

Actuações Urbanísticas Informais e “Medidas de Diversão” em Matéria de Urbanismo

RESUMO

A necessidade de modernização do direito administrativo tem sido, ultimamente, uma tônica dominante. Esta preocupação tem dado origem a inúmeras propostas a que aqui nos pretendemos referir em breves palavras, em particular no que respeita ao direito do urbanismo. Tributário que é em sua grande parte da doutrina e exemplos germânicos, este estudo não dará, em alguns casos, resposta a angústias presentes dos leitores nacionais, mas apenas sugestões de iure constituendo. Todavia, o mesmo não se pode dizer no que às actuações informais concerne, pois, porque informais, não se encontram amarradas às malhas das diferentes legislações nacionais.

1. Actuações Informais – breve noção

Dedicaremos umas breves palavras iniciais para explicarmos o que sejam *actuações informais*. Elas corresponderão, como já tivemos oportunidade de afirmar noutro lugar, a práticas e actividades da Administração que não possam ser reconduzidas a categorias legais de actuações administrativas¹. Apesar da sua difícil captação, pois a informalidade traz consigo multiplicidade, a verdade é que poderemos agrupá-las em duas grandes categorias: as que substituem procedimentos administrativos e aquelas que, com diferentes objectivos, se integram dentro dos próprios procedimentos.

A razão de ser do seu surgimento e da sua proliferação na prática reside nas novas exigências que hoje se colocam ao direito administrativo e para o qual as suas estruturas legais não parecem apresentar uma resposta eficaz. Afinal, parece ser esse também o motivo da “fuga para o direito privado”². Até aqui, velhos problemas!

As novas respostas surgem com a admissibilidade, ou não, destas novas categorias, com a substituição do tradicional agir da Administração por esquemas a que não estamos habituados: a substituição de actos de autoridade que incorporam injunções por simples recomendações ou avisos³; a substituição de um processo de licenciamento por um acordo de estabelecimento; a própria substituição de uma decisão judicial pelo recurso a uma jurisdição privada.

Este tema é particularmente aliciante, tanto quanto difícil de abordar, precisamente porque aqui a realidade é sempre mais rica que o discurso jurídico. É verdade que não podemos com isto admitir que “o direito ande a reboque dos factos”, poi isso constituiria uma violação gritante do princípio da legalidade, por mais ampla que admitíssemos ser a sua compreensão. Todavia, também é verdade que, nalguns casos, o jurista é muitas vezes confrontado com situações consumadas ou para as quais não existem alternativas de escolha.

Neste contexto, teremos todo o interesse em dedicar algumas palavras à problemática que esta questão levanta no direito urbanismo, e ver, pela experiência comparada, que também este é um domínio

florescente neste tipo de actuações. Faremos aqui referência, não apenas às actuações informais, mas ainda, por razões de contextualidade discursiva, àquilo a que poderemos chamar “medidas de diversão” em matéria de urbanismo, ou seja, novas formas de actuação que escapam ao tradicional agir da Administração.

2. “Desregulação”, “Aceleração e Simplificação de procedimentos” e “Privatização” como lemas de uma nova filosofia jurídica

Assistimos ao emergir de novos paradigmas jurídicos. Sem descuidar a tradicional exigência garantística do direito público em geral e do direito administrativo em particular, a verdade é que hoje se exige mais do que isso, exige-se eficiência, celeridade, eficácia. Como corolário, apresentam-se fenómenos de desregulação⁴ e concertação⁵, conducentes à simplificação procedimental, por um lado, e fenómenos de privatização conducentes a um aumento de regulação, por outro. Assim, se o primeiro conduz a uma redução das regras ou até à busca de soluções alternativas não previstas nelas, o segundo conduzirá, pelo contrário, à criação de novas regras⁶.

Antes de prosseguirmos, convém salientar que toda a simplificação procedimental que possa ser levada a efeito neste âmbito conduzirá a uma nova compreensão do princípio constitucional da socialidade ou do Estado Social e a uma maior intervenção da sociedade naquilo que até aqui eram apenas tarefas estaduais. De facto, o Estado já não cumprirá uma tarefa prestacional, pois ela já não é necessária ou foi transladada para a esfera privada, mas terá ainda um papel importante no controlo destas actividades. Após a “desregulação”, ou no controlo dos privados que as executam após a privatização⁷. Isto significará, necessariamente, um aumento do risco. Risco compreendido no contexto da sociedade de risco de que falava Beck⁸, ou seja, *grosso modo*, o potencial de danosidade resultante das novas tecnologias avaliado num horizonte relativamente longínquo e no quadro de uma responsabilização pelas gerações futuras das gerações actuais. Compreensão do risco que aqui se mistura também com outras já clássicas como o risco financeiro, ou simplesmente o risco ocasionado pelo tipo de actividade exercida⁹.

Aplicando esta ideia ao direito do urbanismo, concluímos que diminuindo a intervenção do Estado no processo que envolve a realização de obras, aumenta, inevitavelmente, a responsabilidade dos particulares pela garantia das mesmas. O dono da obra fica mais liberto e poderá realizar os seus projectos com maior celeridade, mas também pode ter de responder mais gravosamente – tudo se resume a saber se ele estará disposto a aceitar o risco.

No contexto do urbanismo, devido às características específicas deste ramo do direito, que desde sempre tem exigido uma panóplia vasta de regulamentação, a “desregulação” deve ser entendida como um conceito complexo. Assim, ela significará não apenas uma redução da produção normativa, mas, simultaneamente, uma redução da própria complexidade na regulamentação de algumas matérias, a fim de possibilitar a sua aplicação eficiente¹⁰.

3. O Direito do Urbanismo no contexto da reforma – um olhar crítico sobre as “causas do estado do edifício”

O direito do urbanismo não ficou imune ao contexto actual de simplificação e aceleração dos procedimentos que ganha cada vez mais adeptos, especialmente no direito público.

Se começarmos as nossas interrogações por tentar dar resposta à questão da origem da complexidade neste específico ramo do direito, teremos de começar por indagar as razões que levaram à sua

