

# **A Protecção Jurídico-Pública de Terceiros nos Loteamentos Urbanos e Obras de Urbanização**

## **RESUMO**

*Partindo da proposição de que a sociedade de risco produz um direito dos loteamentos urbanos que fabrica incerteza, procurou-se determinar quem são os terceiros perante uma autorização de loteamento, utilizando para o efeito o conceito de relação jurídica administrativa multipolar. Identificados os terceiros-tipo investiga-se qual a protecção jurídico-pública que aqueles merecem, em especial através dos direitos fundamentais, das normas procedimentais e de vizinhança e dos standards urbanísticos. Conclui-se que a fraca contribuição do legislador constitutiva e conformadora dos direitos fundamentais e de outros bens constitucionais que protejam terceiros, neste domínio, implicará nova intervenção legislativa e, até lá, de protecção judicial mais intensa.*

## **Introdução**

O estatuto jurídico-público de terceiros tem conhecido nos últimos anos uma especial e acrescida atenção jurídico-dogmática da doutrina administrativista. O aprofundamento deste tema parece cumprir um “imperativo de selecção” (*Selektionszwang*) do funcionamento do sistema jurídico, enquanto sistema que institui uma redução da complexidade relativamente estável no seu âmbito funcional. Na verdade, aquela complexidade traduz-se na existência de um conjunto de possibilidades superiores às que de facto podem ser realizadas e exigindo algum tipo de selecção entre elas. Por outro lado, como tem sido realçado, a simplificação da realidade através da função de diferenciação sistémica “pode ser descrita como o acrescentamento da selectividade” que simultânea e novamente “constitui complexidade” (Luhmann). Nestes termos, tem sentido falar aqui da capacidade que o sistema jurídico, como os outros sistemas, desenvolveu para de si próprio ganhar consciência e se delimitar perante o mundo envolvente. O sistema jurídico só se pode determinar, só pode “tematizar” os seus limites, introduzindo distinções entre o que está “dentro” e o que está “fora” do sistema, o que pode ou não obter protecção jurídica. É através da auto-observação que se estabelecem as distinções necessárias para assegurar a selectividade e reprodução do sistema jurídico<sup>1</sup>.

O tema da protecção jurídica de terceiros, em especial através do direito administrativo, imediatamente nos remete em toda a plenitude para os limites/fronteiras do sistema jurídico administrativo. A própria indeterminação jurídica da noção de terceiro nos recorda permanentemente a possibilidade de este não merecer qualquer protecção jurídica específica. Mas, posto que se deva considerar abstractamente

a possibilidade da tutela jurídica de terceiros não fica claro a que título é que a merecem: como titular de posição jurídica material de natureza subjectiva, como todos e qualquer um (indiferentemente), ou enquanto titular de interesses difusos defendidos por associação especializada nessa protecção. A este propósito recentemente J. J. Gomes Canotilho “tematiza” a multidimensionalidade no direito do ambiente em três perspectivas: a individualista, a publicista e a associativista.

A emergência e a urgência dos estudos sobre a protecção jurídico-pública de terceiros podem encontrar uma poderosa explicação na transição da sociedade industrial para a sociedade de risco (U. Beck e A. Giddens)<sup>2</sup>. A sociedade de risco, na sua modernização reflexiva, caracteriza-se mais pelo “reflexo” do seu funcionamento que pela “reflexão” sobre o seu funcionamento. O que significa que a confiança e o perigo são duas estruturas fundamentais da sociedade moderna actual.

Todos os mecanismos de descontextualização<sup>3</sup>, tanto as garantias simbólicas como os sistemas periciais, dependem da confiança. A confiança está, portanto, envolvida de modo fundamental nas instituições da modernidade. A confiança não é aqui investida em indivíduos, mas em capacidades (ou sistemas) abstractas. Qualquer pessoa que use garantias monetárias (garantia simbólica) fá-lo no pressuposto de que outras pessoas, que ela nunca encontra, respeitam o seu valor.

Por sistemas periciais designam-se os sistemas de realização técnica, ou de pericialidade profissional, que organizam vastas áreas do ambiente material e social em que vivemos<sup>4</sup>. De entre eles não podemos deixar de contar as operações urbanísticas, e no que ora nos interessa as operações de loteamento e de obras de urbanização, como veremos.

O risco e o perigo no mundo contemporâneo dão-lhe uma “aparência ameaçadora” (Lasch). “A análise do perfil do risco específico da modernidade leva a identificar, entre outros, estes traços:

- 1) Risco decorrente do ambiente criado, ou natureza socializada: a infusão de conhecimento humano no ambiente material;
- 2) Consciência das limitações da pericialidade: nenhum sistema pericial o pode ser totalmente em termos das consequências da adopção de princípios de pericialidade. Se os mecanismos de descontextualização proporcionaram amplas áreas de segurança do mundo actual, a nova série de riscos que entretanto surgiu é verdadeiramente formidável<sup>5</sup>.

No primeiro traço, altera-se a distribuição objectiva dos riscos e, no segundo, altera-se a experiência do risco ou a percepção dos riscos observados<sup>6</sup>.

Na sociedade de risco está permanentemente presente a questão da protecção da confiança investida pelos diversos agentes e muito especialmente por aqueles que são terceiros em relação às decisões dos poderes públicos.

Ulrich Beck sustenta que a transição da sociedade industrial para a sociedade de risco se caracteriza pela sucessão de duas fases. “A primeira fase é dominada pela sociedade industrial, que simultaneamente intensifica e “legitima”, como “riscos residuais”, os perigos resultantes das decisões nela tomadas. A segunda fase surge quando, apesar de a sociedade continuar a produzir decisões de acordo com o modelo da velha sociedade industrial, se auto confronta reflexivamente com a constelação de perigos produzidos pelo seu modo de decisão, o que ocorre quando os invisíveis efeitos laterais se tornam latentes e dominam os debates públicos, políticos e privados”<sup>7</sup>. Esta transição não se pode configurar como uma opção, mas como uma transição invisível, involuntária e incontornável no curso da dinâmica da modernização. A auto confrontação das consequências da modernidade com as suas bases pretende significar a “modernização-reflexiva” com as consequências da sociedade de risco, as quais não podem ser adequadamente dirigidas e ultrapassadas no sistema

da sociedade industrial (isto de acordo com os próprios *standards* institucionalizados na sociedade industrial). Na sociedade de risco os conflitos sobre a distribuição dos “males” por ela produzidos sobrepõem-se aos conflitos sobre a distribuição dos “bens” sociais (rendimento, emprego, segurança social), que constituem o conflito fundamental da sociedade industrial e conduz a tentativas de solução através de instituições apropriadas<sup>8</sup>. Assim, “as sociedades modernas estão confrontadas com os princípios e limites do seu próprio modelo precisamente até ao ponto em que não se modificam a si próprias, não reflectem as consequências, e prosseguem uma política industrial de “mais-do-mesmo” (more-of-the-same).”

