamentos, na previsão, configuração e traçado das vias públicas e de comunicação, na determinação da configuração e dimensionamento de parcelas edificáveis e na inclusão de terrenos nos catálogos. Trata-se de uma parte muito importante desta tese na medida em que, em função do que se encontra regulado no ordenamento urbanístico espanhol, se vai analisando se em cada uma destas situações existe verdadeira discricionariedade (discricionariedade forte) ou apenas discricionariedade instrumental, analisando-se, em função disso, se o tipo de controlo judicial que os tribunais têm vindo a efectuar está ou não adequado ao respeito de um espaço de decisão próprio da Administração ou se os tribunais não se estarão a imiscuir nesse espaço. A obra termina com as conclusões sobre o controlo judicial que se tem efectuado das determinações do planeamento urbanístico analisadas, no sentido de que não se têm verificado em Espanha excessos de controlo judicial das decisões discricionárias de planeamento.

Fernanda Paula Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