autonomização e as situações para quais ele pretender avançar respostas. Acompanhamos aqui a tese de *Alves Correia* que define direito do urbanismo como “o conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização deste bem”¹¹. Seguindo esta ordem de pensamento, verificamos que o direito do urbanismo tem de ser necessariamente exigente nas soluções que avança, pois ele pressupõe sempre: em primeiro lugar, um estudo aturado de problemas como o equilíbrio entre as exigências sociais resultantes da necessária articulação entre o local da residência e o local de trabalho — é imposição constitucional para o Estado que “*programe e execute uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social*”¹² — depois, não pode esquecer a garantia do “*direito dos cidadãos a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*”¹³, que obriga mais uma vez o Estado, aqui com “o *envolvimento e a participação dos cidadãos*” a, entre outras incumbências, “*ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento socio-económico e a valorização da paisagem*”¹⁴. Enfim, articulação de desideratos constitucionais a que podemos ainda somar tarefas de âmbito legislativo como as relativas ao impacte ambiental, preservação e índices de ocupação dos solos, preservação do património, recursos hídricos e áreas protegidas, protecção contra elementos poluentes e ruído, etc., etc.¹⁵. Por aqui já se conclui que a concessão de uma licença impõe a articulação de diversos substractos temáticos que podem justificar sérios atrasos no processo. Todavia, não podemos cingir-nos a uma análise das exigências externas, é necessário atender também às exigências internas actuais. Reportamo-nos ao papel dos “vizinhos urbanísticos” que cada vez reclama maior atenção por parte do legislador, no sentido de lhes conceder uma verdadeira protecção jurisdicional efectiva. A mesma não pode estar circunscrita à ténue densidade concedida à categoria dos interesses difusos no que respeita a um acesso à justiça administrativa¹⁶, a par de todo um outro conjunto de regras técnicas relativas à segurança de interesses pessoais e patrimoniais resultantes das já clássicas relações de vizinhanças dos direitos reais (proibição de emissões de fumo, ruídos e factos semelhantes do art. 1346.º C. Civ., servidão de vistas art. 1362.º C. Civ., estilicídio art. 1365.º C. Civ., etc.). Refira-se a este propósito que a própria inclusão de regras técnicas é, só por si, um obstáculo de monta que muito contribui para aumentar a complexidade deste ramo de direito. Os interesses económicos que surgem inevitavelmente aliados às questões técnicas obrigam à consagração de soluções processuais dinâmicas de estrutura aberta, ou seja, por forma a que cada avanço tecnológico reconhecido não obrigue a uma reformulação integral dos diplomas legais¹⁷.

Por aqui já antevemos que o Estado de Direito Constitucional sente sérias dificuldades em articular todas as dimensões: por um lado, deve assegurar a certeza e a segurança jurídica (em matérias como o direito do urbanismo onde se movimentam grandes verbas de investimento, essa é uma exigência fulcral), por outro lado, deve possibilitar a renovação das indicações técnicas, especialmente quando importem uma diminuição de custos para a construção, de modo a garantir o “direito à habitação”. Isto, sem nunca esquecer a necessidade de acorrer também às exigências ambientais e de conservação da Natureza e recursos naturais, tarefas para as quais este ramo de direito também se mostra adequado. De entre várias opiniões críticas ao estado actual do direito do urbanismo que poderíamos aqui citar, parece-nos especialmente pertinente a sistematização de *Ritter* quando sintetiza três principais defeitos: 1) em primeiro lugar, o excesso de regulamentação que, por sua vez, também é demasiado detalhado; 2) depois um ineficaz sistema de fiscalização e, 3) por último, uma deficiente qualificação e definição de interessados ambientais¹⁸.

4. Algumas soluções apontadas

No âmbito da modernização do direito do urbanismo, especialmente no que toca à “desregulação” — redução da extensão e complexidade das leis — não encontramos, de um modo geral, nada de verdadeiramente original no que concerne às medidas dos outros ramos do direito público tomadas no sentido da aceleração dos procedimentos e da modernização do Estado e da Sociedade (recrutamento e formação de pessoal qualificado, meios técnicos actualizados, redução de prazos, etc.). Haverá, porém, que salientar algumas especificidades, tais como a redução de tarefas nos processos, um pouco na esteira do que *Max Weber* já tinha apontado como sendo uma consequência inevitável da sociedade industrial. A racionalização conduz à simplificação, o que aplicado ao contexto actual de sociedade de informação poderá significar o seguinte: à medida que a informação aumenta (por influência das novas tecnologias) reduz a necessidade de “vigilância” por parte da Administração, sempre que a actividade desenvolvida esteja definida numa forma normativa clara¹⁹.

É possível encontrar hoje um debate generalizado sobre as propostas avançadas no sentido da aceleração de procedimentos no direito administrativo geral. Racionalização, aceleração, mediação, “*Projektmanagement*” no domínio dos grandes empreendimentos são apenas alguns exemplos a que o direito do urbanismo não é também alheio. Pormenorizamos a análise por este ser um ramo de direito especial, com um potencial fértil para testar as novas soluções alvitadas pelos defensores da informalização. A verdade é que se cruzam aqui os interesses económicos, com os interesses sociais, ambos simultaneamente sob uma óptica individual e colectiva.

Mais do que eliminar tarefas dentro dos procedimentos, surgem propostas de eliminar a própria necessidade de alguns procedimentos, isto é, de que em certas situações seja dispensável uma pronúncia da Administração (ex. no caso de construção de estábulos, canis, barbacois, etc.), por se tratar, por exemplo, de pequenas obras internas, ainda que fisicamente situadas no exterior da habitação. Por aqui vemos que “desregulação” não significa privatizar, no sentido de transladar tarefas e momentos decisórios para os particulares, mas tão-só simplificar e retirar carga autoritária a procedimentos sem impacte.

Porém, onde a originalidade se começa verdadeiramente a fazer notar é no que toca a novas soluções de repartição de tarefas entre Estado e Sociedade, o que vale por dizer entre Administração e particulares — privatização.

4.1. A Privatização e a privatização do procedimento

Falar em privatização equivale a perguntar quando e de que modo poderão os particulares assumir tarefas públicas, substituindo-se à Administração. A resposta assenta numa determinação, feita num primeiro momento, sobre aquilo que deva ser considerado como o núcleo das tarefas públicas, ou seja, aquilo que uma vez transladado para a esfera dos particulares prejudicaria e poria em risco o interesse público. A partir dessa delimitação, já se torna simples efectuar a repartição: é admitida até ao limite em que não viole o núcleo das tarefas necessariamente cometidas aos poderes públicos. No fundo, não é lícito pensar que as possibilidades de privatização são ilimitadas. Todavia, a verdade é que há aqui uma margem de apreciação do que seja esse núcleo²⁰, cabendo ao legislador levar a efeito a densificação no respeito que lhe é devido por todos os outros princípios jurídico-constitucionais, aqui também carreáveis.

De notar que não estamos a falar unicamente em “privatização” no sentido de transferência de tarefas públicas para o sector privado. Assim, teremos de distinguir, antes de prosseguirmos, a privatização

denominada material (*materiellen Privatisierung*)²¹, da “privatização formal”, (*formelle Privatisierung*)²², da privatização financeira (*Finanzierungsprivatisierung*)²³, da prossecução por privados de tarefas públicas (*Beleihung*) e da privatização do procedimento (*Verfahrensprivatisierung*)²⁴. Descodificando simultaneamente aquelas que correspondem a verdadeiras formas de privatização, daquelas que serão apenas formas impróprias desse fenómeno.