O conceito de sociedade de risco parte desta ordem de ideias para articular as transformações sistémicas e de época em várias áreas. A que aqui interessa tem que ver com “a relação da sociedade com os perigos e problemas por eles causados, que por sua vez excedem as bases das concepções sociais de segurança. Perigos e problemas esses que, como resultado, são aptos a transtornar as concepções fundamentais da ordem social previamente existente, até ao ponto em que deles haja consciência. Isto é verdade para todos os sectores da sociedade — como os negócios, o direito, a academia — mas torna-se num problema acima de tudo na área da actividade política e da tomada de decisões (decision-making)”<sup>9</sup>.

O sociólogo de Munique afirma que a “diferença entre épocas (epocal), que permite distinguir o risco da sociedade industrial (e a ordem social da burguesia) do perigo e das exigências da sociedade de risco, pode estabelecer-se no momento em que o perigo, e consequentemente a sua produção pela sociedade, mina e/ou cancela os estabelecidos sistemas de segurança dos cálculos do risco formulados pelo Estado-providência”. É significativa a verificação da ausência de cobertura de seguros privados. Mais do que isso, os projectos industriais técnico-científicos não são seguráveis. A sociedade industrial, que involuntariamente se transformou numa sociedade de risco através da sua própria sistemática produção de perigos, oscila para lá do limite de segurança. A racionalidade deste juízo baseia-se no âmago racional desta sociedade: a racionalidade económica. É o funcionamento das empresas de seguros privadas que marcam a barreira de fronteira da sociedade de risco. Com a lógica do comportamento económico elas contradizem os protestos de segurança feitos pelos técnicos e pelas indústrias perigosas, ao dizer que no caso de “baixa probabilidade mas elevadas consequências do risco, o risco técnico pode tender para o zero, enquanto ao mesmo tempo o risco económico é potencialmente infinito”<sup>10</sup>.

Esta, em termos largos, a descrição que das sociedades dos nossos dias fazem os sociólogos contemporâneos. Vejamos, mais de perto, o que nos dizem os sociólogos do Direito.

Em “todos os sistemas parciais da sociedade, até mesmo em qualquer acção individual, encontra-se uma referência directa ou indirecta a expectativas comportamentais congruentemente generalizadas, o que permite ver o direito como uma estrutura da sociedade global. Considerando-se a inserção do direito no sistema social abrangente, passa-se a ver as normas jurídicas não mais como decisões programáticas para determinados papéis, mas sim no seu sentido original, como estruturas de expectativas de todos os participantes na interacção social” (Luhmann)<sup>11</sup>. “Mas, da própria positividade do Direito decorre em consequência uma enorme elevação dos riscos. Os riscos da nova estrutura positiva do direito não podem, porém, ser captados apenas no âmbito do próprio direito. Já em termos genéricos, as expectativas congruentemente generalizadas não fornecem uma segurança suficiente com respeito à conduta. Com os recentes desenvolvimentos da sociedade e do direito essas incertezas aumentam e modificam a sua forma. As ameaças através de outras pessoas passam a ser juridicamente combatidas, mas também permitidas. Agora, os perigos surgem em grande parte

a partir do próprio direito. Por isso as trincheiras contra o perigo não podem mais ser erigidas no terreno da oposição entre o legal e o ilegal: elas atravessam o próprio direito como regulamentação e distribuição de riscos. A importância deste tipo de regulamentação cresce comparativamente<sup>12</sup>. Se é verdade que um ladrão pode entrar em minha casa e roubar-me as pratas, qual é, no entanto, a relevância deste exemplo em comparação com a mudança do regulamento do loteamento urbano de uma área residencial, em que a minha casa se integra, ao permitir a ocupação de um lote vizinho com uma “casa de reinserção social” ou uma “clínica de toxico dependência”?<sup>13</sup> <sup>14</sup>

“Em vista destas ameaças, agora juridicamente permitidas, torna-se necessário redefinir o conceito e a sensação do problema da segurança. Não se trata mais de segurança contra acções ilegais, de protecção jurídica, mas de segurança contra acções legais envolvendo, portanto, complicadas disposições contrárias no próprio direito, que exigem constantes controlos e adaptações jurídico-políticas. Por isso, o direito actual não é mais capaz de garantir aquela certeza moral das expectativas que resulta do simples facto de alguém se julgar no direito”<sup>15</sup>.

As operações de loteamento objecto destas reflexões situam-se num contexto da experiência social mais vasto: a urbanização, que é um fenómeno social recente. Estamos, como é óbvio, a referir a “tendencial concentração da população de uma sociedade nas suas cidades, especialmente nas maiores, por causa dos fluxos migratórios provenientes do campo e dos burgos rurais. O termo urbanização conota simultaneamente a expansão territorial dos centros urbanos — de cidades a metrópoles, a megalópoles, a urbanização contínua — e a extensão do seu carácter morfológico, como a edificação intensiva, a multiplicidade das redes viárias<sup>16</sup>, infra-estruturas sociais, meios de transporte público, a zonas há pouco rurais e no estado natural, mesmo lá onde não se formam verdadeiras cidades”<sup>17</sup>. A urbanização tem sido estudada largamente pela sociologia, ao ponto de constituir um ramo próprio: a sociologia urbana<sup>18</sup>; mas também pela geografia urbana<sup>19</sup>. Nesta literatura é frequente encontrar a interligação, quase sempre implícita, do estudo da urbanização com a engenharia social (ou tecnologia social) e com a ecologia humana. A engenharia social designa uma forma de planificação racional, do ponto de vista da maioria democrática<sup>20</sup>, destinada a induzir uma específica transformação social numa determinada estrutura da sociedade, com a finalidade de esta atingir um estado objectivo julgado melhor ou progressivo relativamente ao estado anterior, mediante instrumentos de vária natureza, entre os quais se encontram os instrumentos jurídico-normativos. Uma das formas de engenharia social é o planeamento urbanístico, e o direito do urbanismo, em geral<sup>21</sup>. Neste sentido, também, se deve atentar no regime jurídico que nos vai ocupar.

Por outro lado, a ecologia humana aponta necessariamente para uma ecologia urbana<sup>22</sup>. Esta disciplina que estuda a estrutura de uma comunidade local na sua relação de “atrito” com o espaço, na conformação deste, e os limites que este impõe à actividade dos seres humanos, pode ser muito útil para a construção, que aqui apenas se tentará esboçar, da noção jurídica de ambiente urbano. Outro tópico importante, de que não se vai poder cuidar, na fronteira entre o direito do urbanismo e o direito do ambiente<sup>23</sup>, é o da relação entre a cidade e a natureza: a expansão da urbanização determina hoje a criação de “reservas de natureza”. Natureza que, assim, troca de papel com as cidades, até aí verdadeiros “enclaves humanos” na Natureza<sup>24</sup>.

É nesta envolvente social e científica, resumidamente evocada, que encaramos o problema jurídico da protecção de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização.