A “privatização material” (*materielle Privatisierung*) pressupõe uma redução no sector público, pois nela existe uma transferência de tarefas públicas para a esfera privada, em que se altera a sua própria substância para privada²⁵. Dentro desta privatização teremos, contudo, de distinguir entre: 1) “privatização organizatória” (*organisatorische Privatisierung*) quando a Administração não se liberta de uma determinada tarefa, mas serve-se dos privados para a sua prossecução através da criação de mecanismos próprios e, conseqüentemente, apesar do prosseguimento das tarefas ser efectuada por privados, a responsabilidade permanece na esfera pública (é o caso clássico da concessão); 2) “privatização funcional” (*funktionellen Privatisierung* ou *Teiprivatisierung*) quando não apenas a execução das tarefas é privada, mas a própria competência para a sua realização passa para a esfera privada, apesar de a sua natureza permanecer pública²⁶, isto é, a tarefa continua a ter natureza de tarefa pública, mas a sua prossecução é inteiramente realizada por privados. Esta distinção é particularmente difícil, tanto quanto necessária. A dificuldade reside na falta de um critério expresso que nos diga o que é privatizar. Sem termos ainda aprofundado a questão, com rigor que a mesma merece, parece-nos que para arrumarmos os conceitos, no âmbito deste estudo, o mais correcto é definirmos duas hipóteses: 1) se por privatizar entendemos transladar tarefas para o sector privado com a conseqüente redução do sector público então “privatização funcional” e “privatização material” não se diferenciam, pois em ambas há redução do sector público; 2) se, ao invés, entendermos que privatizar mais do que reduzir o sector público significa uma alteração na própria natureza das tarefas transladas para o sector privado²⁷, que assim passam de públicas a privadas, então a privatização material e a privatização funcional são distintas e a verdadeira privatização é apenas a material²⁸. Quanto à “privatização formal” ou *falsa privatização*, diremos apenas que se processa dentro do aparelho estadual, é nele que o Estado actua sob uma forma, ou seja, “apenas a organização da tarefa e não a tarefa ela própria, é privatizada”²⁹.

Por seu turno, a *Beleihung* corresponde ao exercício, em nome próprio, de tarefas públicas, por pessoas de direito privado (pessoas individuais ou jurídicas), com consentimento público (este deve resultar da lei ou ter nela o seu fundamento)³⁰. A grande questão aqui é saber se a *Beleihung* corresponderá apenas às situações em que o exercício dessas tarefas é feito em nome próprio, ou pelo contrário, se identifica na íntegra com a figura da concessão³¹.

Por último, quanto à “privatização do procedimento” (*Verfahrensprivatisierung*) diremos que para nós temos como mais correcto afirmar que se trata apenas de uma privatização das fases procedimentais, onde a decisão final retorna à esfera pública, ou seja, apenas se transferem para a esfera privada alguns elementos que conduzem à decisão, sem que a natureza material da tarefa pública seja alterada³². Assim, no rigor do conceito, esta forma de privatização não requereria sequer qualquer controlo deste procedimento, porquanto o próprio procedimento não deixa de estar nas mãos do Estado na medida em que a decisão do mesmo é sempre pública³³.

Numa apreciação global, diremos que esta última, a *privatização do procedimento*, se coloca mais no plano prático e não tanto no plano dogmático como as restantes, ou seja, surge por uma necessidade emergente de o Estado dar resposta aos novos desígnios do direito e não tanto de uma escolha ou decisão de remeter tarefas ou competências para a esfera privada³⁴. Talvez por isso, não tenha também

o mesmo relevo e a mesma importância, pois não tem também o mesmo impacto na medida em que a fase decisória final é sempre do Estado. Todavia, é importante fazer um esforço dogmático no apuramento da diferença entre o acto formal de decisão do procedimento e os actos intermédios até à produção daquele, no fundo, entre decisão e procedimento, por forma a averiguar as verdadeiras implicações que a privatização deste acarreta³⁵.

A forma pela qual deveria ser operada a *privatização do procedimento* no domínio próprio do direito do urbanismo deu origem à sugestão de três modelos distintos: o modelo de segurança através de prerrogativas públicas (*Versicherungsmodelle mit staatlichen Vorgaben*), modelo de certificação (*Zertifizierungsmodelle*) — onde as fases em que se exigia a intervenção de autoridades administrativas na realização de exames/avaliações são agora substituídas pela intervenção de “*privados acreditados*” para o efeito, ou mesmo pela certificação de produtos³⁶; e, por último, um modelo de peritos (*Sachverständigenmodelle*)³⁷. Há na conjugação destes modelos, alguma semelhança com o que acontece com os “*auditores ambientais*” (*Umwelt-Audit ou Oko-Audit*). Aqui a Administração opera, por exemplo, através de um sistema de certificação de produtos, ou de publicação dos resultados de auditorias ambientais, sob a forma de “*esclarecimentos*” e deste modo consegue uma melhor aplicação das normas de direito do ambiente, através de mecanismos procedimentais desenvolvidos por privados³⁸. O mesmo se passa no direito do urbanismo, nos exemplos supra-mencionados, onde são privados que certificam o cumprimento de normas de segurança, de adequação ao plano, etc. Em ambos os casos encontramos, nas palavras de Lübbe-Wolff, instrumentos de auto-regulação da Administração³⁹ que assim, com economia de custos e através de pessoas qualificadas e direccionadas para as actividades que vão exercer, garante um rigoroso prosseguimento das tarefas, que continuam a ser públicas. Trata-se de aceitar os resultados dos actos de privados (ex. as avaliações dos auditores certificação dos produtos), obstando assim a uma repetição da prática dos mesmos, ou de outros equivalentes, no domínio da esfera de actuação pública. Desta forma, a Administração utiliza na sua actividade (ainda que indirectamente) pessoal altamente especializado, sem ter de alargar os seus quadros de funcionários ou suportar custos de formação de pessoal.

4.2. A Privatização no direito do urbanismo

O fenómeno da privatização é aparente no direito do urbanismo quando o procedimento de licenciamento é substituído por um “*procedimento através de comunicação*” (*Anzeigeverfahren*), mas a responsabilidade das entidades públicas permanece intacta. Fala-se ainda aqui em procedimento porque subsiste o controlo da Administração, não de forma preventiva como na licença, mas de forma concomitante, suscitando-se aqui e ali no momento de execução das tarefas pelos privados⁴⁰. Trata-se, quase sempre, de situações onde o investimento é reduzido. Um exemplo deste tipo foi introduzido na Alemanha, em Baden-Württemberg, pelo §52 LBO BW, de acordo com o qual não é necessário um procedimento de licenciamento para a construção de edifícios para habitação que não ultrapassem três fracções, desde que o projecto de construção seja assinado por um arquitecto e a Administração seja avisada do projecto duas semanas antes de que o imóvel seja habitado⁴¹. Neste caso concreto, parece-nos que o mais correcto é qualificar esta hipótese como “*privatização funcional*” (e não tanto como privatização do procedimento), pois as tarefas procedimentais passam todas para a esfera privada mantendo-se a sua natureza como pública, o que justifica a responsabilidade da Administração, ainda que complementada com a possibilidade de aplicação de sanções ao dono da obra. Já dúvidas não restam de que se trata de uma “*privatização funcional*” quando se trata de isenções de licença (*Freistellung*) ou dispensa (*Befreiung*). São casos excepcionais⁴², onde a iniciativa do procedimento é privada e apenas o seu acompanhamento pressupõe o controlo da Administração.

De facto, neste caso acredita-se que é dispensável a intervenção administrativa numa fase prévia, pois o dono da obra sabe que deve obedecer ao disposto no plano, e que, em caso de incumprimento do mesmo assumirá as consequências daí advindas. A determinação da construção e dos seus contornos continua a ser pública (expressa nas regras do plano), simplesmente é levada a efeito pelos particulares. O poder de fiscalização da Administração subsiste porque há muitos interesses em jogo (ex. vizinhos, terceiros, etc.). Todavia, a questão da responsabilidade e da assunção de riscos nestes procedimentos isentos de licenciamento coloca algumas dúvidas. Apesar de subsistir responsabilidade da Administração, a verdade é que há uma maior responsabilização do dono da obra, que assume todo o procedimento. Por esta razão, alguns autores afirmam que é importante garantir-lhe a possibilidade de escolha entre o procedimento tradicional precedido de licença e o novo, isento desta⁴⁵. De facto, as vantagens na aceleração dos procedimentos que conduzem à construção urbana revertem, em grande parte, a favor dos próprios donos da obra e, assim, parece justo que eles possam renunciar a esta possibilidade por forma a obter maiores garantias.