Na Ciência do Direito Público hesita-se entre o privatismo, o publicismo e o associativismo como técnicas de protecção de terceiros, quer-se dizer, essencialmente, hesita-se entre um estatuto de protecção jurídico-objectivo e um estatuto jurídico-subjectivo: assim, a protecção jurídico-pública de

terceiros pode ter fundamentos jurídico-subjectivos ou fundamentos jurídicos objectivos. A tarefa que me proponho empreender é a de analisar o regime jurídico positivo das operações de loteamento urbano e de obras de urbanização, e nele seleccionar, reduzindo a complexidade, os fundamentos normativos que nos conduzem a um específico estatuto jurídico-público.

J. J. Gomes Canotilho propõe a descoberta de tópicos indiciadores da protecção normativa de terceiros, no âmbito de um ágil manejo de regras hermenêuticas de interpretação. Na sua lição apresenta quatro topos interpretativos:

- 1.º topos: a relevância do “círculo de vizinhança”;
- 2.º topos: a relevância da protecção de terceiros através de *standards*;
- 3.º topos: a consideração dos direitos fundamentais afectados;
- 4.º topos: a relevância subjectiva das normas procedimentais<sup>25</sup>.

Servindo-me largamente desta “grelha” indiciadora de protecção normativa de terceiros proposta por aquele meu Mestre, procederemos neste estudo à “busca automática” e filtrante dos fundamentos da protecção jurídico-pública de terceiros no regime jurídico das operações de loteamentos e de obras de urbanização, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, alterado pela lei n.º 25/92, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 302/94, de 19 de Dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro<sup>26</sup>.

Antes de adiantar a ordem que se deu a este estudo convém esclarecer num sumário ponto de suspensão o que aqui se consideram terceiros. A existência de “terceiros” deve-se à existência e consideração prévia de “primeiro(s)” e de “segundo(s)”. Nas operações urbanísticas em causa, o “primeiro” é a Administração, o “segundo” o loteador/urbanizador, e “terceiros” são à partida todos os outros sujeitos de direito que em virtude dessa operação possam por ela ser afectados nas suas posições jurídicas<sup>27</sup>.

Razão de ordem. Em primeiro lugar, é conveniente começar por dedicar algumas linhas ao conceito, estrutura e função das operações urbanísticas em causa. Depois, e em segundo lugar, será útil reflectir sobre a multicomplexidade das relações jurídicas administrativas conformadas pelo acto administrativo autorizativo das operações de loteamento urbano. Em terceiro lugar, convoca-se o direito constitucional, em especial dos direitos fundamentais, para “descobrir” as possibilidades do seu contributo para alicerçar posições materiais jurídico-subjectivas de terceiros no âmbito do objecto deste estudo. Com isto iniciamos a utilização da “grelha” indiciadora da protecção jurídica de terceiros. Após a consideração jusfundamental das posições jurídicas subjectivas em causa, consideraremos, em quarto lugar, a relevância subjectiva das normas procedimentais pertinentes. Em quinto lugar, ocupar-me-ei dos problemas da relevância jurídica do “círculo de vizinhança”. Em sexto lugar, considerar-se-á a protecção de terceiros através de *standards* legalmente fixados para as operações de loteamento urbano. Por último, alinharei algumas breves conclusões.

## **1. Conceito, estrutura e função das operações de loteamento urbano**

O conceito e o regime jurídico-legal das operações de loteamento urbano e de obras de urbanização conheceu a sua primeira positivação há 31 anos. Desde então não tem deixado de se registar uma permanente evolução legislativa, de adaptação aos modos de urbanização do nosso País. Como recentemente tem sido afirmado, são estes últimos trinta anos, aliás, que marcam a transformação da sociedade portuguesa, profundamente ruralizada, numa sociedade urbana.

Pode dizer-se que o mais remoto antepassado desta figura hodierna que no tempo se pode identificar se deve ao genial arquitecto urbano grego Hipodamos de Mileto, que viveu no tempo de Péricles (século V a.C.). Jogando com as ideias utilizadas pelos antigos gregos colonizadores, aplicou-as amplamente na teoria e na prática da arquitectura urbana. O sistema hipodâmico, como ficou conhecido depois, é extremamente racional e consiste na divisão das áreas urbanas e urbanizáveis da cidade em lotes rectangulares edificáveis de tamanho igual, ignorando variações da natureza do solo e do nível dos terrenos. As áreas destinadas a edifícios e praças públicas ficavam inicialmente vazias, engrenadas nos lotes de construção de tamanho igual, só sendo construídas posteriormente, depois de permitir a expansão necessária da “grade” de áreas residenciais. O sistema hipodâmico teve imediata aplicação nas cidades de Pireus, o porto de Atenas, de Thurioi, no sul de Itália, de Rhodes, assim como na cidade natal do arquitecto: Mileto, na Ásia Menor.

O instituto jurídico do loteamento urbano pretende satisfazer certas necessidades sociais decorrentes da urbanização sentidas, também, e até primeiramente, noutros países.

Assim, em Espanha é conhecido como parcelación urbanística<sup>28</sup>. Em França é conhecido por lotissement<sup>29</sup>. Em Itália foi positivado como *lottizzazioni*<sup>30</sup>. Na Alemanha o instituto semelhante à autorização de lotear denomina-se *Teilungsgenehmigung*<sup>31</sup>. No Reino Unido a figura que nos ocupa encontra paralelo no development right<sup>32</sup>. Por fim, nos Estados Unidos da América encontramos a subdivision<sup>33</sup>. Todavia, tendo em conta a especificidade do tema que nos ocupa, não vamos poder ter aqui em conta aqueles regimes jurídicos, nem tão pouco a evolução do direito positivo português nesta matéria.

Nos termos da alínea *a*) do artigo 3.º do diploma legal citado as “operações de loteamento (são) todas as acções que tenham por objecto ou por efeito a divisão em lotes, qualquer que seja a sua dimensão, de um ou vários prédios, desde que pelo menos um dos lotes se destine imediata ou subsequentemente a construção urbana;”

Todavia, e não esquecendo o relevo heurístico-normativo do conceito legal transcrito, mas exactamente por isso, proponho o seguinte conceito: o loteamento urbano é a operação de gestão urbanística desenvolvida por um ou mais proprietários pela qual se divide um ou mais prédios em lotes, sendo pelo menos um deles imediata ou subsequentemente aproveitado para construção urbana, e que deve ser especificamente permitida por uma autorização administrativa.

Estruturalmente as operações de loteamento e de obras de urbanização são autorizadas depois de correr um procedimento administrativo complexo, que na verdade com muita frequência se desdobra em vários procedimentos constitutivos e sub procedimentos. No âmbito deste procedimento estabelecem-se relações multipolares de natureza procedimental. O acto autorizativo é um acto com efeitos para terceiros, estabelecendo-se novas relações multipolares materiais e procedimentais, por ele conformadas, como melhor se verá ao longo deste relatório.

A função destas operações urbanísticas deve analisar-se na sua relação com os planos urbanísticos, bem como na relação com as construções.

Tendo em conta o seu significado para a urbanização, as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização, que são um fenómeno social entre a colonização do espaço e do tempo, enquanto sistema pericial, pretendem organizar a confiança, reduzindo a incerteza, regulando e distribuindo riscos e expectativas<sup>34</sup>.

Os planos urbanísticos<sup>35</sup>, enquanto regulamentos autorizados, podem introduzir fortes condicionamentos aos direitos de propriedade dos solos por eles abrangidos<sup>36</sup>. Todavia, as disposições dos planos podem não ter um grau de especificidade que permita a sua execução directa. A execução

das prescrições dos planos, quando estas carecerem de maior densificação, pode ser realizada por planos de urbanização, por planos de pormenor ou através de operações de loteamento. Assim, as operações de loteamento urbano são um dos mais importantes instrumentos jurídicos de execução voluntária das prescrições dos planos urbanísticos<sup>37</sup>, os quais, quando existam, têm por objectivo principal definir os princípios e as regras para a ocupação, uso e transformação do solo<sup>38</sup>.

Por outro lado, na sua relação com as obras de construção e seu licenciamento, as operações de loteamento assumem uma função paramétrica semelhante à do plano urbanístico, exactamente porque também elas estabelecem um zonamento e determinam a localização de construções e das infra-estruturas. Por isso, é muito frequente encontrar quem afirme que as operações de loteamento têm a natureza de um plano de pormenor<sup>39</sup>. Todavia, se é verdade que este instituto desempenha, por vezes, uma função planificatória, torna-se, ainda, necessário acrescentar que desempenha outras funções que os planos urbanísticos nunca podem satisfazer: a mais importante é a divisão material e jurídica dos solos para construção, acompanhada da inscrição no registo predial dos lotes.

Ao instituto das operações de loteamento urbano e de obras de urbanização tem sido apontada, ainda, a função de concretização do “princípio da igualdade de oportunidades urbanísticas”, desde logo através da realização das obras de urbanização pelos particulares, bem como da cedência, a título gratuito, à Administração de parcelas de terrenos nas operações de loteamento, e, por último, da imposição aos particulares do pagamento da taxa pela realização de infra-estruturas<sup>40</sup>.

## ***2. As relações jurídicas administrativas multipolares nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização. A determinação dos terceiros***

A “metamorfose” que a Administração Pública tem sofrido ao longo das últimas décadas permitiu à doutrina classificar cada uma das sucessivas fases. Assim, fala-se em Administração agressiva (ou “intromissiva”<sup>41</sup>), em Administração de prestação e em Administração constitutiva (ou conformadora<sup>42</sup>, “infra-estrutural”<sup>43</sup>). Temos como certo que a Administração e a sua actividade administrativa recebem actualmente no seu seio as características de cada uma dessas fases, acumulando-as, num processo de sedimentação e osmose. Parece, pois, mais preciso do que continuar a opor aquelas expressões dizer que a actividade administrativa tem um carácter multiforme<sup>44</sup>, compreendendo a administração ordenadora, a administração de prestação, a administração de orientação, a administração fiscal e a administração dos meios de serviço<sup>45</sup>.

São conhecidas as sucessivas tentativas de substituir o acto administrativo, como conceito dogmático central do direito administrativo, pela relação jurídica administrativa<sup>46</sup>, e embora não seja este o lugar adequado para tomar partido nesta disputa sempre se afirmará que a relação jurídica administrativa se revela como “um instrumento conceitual dotado de razoável força operatória em domínios específicos”<sup>47</sup>, como é o caso do direito do urbanismo.

Se é justo reconhecer que o “acto administrativo representa simplesmente um instante no quadro das relações que se desenvolvem entre os interessados” (Bachof), não é menos acertado dizer que não se trata de um qualquer momento, mas o instante decisivo (*massgeblicher Augenblick*) em que o procedimento administrativo fica fechado e em que as relações jurídicas entre as partes ficam definidas e ordenadas para o futuro. Assim, não se pode entender que as duas noções se excluam mutuamente, mas antes que se complementam reciprocamente<sup>48</sup>. Desde logo porque o conceito de relação jurídica administrativa permanece num “subdesenvolvimento dogmático”<sup>49</sup> que não lhe permite por si só erguer-se, por enquanto, a fio condutor da dogmática geral jusadministrativa<sup>51</sup>.

Também na construção dogmática do direito do urbanismo se não parece possível sustentar a centralidade exclusiva do acto administrativo, é certo que não se pode passar sem ele. Entendo que se deve (re)valorizar neste ramo do direito quer a relação jurídica administrativa<sup>52</sup> (mas não apenas a relação bilateral), quer, ainda, o procedimento administrativo (no caso os procedimentos especiais). Tenho, assim, como melhor uma visão policêntrica da dogmática do Direito do Urbanismo<sup>53</sup>: compreendendo quer os antigos e experimentados conceitos dogmáticos (as formas jurídicas típicas de actividade administrativa: v.g. o acto administrativo, o contrato administrativo e o regulamento administrativo), quer os novos centros dogmáticos (v.g. o plano, a relação jurídica multipolar). Isto não quer significar exactamente a dissolução deste ramo do direito numa dogmática tópica, mas aproveitar todas as construções úteis, aceitando novos centros desde que não pretendam ser centros únicos, desde logo em razão do fenómeno da extraordinária diferenciação das situações jurídicas urbanísticas.

A relação jurídica administrativa é um conceito dogmático que pode dar um valioso contributo ao direito administrativo ajustando-o à realidade, pois permite facilmente dirigir o olhar às estruturas fácticas que influenciam as regulações jurídicas<sup>54</sup>, muito adequadamente nos seus domínios especiais, como o do direito do urbanismo.

A diversidade e interpenetração de interesses públicos e de interesses privados entre si e uns com os outros, que espelham as estruturas fácticas da realidade administrativa hodierna, justificam a construção dogmática e a utilização técnico-jurídica da relação jurídica administrativa multilateral<sup>55 56</sup> neste domínio das operações de loteamento urbano e de obras de urbanização<sup>57</sup>. Mas, exactamente pela complexidade da realidade subjacente não se pode prescindir da doutrina das formas da actividade administrativa, que transportando todo o arsenal da Administração activa e, na medida em que põe um ponto final nos assuntos, cria estabilidade e clareza, ambas factores irrenunciáveis, sobretudo nas relações jurídicas multipolares<sup>58</sup>.

A relação jurídica administrativa pode ser constituída directamente por uma norma jurídica (desde que se verifiquem os seus pressupostos de facto — desde logo factos simples), por um acto administrativo, por um contrato administrativo, por um acto ou comportamento material, ou por um evento natural<sup>59</sup>.

Em geral, pode, ainda, acrescentar-se que a relação jurídica administrativa integra o complexo de posições jurídicas activas e passivas dos particulares e da Administração, quer exista quer não exista actuação da Administração, e seja ela consensual ou informal, duradoura ou pontual, seja procedimental ou com efeitos múltiplos<sup>60</sup>.