A distinção entre “*privatização funcional*” e “*privatização do procedimento*” acaba muitas vezes por se esbater no domínio do direito do urbanismo, pois ambas são, no fundo, manifestações de uma forma de procedimento cooperante entre Administração e privados (“*kooperativen Verwaltungsverfahren*”)⁴⁴.

No segundo caso supra-mencionado, a “*privatização funcional*” aproxima-se da “*Administração por objectivos*” (*Lean Administration*) e do procedimento por *management* (*Verfahrensmanagement*)⁴⁵. Mas nem tudo são flores na privatização do procedimento. É possível elencar algumas dificuldades que esta realidade levante, especialmente no que respeita à sua conformidade com alguns princípios jurídico-constitucionais. Na verdade, a Administração chama aqui os particulares a colaborar consigo, mas quem foi legitimada para a prossecução dessas tarefas foi apenas ela. Assim, sendo a Administração legitimada (ainda que indirectamente) pelo princípio democrático, pergunta-se se “essa procuração popular admite subestabelecimento?” Ainda que o admita. Não existirão tarefas indelegáveis? Não haverá limites também a esta privatização? Como se escolhem os particulares? Não haverá violação do Estado de Direito? e do Princípio do Estado Social? Já antes, neste texto, tivemos oportunidade de referir que a concepção tradicional de Estado Social não é compatível com estas novas formas de actuação da Administração, pois como é que, sendo as tarefas realizadas por privados, pode o Estado ainda assim assegurar a diminuição das desigualdades?⁴⁶

Outro exemplo interessante que podemos encontrar no direito alemão diz respeito à forma como a *lei-medida de execução dos planos* (*Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch – BauGB-MaßnG*) regula a iniciativa de elaboração do plano. De facto, o §7 Abs. 1 Nr.2 da *BauGB-MaßnG* permite que antes da aprovação de um plano pela “Administração” (*Gemeinde*) possa ter lugar um acordo informal relativamente ao seu conteúdo. Através deste expediente, a “Administração” aceita a proposta dos proponentes, a qual podemos considerar dividida em duas partes: uma relativa ao acordo do plano, e outra referente ao acordo de execução futura do mesmo. Todo o trabalho de elaboração da proposta é feito por privados em colaboração com a Administração, mas esta é quem dá forma final ao “acto”, consubstanciando assim um instrumento de privatização dos planos (*privatisiertes Planungsinstrument*)⁴⁷ — a sua proposta é inteiramente concebida por privados. Esta forma de actuação não pode ser reconduzida à figura do acto administrativo por força da existência de um acordo, nem do regulamento por não ter carácter geral, nem tão pouco à figura do “*acto resultante de colaboração*” (*Mitwirkungsakt*)⁴⁸, ela corresponderá antes a um produto de um processo comunicativo, informal

(a informalização aqui resume-se ao procedimento prévio à apresentação do plano, sob a forma de proposta, à Administração, pois a partir daí já aparece previsto e regulamentado na lei) e consensual entre a Administração e entidades privadas que determinam o resultado do procedimento⁴⁹. Para alguns autores este será mais um exemplo de privatização do procedimento, na medida em que a elaboração do plano é realizada por privados e apresentada à Administração a quem cabe, depois, a última palavra. Temos algumas dúvidas quanto a esta classificação, parece-nos que será um fenómeno de informalização e não de privatização, pois não se trata de a Administração pedir a colaboração de particulares, mas apenas de aceitar uma determinada situação, aparentemente de iniciativa espontânea, pelas vantagens que ela representa⁵⁰. Este mecanismo não é, em princípio, inconstitucional pois a aprovação ou não da proposta cabe na esfera de discricionariedade da Administração⁵¹. Este processo de colaboração entre a Administração e os particulares, integrado no contexto das novas formas do agir administrativo e que alguns autores incluem ainda dentro das formas de privatização parcial é admitido como sendo particularmente fecundo nos novos domínios do direito administrativo, tais como o ambiente e, claro está, o urbanismo⁵².

4.3. Procedimento e "Projektmanagement"

Um outro exemplo refere-se aos denominados "Projektmanagement", ou seja, grandes projectos referentes a obras extraordinárias (ex. a Eurodisney⁵³, ou a Expo-98) e que co-envolvem inúmeras tarefas administrativas a nível de licenciamentos e mesmo até de alterações e reestruturações de planos. De certo que nenhum dos dois exemplos mencionados poderia ter sido realizado, no prazo estabelecido, não fora a prossecução de um procedimento informal, porque fora dos esquemas legais clássicos, para a realização das obras. Assim, no "projektmanagement" apenas se definem os grandes objectivos a atingir e o procedimento que se percorre até os alcançar é mais flexível e formalmente menos exigente⁵⁴. Definimos como "Projektmanagement" a promoção activa da realização de um determinado projecto, especialmente através da organização, coordenação e mobilização de todos os seus intervenientes necessários, pessoas e instituições⁵⁵. Não se pense que esta é mais uma forma de privatização, pois o "management" tanto pode ser efectuado por privados como pela própria Administração⁵⁶, ela é apenas uma forma de simplificação (por concentração) e aceleração da realização dos projectos.

4.4. A concentração de procedimentos

Na realização de determinado tipo de construções concorrem vários procedimentos paralelos, por exemplo, para a construção de um estabelecimento industrial é necessário obter mais do que uma simples licença de construção dos edifícios, é também necessário um procedimento de avaliação de impacto ambiental e por último uma licença de funcionamento. Ainda entre nós, este exemplo não se complicaria tanto como na Alemanha, porque não dispomos ainda de legislação relativa a um procedimento para avaliação e protecção contra emissões de fumos, gases, etc. (*Bundesimmissionschutzgesetz*)⁵⁷.

Quais os principais problemas que estes procedimentos de licenças múltiplas ocasionam?

Em primeiro lugar, surge a conjugação dos efeitos vinculativos de cada uma destas pronúncias da Administração⁵⁸, pois é necessária uma pronúncia favorável em todas elas para que a indústria possa laborar⁵⁹. Na verdade, para o particular é indiferente quantos procedimentos são necessários, o seu único objectivo é ter o estabelecimento industrial em funcionamento e a conjugação dos efeitos de cada um destes momentos é-lhe, muitas vezes, estranha. Assim, a proposta reside na "concentração de licenciamentos" (*Genehmigungskonzentration*)⁶⁰ num só, permitindo o tratamento da questão de forma unitária. A solução pode ter também consequências perversas, especialmente no que respeita

à protecção de terceiros, o que aliás é tónica dominante em todas estas “propostas”. Não podemos esquecer que muitas delas têm como fundamento últimas motivações económicas (tornar mais concorrencial a actividade da Administração) e que isso pode ocasionar algumas debilidades em dimensões garantísticas. Disso trataremos na parte final deste trabalho.