A relação jurídica multipolar<sup>61</sup> analisa-se em algumas dimensões caracterizadoras recentemente alinhadas entre nós por J. J. Gomes Canotilho, e que aqui vamos seguir de perto<sup>62</sup>:

“1) Programação legal relativamente ténue;

2) Complexidade de situações e tarefa de avaliação de riscos apelativos de conhecimentos técnico-científicos;

3) Pluralização e interpenetração de interesses públicos e privados;

4) Legitimidade de intervenção dos interessados no acto procedimental praticado pela administração.”

1) Em primeiro lugar, pode assegurar-se que nas operações de loteamento urbano e obras de urbanização existe uma fraca densificação normativo-legal (programação legal fraca) desde logo ao delimitar a posição jurídica da Administração municipal perante o proprietário requerente de licença de loteamento. O poder jurídico de indeferir o requerimento tem como pressuposto de facto, entre outros, v.g. “afectar o património arqueológico, histórico, cultural, paisagístico, natural ou edificado” e “constituir comprovadamente uma sobrecarga inoportável para as infra-estruturas ou serviços



gerais existentes ou implicar, para o município, a construção ou manutenção de equipamentos, a realização de trabalhos ou prestação de serviços por ele não previstos...” [cf. alíneas *d*) e *e*) do artigo 13.º<sup>63</sup>]; encontramos outro exemplo nas exigências de “terrenos para espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos” (cf. artigo 15.º). Outros exemplos como estes se poderiam dar em que se utilizam largamente conceitos jurídicos indeterminados na formulação normativa dos pressupostos de facto<sup>64</sup>, apontando no conjunto para uma margem de apreciação da Administração, sinal inequívoco de carência de precisão na programação legal. Em consequência, turvam-se as posições jurídicas dos sujeitos de direito: a Administração aparentemente tem um poder estritamente vinculado (“O pedido de licenciamento apenas é indeferido quando:” cf. n.º 2 do artigo 13.º) e os particulares, também só à primeira vista aqui podem ver um direito subjectivo público a lotear.

2) É inequívoca a complexidade de situações e a tarefa de avaliação de riscos que leva o legislador a prever como exigência necessária no licenciamento de obras de urbanização a fixação do montante da caução destinada a assegurar a boa e regular execução das obras, que pode ser prestada em garantia bancária, hipoteca sobre os lotes, ou seguro-caução [cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 23.º e artigo 24.º]. Outro exemplo de que o legislador teve bem presente os riscos envolvidos nestas operações urbanísticas são as diversas disposições normativas relativas ao registo predial (cf. artigos 31.º, 38.º 39.º, 48.º/9).

3) A pluralidade de interesses públicos é bem evidente na participação procedimental de diversos entes públicos, cuja intervenção nem sequer é sempre necessária, tudo dependendo da situação do prédio a lotear e do projecto de loteamento [cf. artigo 12.º (Consultas) (v.g. Junta Autónoma das Estradas, Parque natural, Instituto de Conservação da Natureza, Instituto Nacional da Água, Direcção regional de Agricultura, Instituto Florestal, Direcção regional de ambiente e recursos naturais) e artigo 43.º (Parecer da comissão de coordenação regional)]; a pluralidade de interesses privados resulta por exemplo da possibilidade de execução das obras de urbanização pelos terceiros-adquirentes de lotes, no caso da sua não realização pelo loteador e pelo Município [cf. artigo 48.º (Execução de obras de urbanização por terceiros)]. A interpenetração dos interesses públicos e dos interesses privados é frequente (v.g. o pressuposto de facto da decisão de indeferimento do requerimento de loteamento quando: “constituir comprovadamente uma sobrecarga inoportável para as infra-estruturas ou serviços gerais existentes ou implicar, para o município, a construção ou manutenção de equipamentos, a realização de trabalhos ou prestação de serviços por ele não previstos, salvo se o requerente garantir, através de protocolo a celebrar com a câmara municipal, o financiamento dos encargos correspondentes à instalação ou reforço dos mesmos e ao seu funcionamento por um período mínimo de cinco anos, beneficiando neste caso de redução proporcional das taxas por realização de infra-estruturas urbanísticas” [cf. alínea *e*) do artigo 13.º]

4) Por último, a legitimidade de intervenção dos interessados no acto procedimental praticado pela administração assume tal importância que, para além das referidas consultas a outros sujeitos de direito público (cf. artigos 12.º e 43.º), o legislador vai ao ponto de criar subprocedimentos destinados à expressão dos seus interesses (cf. artigo 48.º). Outras vezes, mais do que legitimar uma “participação não-vinculante” o legislador exige a “participação-vinculante”<sup>65</sup> de terceiros no procedimento administrativo [cf. n.º 3 do artigo 36.º (alteração do alvará)].

Tendo em conta o quadro traçado, faz sentido afirmar que no âmbito das relações jurídicas multipolares o conceito de relação jurídica administrativa não tem apenas uma função dogmática, mas também

uma função heurística, constituindo uma zona de transição entre ambas as funções. Deste modo, cabe no estudo das relações multipolares um tratamento atento das particularidades que delas resultem, bem como a identificação das necessidades da sua normação<sup>66</sup>.

Havendo bons indícios de estarmos perante uma complexa relação jurídica administrativa multipolar (*mehrpölige Verwaltungsrechtsverhältnisse*) afigura-se, contudo, necessário, avançando e tentando descobrir um pouco mais, identificar quais os seus pólos e as relações que entre eles se estabelecem. Uma das primeiras relações jurídicas que encontramos ao estudar o regime jurídico em apreço é a que se estabelece quando um particular (qualquer interessado) dirige um requerimento à câmara municipal solicitando “informação escrita sobre a possibilidade de realizar determinada operação de loteamento ou de obras de urbanização, respectivos condicionamentos urbanísticos, nomeadamente relativos a infra-estruturas, servidões administrativas e restrições de utilidade pública, índices urbanísticos, cêrceas, afastamentos e demais condicionamentos que impendam sobre a ocupação, uso e transformação do terreno” (cf. n.º 1 do artigo 7.º). Sobre esse requerimento deve a Administração municipal decidir (cf. artigo 7.º-A). Com a decisão administrativa conclui-se uma breve relação jurídica administrativa, que por comodidade se designa por *pontual* (*Moment-Verwaltungsrechtsverhältnisse*), ainda que dela resultem consequências jurídicas ulteriores. A informação prévia é um verdadeiro acto administrativo, e no caso de ser total ou parcialmente favorável é um acto constitutivo de direitos, e ainda que totalmente desfavorável ao requerente ela determina o conteúdo de nova decisão que dentro de um ano incida sobre requerimento idêntico (cf. artigo 7.º-A). Uma decisão antecipada ou prévia (*Vorabentscheidung*, *Vorbescheid*) que é um verdadeiro acto administrativo e que vincula a Administração quanto à apreciação realizada de certas exigências legais, distinguindo-se claramente da promessa (*Zusage*), da simples informação (*Auskunft*), mas apresenta características dos actos administrativos provisórios<sup>67</sup>.

Vejamos, agora, a mais importante de todas as relações jurídicas, a relação jurídica bilateral que se estabelece entre o Município e o loteador<sup>68</sup>, desde que a câmara municipal delibera deferir o requerimento de loteamento (e de obras de urbanização) e emite o correspondente alvará. Trata-se de uma relação jurídica administrativa duradoura (*Dauer-Verwaltungsrechtsverhältnisse*), quer na hipótese de haver apenas lugar a operações de loteamento urbano, quer, principalmente, na hipótese de ser necessário realizar obras de urbanização. Deste modo, pode dizer-se que esta relação se inicia com aquela decisão administrativa e se extingue com a venda do último lote e o cumprimento da última obrigação a que o loteador se encontrava sujeito, ou, existindo obras de urbanização, com outro acto administrativo, o acto de recepção definitiva das obras de urbanização (cf. artigo 50.º). Nada mais se avançará sobre esta relação bilateral, pois, por definição, aqui é que não encontraremos terceiros, mas apenas os primeiros e os segundos. Contudo, algo mais se deve dizer quanto ao acto administrativo que a constitui, uma vez que também conforma outras relações jurídicas tripolares. Desde há muito tempo que a doutrina “descobriu” o “acto administrativo com duplo efeito” ou “acto administrativo com efeitos para terceiros”<sup>69</sup>, quase não sendo hoje possível abrir um manual de direito administrativo publicado nesta década que a ele, pelo menos, não faça referência. Uma grande parte dos exemplos são tirados do domínio específico do direito do urbanismo, onde nunca falta o recorrente exemplo da autorização de construção que beneficiando o requerente prejudica um vizinho<sup>70</sup>.

A autorização de lotear e de realizar obras de urbanização é um “acto administrativo com efeitos múltiplos” (*Verwaltungsakt mit Mehrfachwirkung*)<sup>71</sup>. Vejamos sumariamente que sujeitos de direito podem ser afectados favorável ou desfavoravelmente por este acto administrativo. Embora

encontremos com facilidade uma constelação variável de interesses públicos de um conjunto de sujeitos de direito público a que já se fez referência, não nos vamos ocupar aqui das relações jurídicas que a esse nível se estabelecem entre as diferentes entidades públicas. Por outro lado, a insuficiência do “acto administrativo com efeitos para terceiros” para captar plenamente a realidade urbanística conflitual, os interesses privados colidentes na sua interligação<sup>12</sup>, justifica a identificação de outras relações jurídicas.

Um interessado na realização da operação de loteamento e de obras de urbanização é, sem dúvida, o autor do projecto da operação de loteamento e dos projectos de obras de urbanização (que se analisam em diversos projectos de especialidade). Como já se referiu estas operações urbanísticas, apesar da sua vulgaridade, são sistemas periciais, não podendo a Administração licenciar projectos que não sejam elaborados por peritos. Os peritos autores dos projectos, para além de os subscreverem, devem emitir uma declaração de cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis (quanto ao projecto de loteamento) e uma declaração (termo) de responsabilidade (cf. o artigo 9.º remete para os artigos 2.º e 9.º do Decreto Regulamentar n.º 63/91, de 29 de Novembro). Aquelas declarações acompanham obrigatoriamente os requerimentos de licenciamento das operações em causa, que iniciam o correspondente procedimento administrativo. Requerimentos estes que podem ser indeferidos liminarmente se não forem acompanhados por essas declarações, ou, por causa delas, serem definitivamente indeferidos [cf. n.º 2 do artigo 11.º, alínea *a*) do n.º 2 do artigo 13.º, alínea *c*) do artigo 22.º]. Se tal não suceder, e licenciada a operação projectada, “os autores de projectos devem prestar os esclarecimentos necessários para a correcta interpretação dos respectivos projectos, dar assistência ao dono da obra na verificação da qualidade dos materiais e ainda assegurar, por si ou por seu mandatário, o acompanhamento da obra, registando no respectivo livro o andamento dos trabalhos e a qualidade de execução, bem como qualquer facto contrário ao projecto.” (cf. n.º 3 do artigo 49.º). “Sem prejuízo da responsabilidade civil, criminal ou disciplinar são igualmente puníveis com contra-ordenação: a falsidade da declaração dos autores dos projectos, quanto ao cumprimento de disposições legais e regulamentares”; bem como “a falta de registo das alterações feitas aos projectos e sua comunicação à autoridade municipal, no caso de discordância das anotações feitas pelos autores dos projectos” [cf. alíneas *c*) e *e*) do n.º 2 do artigo 58.º]. No procedimento de alteração dos actos administrativos autorizativos e correspondentes alvarás a posição do autor dos projectos mantém-se inalterada (cf. artigo 36.º). Com base nestes dados normativos não podem restar dúvidas de que com o(s) autor(es) dos projectos se estabelece uma relação jurídica tripolar; no primeiro pólo encontramos o município (na sua posição concentram-se todos os interesses públicos), no segundo pólo encontramos o loteador, e no terceiro pólo encontramos o autor dos projectos. Nas relações jurídicas triangulares (procedimentais e materiais) que entre eles se estabelecem o terceiro-autor dos projectos encontra-se em relação não apenas com o loteador, mas também com o município, não sendo difícil advinhar situações em que os diferentes interesses são antagónicos.

Afectados sempre pelos actos administrativos autorizativos referidos são os adquirentes dos lotes, que vêem a sua posição jurídica urbanística em grande medida heteronomamente por ele conformada. Na relação jurídica administrativa duradoura que se estabelece entre o município e o loteador o adquirente vem ocupar frequentemente a posição de terceiro interessado, envolvendo a relação bilateral numa relação trilateral. É muito clara a lei ao afirmar que “as condições estabelecidas no alvará vinculam a câmara municipal e o proprietário do prédio e ainda, desde que constantes do registo predial, os aquirentes dos lotes.” (cf. n.º 3 do artigo 29.º). O consentimento de dois terços dos adquirentes dos lotes é exigido para alterar os projectos de loteamento e de obras de urbanização

tituladas por alvará (cf. n.º 3 do artigo 36.º), para além de alterações semelhantes realizadas potestativamente pelo município, no cumprimento do dever de adaptação a plano ou instrumento urbanístico, lhes conferirem um direito a indemnização (cf. n.º 4 do artigo 37.º). É, pois, evidente que os actos administrativos referidos produzem efeitos em relação aos terceiros-proprietários de lotes, iniciando uma ligação das suas posições (procedimentais e materiais) com as do loteador e do município, numa relação tripolar. Na relação jurídica triangular que entre estes três “vértices” se estabelece existe um campo aberto à conflitualidade, em que o antagonismo de interesses se tem revelado muito acentuado.

Outros potenciais terceiros interessados que podem constituir um dos pólos ou vértices de uma relação jurídica trilateral são os vizinhos, apesar de a legislação em apreço não densificar a sua posição relativa face ao loteador e ao município, com excepção da obrigação imposta ao requerente de uma operação de loteamento e ao loteador de dar publicidade ao requerimento e ao alvará, respectivamente, onde se adivinha a provocação da sua participação no procedimento (cf. artigos 10.º e 33.º).