4.5. Normas técnicas

As normas técnicas são outro exemplo de como os privados interferem determinadamente na esfera das decisões públicas. Por normas técnicas referimo-nos àquele conjunto de regras elaboradas por pessoas colectivas de direito privado, para as quais as normas legislativas remetem. Com isto pretende-se estandardizar as actividades, submetendo-as a um mesmo nível de exigência e a um mesmo padrão de controlo⁶¹. No domínio do urbanismo elas referem-se, a maior parte das vezes, a padrões de segurança que têm de ser cumpridos. Estas são elaboradas por privados, mas o seu controlo é levado a efeito pela própria Administração ou por entidades que esta nomeia como competentes para tal tarefa (entidades independentes reguladoras dos sectores), e só assim podem adquirir validade. *Piestzcker* vê nestas normas mais uma forma de privatização do procedimento⁶². Porém, aqui a intervenção dos privados revela-se mais polémica, pois é inegável o défice de democraticidade que estas normas comportam.

4.6. Os Convénios Urbanísticos

Não é muito fácil determinar e densificar o conceito de convénios urbanísticos, sob o ponto de vista em que o mesmo se mostra relevante para este nosso estudo. Em termos gerais, diremos que o termo alberga todos os convénios administrativos celebrados entre a Administração e os particulares no âmbito da actuação urbanística⁶³. Todavia, esta definição peca por defeito, pois não abrange os convénios formalizados entre as Administrações Públicas (“convénios interadministrativos”) e peca por imprecisão, pois não sabemos se apenas poderemos incluir os que resultem de uma actividade concertada prevista e regulada na lei, ou se, pelo contrário, também abrangerá os que resultem de uma actividade informal.

Não é nosso objectivo aqui discutir a questão, nem tão pouco esgotar as classificações possíveis de convénios urbanísticos de acordo com os sujeitos intervenientes, com a fase processual em que inserem, com a actividade material com que se relacionam, etc.⁶⁴ Muito menos iremos centrar-nos no problema apurar, em rigor conceptual, a diferença entre convénios e convenções e de entre elas qual o conceito que melhor traduz esta realidade.

Um dos tipos legais de convénios que mais interesse nos desperta são os que respeitam aos custos de urbanização, quer aqueles em que o particular e a Administração negociam regras específicas para a diminuição de custos para o particular (sistema de cooperação), quer aqueles em que o particular negocia directamente com uma Junta de Compensação (sistema de compensação)⁶⁵. Sem cuidar de discutir aqui a natureza do direito-dever do proprietário a urbanizar, a verdade é que nos parece claro que as Juntas de Compensação são instrumentos que asseguram a justa e equitativa repartição de custos e benefícios entre a comunidade de obrigados à urbanização, em auxílio do cumprimento do Plano⁶⁶. Mediante a apropriação proporcional de terrenos dos proprietários, em troca de uma redução dos seus custos com a urbanização dos mesmos, esta Junta opera depois uma adequada redistribuição desses terrenos, agilizando desta forma o cumprimento do Plano. É possível ir um pouco mais longe e conceber um verdadeiro *sistema de gestão concertada* de base triangular: Administração — urbanizador — proprietários. Assim, o urbanizador actua como delegado público,

realizando as obras de urbanização nos terrenos dos proprietários, sob o controlo da Administração. No fim, o proprietário, natural beneficiário da realização dessas obras, por ficar a dispor de terrenos edificáveis, remunera o urbanizador normalmente através de um pagamento em espécie (em parcelas de terreno edificáveis)⁶⁷. Neste esquema todos lucram: o proprietário que tinha o terreno, mas não dispunha de recursos para o urbanizar, obtém um terreno edificável sem dispêndio de dinheiro, o urbanizador adquire um bem escasso que são os terrenos para edificar e a Administração consegue, sem ter de recorrer à expropriação e sem custos com a urbanização, levar a efeito o cumprimento do plano. Também entre nós se vem discutindo a necessidade de criação de mecanismos de compensação urbanística, pois ignorá-los é *“inviabilizar a geração dos consensos necessários à criação de condições para a concretização das soluções urbanísticas preconizadas nos Planos”*⁶⁸. A este propósito umas breves palavras sobre os mecanismos de perequação⁶⁹. Trata-se de uma forma de compensação das desigualdades eventualmente resultantes da execução de um plano e que devem estar previstas e ser agilizadas ao nível das unidades de execução dos mesmos⁷⁰. A perequação não significa a existência de um convénio, pelo contrário, pode até ter uma natureza de actividade autoritária da Administração, culminando, em último termo, nos casos de incumprimento, num processo de expropriação⁷¹. Assim, a referência a que ela fazemos neste contexto apenas se justifica enquanto mecanismo de operacionalização da compensação urbanística.

Para além destas formas de convénios regulados na lei (convénios relativos a expropriações, convénios relativos a obras de recuperação, etc.) importa-nos sobretudo os convénios atípicos, ou seja, a possibilidade de celebração de convénios que não se submetam, ou que mesmo afastem a aplicação de regras legais. Aqui, por razões óbvias, a enumeração é impossível pelo que nos limitamos a citar um exemplo retirado da jurisprudência italiana. Assim, “é tido como convénio atípico (actuação informal), aquele celebrado entre a Administração e os particulares tendo em vista a recuperação, para fins turísticos, de um imóvel classificado como monumento nacional, no qual é autorizada a realização de obras de urbanização sem observância do disposto na regulamentação comunal e regional para as obras ali em causa.”⁷².

Toda esta actividade contratual no domínio do urbanismo é vista pela Administração como desejável sob o ponto de vista financeiro. A abertura do direito do ordenamento à contratualização significa, simultaneamente, uma captação de capitais na prossecução das tarefas públicas e uma verdadeira internalização de custos e de riscos dentro de um esquema alargado⁷³. A pergunta que angustia os mais cépticos quanto a estas actuações é a de saber se isto não significará também uma *“comercialização de prerrogativas de autoridade”*⁷⁴!

5. Das garantias ou dos direitos de protecção

Cremos que todas estas medidas no sentido da simplificação e aceleração dos procedimentos não podem deixar de ser pensadas e compensadas com esquemas apertados de fiscalização e meios eficazes de concessão de indemnizações. No seguimento do que tivemos oportunidade de afirmar a propósito do risco, somos levados a concluir que o Estado de Direito não pode, nem deve, escudar-se sobre o que chamamos “a nova filosofia jurídica” para daí legitimar qualquer forma de afastamento relativamente às suas incumbências, senão materiais, pelo menos de zelar pela dimensão garantística, quer responsabilizando-se directamente, quer anunciando esquemas alternativos válidos dessa mesma responsabilização.

O primeiro dos problemas que nos aparece é precisamente o da protecção dos “vizinhos urbanísticos” (*Nachbarschutz*), especialmente em matéria de reparação de danos⁷⁵. Não falamos apenas de vizinhos urbanísticos no âmbito do direito civil (art. 1550.º ss C. Civ.), mas sim no sentido que lhe é dado pelo

direito administrativo na individualização que faz de relações jurídicas poligonais. Neste tipo de relações jurídicas, o acto administrativo desempenha uma função especial de conformação e ordenação, pelo que, a ausência dele acarretará um decréscimo de certeza e, conseqüentemente, de protecção⁷⁶.