O técnico responsável pela direcção técnica da obra, cuja identificação é obrigatória na memória descritiva que acompanha o requerimento inicial (cf. artigo 6.º do decreto regulamentar n.º 63/91, de 29 de Outubro), tem o dever de registar no livro da obra o respectivo estado de execução, podendo exarar as observações que considere convenientes sobre o desenvolvimento dos trabalhos (cf. n.º 2 do artigo 49.º), ao que acresce o dever de declarar, na conclusão da obra, expressamente no livro de obra que a obra está executada de acordo com o projecto aprovado e com as condições de licenciamento previstas no alvará e, ainda, que todas as alterações efectuadas por si ou pelos autores de projectos, constantes do livro de obra, estão em conformidade com as normas legais e regulamentares em vigor (cf. n.º 8 do artigo 49.º). A omissão daquele dever de registo ou a falsidade da declaração de conformidade destes técnicos responsáveis pela direcção técnica da obra constitui contra-ordenação [cf. alínea f) do n.º 2 do artigo 58.º]. Mas, a não conclusão das obras de urbanização ou a sua realização em desconformidade com os projectos aprovados e condições fixadas no licenciamento também constitui contra-ordenação imputável ao loteador (cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 58.º). Por último diga-se que “a entidade que executa a obra pode mencionar no livro de obra os pedidos de esclarecimentos necessários à correcta interpretação dos projectos, bem como advertir para eventuais erros ou incompatibilidades que tenha detectado nos projectos” (cf. n.º 5 do artigo 49.º), estabelecendo deste modo uma comunicação com o autor dos projectos. Também, estes sujeitos podem ser vistos como terceiros quer perante o acto administrativo de autorização de loteamento, que os constitui nos deveres referidos, quer no âmbito das relações com o loteador, o município, o autor dos projectos e os adquirentes dos lotes: uma relação multilateral, portanto. O conjunto complexo destas relações jurídicas configuradas como uma relação jurídica multipolar duradoura encontra a sua conformação fundamental nas normas referidas e nos “actos administrativos com efeitos para terceiros” em que se traduzem as autorizações de lotear e de urbanizar. Estes actos administrativos, muitas vezes titulados por um único alvará, podem ser compreendidos na categoria dos actos administrativos gerais. A doutrina tem distinguido principalmente entre actos gerais que visam destinatários precisos, actos gerais que respeitam às características de direito público de uma coisa, e actos gerais que respeitam à utilização de uma coisa pelo público em geral<sup>73</sup>. Ora, os actos administrativos que apreciamos no seu tipo legal têm uma natureza mista. Se não é difícil observar que visam um círculo de destinatários determinado ou determinável por características gerais (o loteador, o autor dos projectos, o técnico responsável pela direcção técnica da obra de urbanização,

os adquirentes dos lotes), também não custa ver nesses actos fixadas as características de direito público de uma coisa (área dos lotes, sua localização, finalidade do uso das construções, área de implantação, área de construção, número de pisos e número de fogos de cada um dos lotes), bem como determinações sobre a utilização de coisas pelo público em geral (estrutura viária adoptada, áreas destinadas a espaços verdes e de utilização colectiva).

Esta natureza mista do carácter geral dos actos administrativos<sup>74</sup> em causa fundamenta e determina algumas características do seu regime, entre as quais os referidos deveres de dar publicidade à interposição do requerimento de loteamento urbano e ao alvará.

Nas secções seguintes tratar-se-á de filtrar juridicamente os interesses aqui encontrados, para saber se no mundo do Direito eles conseguem alcançar alguma tutela jurídica. Essa tarefa implica que, pelo contrário, não haverá preocupação em determinar a posição jurídica subjectiva do município e do loteador no âmbito que nos ocupa, o que só ocorrerá instrumentalmente.

### ***3. A determinação da protecção jurídica de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização***

Uma constelação de questões importantes se colocam a propósito da protecção jurídica subjectiva de terceiros. A título meramente exemplificativo refiro o problema dos limites da liberdade do legislador ordinário de não positivar normas jurídicas administrativas subjectivizantes, e o problema da competência de subjectivação e da tarefa de subjectivação dos diferentes aplicadores do direito<sup>75</sup>. Porque essas constelações de problemas formam, ainda, uma grande “nebulosa”, não é possível, nem seria adequado, no âmbito deste trabalho, empreender a tarefa de referir todos esses tópicos problemáticos e muito menos dedicar-nos profundamente a qualquer deles. Vamos, pois, mais modestamente explorar a subjectivação<sup>76</sup> jurídico-pública dos interesses de terceiros nas operações de loteamento urbano e das obras de urbanização, à luz dos topos enunciados na introdução e tendo presente as estruturas fácticas gerais que a consideração das relações jurídicas multipolares nos forneceu.

Começaremos por apreciar (3.1.) as possibilidades de protecção iusfundamental de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização: quer-se dizer a consideração dos direitos fundamentais afectados. Em segundo lugar, analisar-se-á (3.2.) a protecção jurídica procedimental de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização. Depois procederemos ao estudo da (3.3.) protecção jurídica de terceiros-vizinhos nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização. Por fim, tecerei alguns breves comentários à (3.4.) protecção jurídica de terceiros através de *standards* legalmente fixados para as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização.

#### ***3.1. As possibilidades de protecção iusfundamental de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização: a consideração dos direitos fundamentais afectados***

Na apreciação das posições jurídicas fundamentais ter-se-á presente a mais recente elaboração doutrinal da teoria jurídica geral dos direitos fundamentais<sup>77</sup>. Sem pretender resumir esta teoria, podemos brevemente sintetizá-la nos seus principais postulados: um conceito semântico de norma garantidora de direitos fundamentais, utilizando as modalidades deonticas básicas<sup>78</sup>; a estrutura da norma iusfundamental é configurada segundo o modelo combinado princípio/regra (incompleta); o que

permite salientar as chamadas “lei de colisão de princípios” e “lei de ponderação”; a compreensão do direito fundamental como um todo, analisado em um complexo de direitos a qualquer coisa, liberdades e competências do seu titular; um conceito amplo de restrição (concepção do “*tatbestand* alargado”) e um conceito estrito de conformação de direitos fundamentais; as dimensões de organização, procedimento e processo dos direitos fundamentais<sup>79</sup>; distinção entre casos potenciais e casos actuais na colisão de direitos fundamentais.

Como resultado desta nova armadura dogmática do direito constitucional temos um aumento de colisões de direitos fundamentais (*prima facie*) que potencia o alargamento da competência do Tribunal Constitucional no controlo da argumentação iusfundamental implícita ou explicitamente sustentada pelo legislador ou pelos outros tribunais.

Este o quadro principal que permite justificar a articulação entre os direitos fundamentais, as relações jurídicas administrativas e a subjectivação jurídico-pública de terceiros. Vejamos, agora, qual o sentido e alcance da sua projecção nas relações jurídicas administrativas que se estabelecem nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização.