A questão ganha especial acuidade quando falamos, por exemplo, das isenções de licenças. Não existindo o acto administrativo impugnável como, ou contra o quê, poderão agora reagir os “vizinhos”? Parece que existe, neste domínio, o perigo de que o direito do urbanismo perca a sua função pacificadora⁷⁷. Encontramos já algumas propostas de soluções⁷⁸: 1) transferindo para o direito privado as relações que aqui se estabelecem e procurando nas regras privadas e nos tribunais comuns a tutela para estes interesses (neste caso, a privatização da tutela pode significar uma redução da mesma, será o preço a pagar pela aceleração?); 2) atribuir natureza público-administrativa à relação que se estabelece entre os “vizinhos” e o dono da obra, pois, se não há intervenção da Administração, se o dono da obra assume a responsabilidade pelo procedimento, então parece que o normal seria que ele respondesse nos mesmos termos em que a Administração responderia se tivesse concedido a licença⁷⁹. Esta posição é especialmente defendida por *Orloff* que assim pretende ver transposto para a esfera das relações entre privados o fenómeno do autocontrolo⁸⁰. *Sacksofsky*, com maior propriedade no nosso entender, opõe-se a esta teoria, afirmando que a relação entre o dono da obra e os “vizinhos” jamais poderia ter natureza jurídico-administrativa e os direitos subjectivos fundados nas normas são invocáveis contra o Estado, nunca contra outros privados⁸¹; 3) a última proposta não acarreta qualquer alteração ao esquema clássico da responsabilidade da Administração, ou seja, ficciona-se a existência da licença e com fundamento nela é possível continuar a reagir contra a Administração⁸². Não se trata aqui de uma relação entre “vizinhos” e dono da obra fundada no direito privado ou público, mas antes na permanência da relação entre “vizinhos” e Administração, com fundamento no princípio da confiança que é suporte das relações entre ambos.

É legítimo também defender-se que a intensidade da protecção requerida sofre um ligeiro decréscimo em nome dos benefícios recolhidos⁸³ e que o facto de inexistir uma licença significa a opção pelo autocontrolo dos próprios intervenientes privados (proponentes, investidores, urbanizadores, etc.)⁸⁴.

Conclusão

Sempre rodeadas de grande polémica, especialmente no que à protecção de direitos diz respeito, a verdade é que as actuações informais são hoje uma realidade (in)visível à qual o jurista não pode ficar alheio. Nas páginas antecedentes tentámos levantar um pouco o véu da situação em matéria de direito do urbanismo (que entendemos referenciar aqui de forma unitária, incluindo o urbanismo propriamente dito e o ordenamento do território), que a par com o direito do ambiente se mostra um terreno particularmente fecundo para o seu desenvolvimento. Acreditamos que, quer as observemos sob o ponto de vista das vantagens que proporcionam e com isso as defendamos, quer sob o dos perigos que acarretam e com isso as reneguemos, elas surgirão sempre, inevitavelmente, associadas a grandes projectos, que mobilizam grandes verbas de capital. O que significa, curiosamente, que apesar do aumento do risco que parecem trazer consigo, elas são a solução encontrada pela Administração e pelos grandes investidores quando ambos não querem “arriscar” muito e preferem saber aquilo que podem, mutuamente, esperar!



(Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva)
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Sobre os temas actuações informais em geral e no direito do ambiente em especial, v. o nosso *Actuações Informais da Administração – Verdade ou Mito?*, Dissertação de Mestrado apresentada em Coimbra em 1998 (obra não publicada).

² Sobre este tema, v. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996.

³ V., a este propósito, o nosso *Actuações Informais...* p. 82; e Pedro Gonçalves, *Advertências da Administração Pública*, (inédito).

⁴ Entendemos por “desregulação” a supressão de regras de direito público que condicionam ou limitam a actividade económica privada, sem que tenha lugar a sua substituição por outras regras de direito público (...) a desregulação não exclui que essas normas de direito público suprimidas sejam substituídas por outras normas (ex. privadas)”, Guido Corso, *Attività Economica Privata e Deregulation*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1998, 3, pp. 629 ss. “Deregulierung” aqui no sentido de “desintervenção ou deslegalização” Krüger, *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – Deregulierung in der Rechtssetzung in Deutschland und in der Europäischen Union*, Natur + Recht, N.º 8, 1997, p. 390.

⁵ Como exemplo poderemos citar “a introdução de formas consensuais no interior dos procedimentos (acordos que determinam o conteúdo do procedimento) — art. 11.º da lei italiana sobre o procedimento n.º 241 de 1990) — In Rossi, *Diritto Pubblico e Diritto Privato nell’Attività Della Pubblica Amministrazione: Alla Ricerca della Tutela Degli Interessi*, Diritto Pubblico, 3, 1998, p. 667.

⁶ “Deregulation is often accompanied by efforts to encourage corporate self-regulation by means of company codes, social audits, and industry codes” D. Gayle/J. Goodrich, *Exploring the Implications of Privatization and Deregulation*, In *Privatization and Deregulation in Global Perspectives* (coord.), Quorum Books, New York, 1990, p. 5.

⁷ O Estado Social não será agora apenas aquele que presta, será, também, aquele que harmoniza os interesses económico-sociais, isto é, garantindo que mesmo que uma tarefa que até aí era assegurada por ele e que agora é trasladada para a esfera dos particulares, continue a beneficiar da mesma garantia. Porém, a garantia do mínimo de existência não pode ser esquecida, essa é uma tarefa necessária e caracterizadora do cerne do Estado Social. A adaptação do princípio da socialidade, que aqui cremos exigida será no sentido do seu aprofundamento no quadro de um princípio de igualdade. Sobre o princípio do Estado Social e a sua relação com o princípio da igualdade, v., por todos, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 321ss (p. 328). Sobre a necessidade de uma nova compreensão deste princípio, v. Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: zum Denken in Verantwortungsstufen*, In *Die Verwaltung*, Heft 4, Band 31, 1998, pp. 419 ss; Goerlich, *Materielle Ziele, Privatisierung...*, p. 152; F.-J. Peine, *Verfahrensprivatisierung in der Verkehrswegeplanung...* p. 104.

⁸ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Trad. Esp. (La sociedad del riesgo, Hacia una nueva modernidad), Ediciones Paidós Ibérica, 1.ª ed., 1998; Richard Hiskes, *Democracy, Risk, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 1998; Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991. Hoffmann-Riem, *Verfahrensprivatisierung als Modernisierung*, In *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 10.

⁹ H.-J. Koch (*Verfahrens*) *Privatisierung im öffentlichen Baurecht*, In *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pp.170-187.

¹⁰ Ritter, *Bauordnung in der Deregulierung*, DVBl, Mai, 1996, pp. 542 e 543.

¹¹ Alves Correia, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 97.

¹² Alínea a) do n.º 2 do art. 65.º da C.R.P.

¹³ N.º 1 do art. 66.º da C.R.P.

¹⁴ Alínea b) do n.º 2 do art. 66.º da C.R.P.

¹⁵ Para todos estes factores nos alerta Ritter quando refere que o ponto central que é a concessão de uma licença de construção (*Bauerlaubnis*) faz intervir um outro conjunto de diplomas relativos à protecção da Natureza (*Naturschutzrecht*), ao direito das águas (*Wasserrecht*), à protecção contra emissões (*Immissionsschutzrecht*), às redes viárias (*Straßenrecht*), à protecção do património (*Denkmalschutzrecht*) ou, mesmo, à protecção do trabalho (*Arbeitschutzrecht*) — In *Bauordnungsrecht in...*, p. 543.

¹⁶ A crítica que deixamos antever refere-se à falta de tutela que este tipo de direitos dispõe no nosso sistema de justiça administrativa. De facto, devemos, primeiramente, estabelecer a distinção entre *interesses difusos propriamente ditos*, que são indivisíveis, e *direitos individuais homogêneos*, que são divisíveis, constituindo estes últimos um categoria dentro dos verdadeiros direitos subjectivos e como tal merecedores de uma protecção directa por parte da norma — v. J. Eduardo F. Dias, *RevCedoua*, 1.99, pp. 51 ss., e Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa* (Lições), 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 78.

¹⁷ Sobre a recepção de normas técnicas recordamos aqui algumas palavras que já tivemos oportunidade de mencionar a este propósito: “reconhecida que é hoje a incapacidade do poder legislativo acompanhar a dinâmica da evolução técnica exigida pelo direito do ambiente, surge a necessidade de, através de uma combinação de métodos como o recurso a cláusulas gerais e as remissões da lei, fazer integrar no ordenamento jurídico as disposições técnicas que garantem o sentido e a efectividade das normas jurídicas, neste particular. Todavia, não podemos esquecer que tais métodos colidem, à partida, com princípios gerais do ordenamento jurídico como o princípio democrático e o da segurança jurídica, para referir apenas alguns exemplos” — Ver *RevCedoua*, Ano II, 2.99, p.—. Para maior aprofundamento desta questão, v. Anna Lübke, *Untergesetzliche Rechtsetzung und Regelrezeption*”, in Alexander Schmidt (Hrsg.): *Das Umweltrecht der Zukunft*, Rhombos Verlag, Berlin, 1996, pp. 243-265.

¹⁸ Ritter, *Bauordnung...*, 1996, p. 544.

¹⁹ Ritter, *Bauordnung...*, 1996, p. 545.

²⁰ Ritter, *Bauordnung...*, 1996, p. 549.

²¹ Sobre a privatização em geral e suas formas, v. Adrian von Hagemester, *Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, VVF, München, 1992, e F. Schoch, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, DVBl, 1994, pp. 962 ss. Sobre a privatização no direitos de licenciamento, v. W. Erbguth, *Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht*, UPR, 1995/10, pp. 369-378.

²² Hagemester, *Die Privatisierung...*, pp. 44 ss; Erbguth, *Die Zulässigkeit der funktionalen...*, pp. 370.

²³ Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, pp. 415 ss.

²⁴ Ritter, *Bauordnung...*, 1996, pp. 545-546.

²⁵ Hagemester, *Die Privatisierung...*, p. 51, Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, p. 417.

²⁶ Hagemester, *Die Privatisierung...*, p. 51; Hoffmann-Riem, *Verfahrensprivatisierung...*, pp. 12-13; F. Schoch, *Privatisierung von...*, pp. 963 e 974. Alguns autores entendem que a privatização organizatória e a privatização funcional são categorias autónomas, definindo-as ao lado da privatização material — Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, pp. 416-417. Todavia, esta diferente arrumação dos conceitos não nos parece que perturbe a caracterização do núcleo de cada uma das formas de privatização aqui definidas.

²⁷ Este parece ser o critério de Peine para quem a verdadeira privatização é aquela em que a tarefa perde a sua natureza pública para privada. In F.-J. Peine, *Verfahrensprivatisierung in der Verkehrswegeplanung*, In *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 97.

²⁸ Parece-nos ser este o conceito pressuposto na distinção de Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, pp. 416-417.

²⁹ Erbguth, *Die Zulässigkeit der funktionalen...*, p. 370.

³⁰ Erbguth, *Die Zulässigkeit der funktionalen...*, p. 370.

³¹ Sobre a concessão, v., por todos, Pedro Gonçalves, *A Concessão de serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999.

³² Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und staatliche Verfahrensverantwortung*, In Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), 1996, p. 285; Hoffmann-Riem, *Verfahrensprivatisierung...*, p. 13. A propósito deste tipo de privatização veja-se em especial a actuação dos auditores ambientais (Öko-Audit-Verordnung) e dos *Projektmanagers*; F.-J. Peine, *Verfahrensprivatisierung in der Verkehrswegeplanung...*, p. 102.

³³ Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, p. 285; Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, p. 417.

³⁴ Hoffmann-Riem, *Verfahrensprivatisierung...*, p. 22.

³⁵ Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, p. 288.

³⁶ Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, p. 301.

³⁷ Este modelo de privatização, assente na figura dos peritos, foi introduzido com enorme sucesso na LBauO NW (Nordrhein-Westfalen). Este diploma consagrou a possibilidade de realização de construções isentas de um procedimento licenciador prévio quando se trate de moradias bifamiliares, construções não definitivas ou garagens (§ 67 LBauO NW) e simplificações processuais para os procedimentos simplificados e normais (§ 68 e § 72 Abs. 7 LBauO NW). O modelo assenta em quatro características: controlo dos peritos fica a cargo de uma Câmara integrada pelas Ordens dos Engenheiros e Arquitectos, determina os interessados nos processos, garante a segurança através de mecanismos definidos de controlo, prevê um sistema de indemnização com direito de regresso sobre os causadores dos danos. In Ritter, *Bauordnung...*, 1996, pp. 546-547.

³⁸ Lübke-Wolff, *Die EG-Verordnung zum Umwelt-Audit*, DVBl, April, 1994, pp. 361-362.

³⁹ Lübke-Wolff, *Die EG-Verordnung zum Umwelt-Audit...*, p. 361.

⁴⁰ Hoffmann-Riem, *Verfahrensprivatisierung...*, p. 13.

⁴¹ P. Rombach, *Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren*, Nomos Verlagsgesellschaft, Freiburg, 1993, pp. 33 e 165.

⁴² W. Krebs, *Baurecht*, in *Besonderes Verwaltungsrecht*, Gruyter Lehrbuch, Neunte Auflage, Berlin, 1992, pp. 367 e 370.

⁴³ Ute Sacksofsky, *Privatisierung des baurechtlichen Nachbarschutzes bei genehmigungsfreien Vorhaben?*, DÖV, 1999, Heft 22, p. 949. A este propósito o autor refere ainda a possibilidade de uma isenção parcial de licença, por forma a harmonizar os interesses de aceleração dos procedimentos com os de protecção dos interessados.

⁴⁴ Schuppert, *Die öffentliche Verwaltung...*, p. 419.

⁴⁵ Sobre esta articulação estas formas de agir da Administração, v. U. Becker, *Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungskonzentration*, Verwaltungs Archiv, 87, 1996, p. 581.

⁴⁶ Sobre estas mesmas dúvidas, v. Erdguth, *Die Zulässigkeit der funktionalen...*, pp. 372-373.

⁴⁷ Maslaton, *Privatisierungstendenzen im Baurecht unter besonderer Berücksichtigung des Vorhabens — und Erschließungsplans*, In *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pp. 125-146; Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, pp. 291-293.

⁴⁸ A propósito desta figura que também não será reconduzível à figura do acto administrativo, por não gozar de eficácia externa, veja-se Erichsen/Badura/Ossenbühl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Auflage, W de G, pp. 514-515, §37 - 34.



⁴⁹ Maslaton, *Privatisierungstendenzen im Baurecht...*, p. 137.

⁵⁰ Também no sentido de que a situação descrita corresponde a uma forma de colaboração entre a Administração e privados, v. H.-J. Koch (*Verfahrens-*) *Privatisierung in...*, p. 175.

⁵¹ Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, p. 293.

⁵² F. Schoch, *Privatisierung von...*, p. 975.

⁵³ Sobre este caso em especial, v., por todos, P. Rombach, *Der Faktor...*, pp. 242 ss.

⁵⁴ Sobre o tema em geral, v., por todos, Bullinger, *Beschleunigung von Investitionen durch Parallelprüfung und Verfahrensmanagement*, JZ, 1993, pp. 492 ss; Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen*, 1989; Böckel, *Projektmanagement in Verwaltungsverfahren*, DÖV, 1995, Heft 3, pp. 102 ss.

⁵⁵ P. Rombach, *Der Faktor Zeit...*, p. 238.

⁵⁶ Böckel, *Projektmanagement in...*, pp. 106-107.

⁵⁷ Diga-se, em abono da verdade, que a possibilidade de concentração de procedimentos não é privativa do direito alemão, pelo contrário, também existe no direito francês (Dekret Nr. 87-279 vom 16. April 1987) e no direito norte-americano. In P. Rombach, *Der Faktor Zeit ...*, p. 176.

⁵⁸ Dentro destes procedimentos múltiplos podemos distinguir entre procedimentos paralelos e concorrentes, conforme a coexistência dos diferentes procedimentos seja necessária para se atingir um objectivo comum, ou, pelo contrário, essa coexistência não seja possível — In U. Becker, *Verfahrensbeschleunigung durch...*, p. 587. P. Rombach, *Der Faktor Zeit...*, pp. 176-180.

⁵⁹ Assim, cada uma das licenças é analisada pela Administração isoladamente e podemos aqui falar de um “efeito horizontal da licença”, simplesmente ela não é verdadeiramente um acto isolado, mas antes uma peça dentro de um procedimento mais amplo que é o de obter uma nova indústria em laboração e, nessa medida, podemos também falar de um efeito vertical das licenças — U. Becker, *Verfahrensbeschleunigung...* pp. 590-591.

⁶⁰ U. Becker, *Verfahrensbeschleunigung...*, pp. 581 ss.

⁶¹ P. Rombach refere-se a estas normas quando fala da tipificação como meio de aceleração dos procedimentos — In *Der Faktor Zeit...*, p. 210.

⁶² Pietzcker, *Verfahrensprivatisierung und...*, p. 298.

⁶³ Bustillo Bolado e Cuerno Llata, *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 29.

⁶⁴ Relativamente a estas questões veja-se, por todos, ⁶⁴ Bustillo Bolado e Cuerno Llata, *Los Convenios Urbanísticos...* (nota 50), Nicola Centofanti, *La Convenzione Edilizia*, Cosa & Come, Milano, 1997; e também Paolo Urbani e Stefano Civiterese, *Amministrazione e Privati nella Pianificazione Urbanistica — Nuovi Moduli Convenzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 1995.

⁶⁵ Bustillo Bolado e Cuerno Llata, *Los Convenios Urbanísticos...*, p. 158.

⁶⁶ O cumprimento das disposições deste organismo são assegurados através da denominada “garantia expropriatória, ou seja, em caso de incumprimento do acordo, a Junta tem poderes para expropriar os terrenos. V., por todos, G. Fernández Fernández, *Un nuevo modelo en la gestión urbanística. La experiencia de la legislación valenciana*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, N.º 166, Ano XXXII, p. 97.

⁶⁷ G. Fernández Fernández, *Un nuevo modelo en la gestión...*, p. 101.

⁶⁸ Luís Serpa, *Contratualização e Compensação Urbanística*, Revista da Associação dos Urbanistas Portugueses, N.º 1, Coimbra, 1998, pp. 32 ss.

⁶⁹ Entre nós previstos no art. 136.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, diploma regulamentador da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto).

⁷⁰ Quanto à forma de realização da perequação, v., por todos, Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, e Fernanda Paula Oliveira, *A perequação no regime jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial*, Conferência proferida no âmbito do Seminário Justiça e Equidade, Vila Real, 28 e 29 de Janeiro de 2000.

⁷¹ G. Fernández Fernández, *Un nuevo modelo en la gestión...*, p. 97.

⁷² Nicola Centofanti, *La Convenzione Edilizia...*, p. 5.

⁷³ Goerlich, *Materielle Ziele, Privatisierung, Funktionen der Verwaltung und die Stellung des Bürgers — Bremerkungen am Beispiel des neuen Bauordnungsrechts in den Ländern*, In *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht* (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 152.

⁷⁴ H.-J. Koch (*Verfahrens-*) *Privatisierung im...*, p. 183.

⁷⁵ Goerlich, *Materielle Ziele, Privatisierung...*, p. 161.

⁷⁶ Goerlich, *Materielle Ziele, Privatisierung...*, p. 160.

⁷⁷ H.-J. Koch, (*Verfahrens-*) *Privatisierung im...*, p. 186.

⁷⁸ Ute Sacksofsky, *Privatisierung des baurechtlichen Nachbarschutzes bei genehmigungsfreien Vorhaben*, DÖV, 1999, Heft 22, pp. 952 ss.

⁷⁹ Ortloff aparece como o principal defensor desta teoria. V., por todos, Ortloff, NVwZ, 1998, pp. 932 ss.

⁸⁰ Sacksofsky, *Privatisierung des ...*, p. 952.

⁸¹ Sacksofsky, *Privatisierung des ...*, p. 952.

⁸² Em defesa desta terceira posição, v. H.-J. Koch (*Verfahrens-*) *Privatisierung...*, pp. 186-187.

⁸³ A este propósito, convém mencionar um instituto polémico, a “caducidade material” (“*materiellen Präklusion*”). Grosso modo, trata-se de uma proposta para a solução dos litígios posteriores a um acordo, celebrado no âmbito das relações poligonais, quando os terceiros lesados, após haverem consentido na lesão, levantam objecções aos projectos. De facto, esta situação que consubstancia, na prática, um *venire contra factum proprium*, é solucionada pela inadmissibilidade de revisão do acordado. Acredita-se que perante uma situação onde se admitiam diferentes possibilidades de escolha, após efectuada a opção não há retrocesso, nem se admite a revisão da opção. Esta caducidade não resulta expressamente da lei, mas é possível concebê-la a partir de alguns artigos (ex. §73 IV VwVfG). P. Rombach, *Der Faktor Zeit ...*, p. 226.

⁸⁴ H.-J. Koch (*Verfahrens-*) *Privatisierung im...*, pp. 179-181.