Todos os particulares que nestas operações urbanísticas podem ter interesses antagónicos, desde o loteador até aos terceiros referidos, podem agitar a “bandeira dos direitos fundamentais”, e em muitos casos em concorrência de direitos<sup>80</sup>.

O *loteador* estriba-se nos direitos fundamentais de propriedade privada e de iniciativa económica privada, que se cruzam na sua esfera jurídica.

Os *adquirentes dos lotes* podem preencher os pressupostos de facto (*Tatbestände*) de vários direitos fundamentais. Necessariamente são titulares de direitos fundamentais de propriedade privada, podendo concentrar outros direitos fundamentais na sua esfera jurídica: direito à saúde [que pode estar em crise pelas emissões nocivas de vizinhos (no loteamento ou fora dele)]; o direito à habitação; o direito ao ambiente e qualidade de vida urbana (ar e arejamento, claridade, vista, sossego, silêncio — que pode ser violado); a liberdade de religião e de culto (v.g. se num lote, integrado num loteamento residencial, o seu proprietário quiser instalar um templo religioso de religião (minoritária, ou maioritária) com amplificadores externos que transmitem o som gravado de sinos, de 15 em 15 minutos<sup>81</sup>); o direito de iniciativa económica privada (pense-se nos lotes que se destinam a edificação de construções para comércio, indústrias ou serviços). Mas, nos lotes e nos edifícios neles construídos podem viver pessoas que não sejam apenas proprietários, e o legislador só excepcionalmente parece ter dado conta disso (cf. artigo 18.º). Aqui a protecção iusfundamental será garantida sobretudo e para muitos casos pelo direito fundamental de propriedade privada (direitos patrimoniais-property rights)<sup>82</sup>, ou pelo direito ao ambiente e qualidade de vida urbana, não estando excluída a protecção através de outros direitos fundamentais, desde logo os atrás referidos.

Os *vizinhos urbanísticos* do loteamento urbano, do mesmo modo, podem beneficiar da protecção simples ou concorrente de direitos fundamentais. Aliás, creio que a caracterização de um direito fundamental ao ambiente urbano e qualidade de vida urbana, embora não esteja assim expressamente designado na Constituição, não pode deixar de se encontrar nela positivado<sup>83</sup>. O direito constitucional fundamental ao ambiente urbano, marcado por uma “teleologia antropocêntrica”<sup>84</sup>, articula-se mas não se confunde com o direito à qualidade de vida urbana; esse direito a nível constitucional encontra os seus esteios na medida em que, sendo embora o ambiente um “conceito constitucional estrutural, funcional e unitário”<sup>85</sup>, não seria razoável que um grande número dos titulares desse direito não o pudessem exercer nas cidades, vilas ou aldeias, em relação ao seu ambiente urbano, à protecção dos sistemas físicos, químicos e biológicos humanos, e perante algumas das suas mais próximas lesões,

quer determinadas por poluições locais quer pela incorrecta localização das actividades. Aquele direito fundamental, por outro lado, não se pode confundir com a concorrência de outros direitos na esfera jurídica do seu titular. Assim, na sua dimensão negativa deve permitir, para lá de uma morada decente<sup>86</sup> (direito à habitação) e do direito à saúde, afastar comportamentos de outros sujeitos que lesem as suas componentes básicas (v.g. sistemas físicos: ar, arejamento, claridade, tranquilidade, etc.; sistemas químicos: qualidade de materiais de construção, emissões de poluição local, etc.).

O *autor dos projectos* de loteamento e das obras de urbanização é titular dos direitos fundamentais de liberdade de criação cultural e de propriedade privada (cf. artigos 42.º e 62.º CRP)<sup>87</sup>, e pode, também, em muitos casos, invocar o direito de iniciativa económica privada.

Porém, não nos podemos esquecer que o direito do urbanismo é um ramo do Direito em que se verifica uma tendência, como noutros aliás, para a “tecnicização”, e de, por isso mesmo, aí ser mais pesada a “responsabilidade do direito constitucional”, e, sobretudo, da Constituição, como reserva de justiça<sup>88</sup>.

Como é sabido, num Estado constitucional, dois dos mais importantes subprincípios concretizadores do princípio estruturante do Estado de direito são o princípio da protecção da confiança dos cidadãos nos actos dos poderes públicos e o princípio da segurança jurídica. Sucede, contudo, que a variabilidade da apreciação do interesse público, quer pelo legislador (compreendendo aqui o planeador urbanístico) quer pela Administração activa, determina frequentemente a alteração de situações factuais há muito estabilizadas, ou até a alteração do conteúdo dos actos dos poderes públicos. Como é sabido, a protecção da confiança deve ser particularmente intensa quando assenta em direitos fundamentais<sup>89</sup>. Outro princípio que jogará um relevantíssimo papel na avaliação das intervenções normativas, bem como na apreciação das colisões, é o princípio da proporcionalidade<sup>90</sup>.

As colisões destas posições iusfundamentais complexas determinam a necessidade de argumentação iusfundamental para saber quais as relações condicionais de prevalência que se estabelecem entre os direitos fundamentais *prima facie*, e quais de entre eles devem obter carácter definitivo, bem como o seu controlo jurisdicional, em sede de fiscalização da Constituição<sup>91</sup>. Em regra, como se viu, os conflitos estabelecer-se-ão entre direitos a acções negativas, os chamados direitos de defesa (*Abwehrrechte*), que se subdividem em direitos ao não impedimento de acções, direitos à não interferência na situação do titular e direitos à não eliminação das posições jurídicas<sup>92</sup>, e entre esses direitos e outros bens jurídicos da comunidade ou do Estado<sup>93</sup>.

A qualificação destes conflitos de interesses como conflitos de direitos fundamentais pode em alguns casos limite determinar a declaração ou a invocação de nulidade nos termos das alíneas d) e c) do n.º 2 dos artigos 133.º e 134.º do Código do Procedimento Administrativo<sup>94</sup>.

### 3.2. A protecção jurídica de terceiros-vizinhos nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização

Os problemas entre vizinhos são de sempre<sup>95</sup> e a sua análise e composição não se esgota no plano jurídico. A relativa dificuldade do Direito para resolver esses diferendos tem levado alguma doutrina a esclarecer que as comunidades de vizinhos se auto-regulam através de normas informais — normas sociais — sem a ajuda de poderes públicos que coordenem a resolução de conflitos de vizinhança. Assim, o Professor de direito urbanístico de Yale Law School Robert C. Ellickson levanta um “mapa” de situações de vizinhança em que a ordem é alcançada com êxito sem o Direito, integrando as

considerações do pertinente direito norte-americano com os desenvolvimentos da economia, da sociologia, da teoria dos jogos e da antropologia<sup>96</sup>.

Apesar da tentadora proposta não se vai deslocar a atenção para âmbitos extra jurídicos. Por outro lado, os vizinhos que aqui nos interessam são principalmente os vizinhos urbanísticos do loteamento urbano, e não os vizinhos civis e os vizinhos ambientais (em sentido lato).

J. J. Gomes Canotilho recentemente delimitou o “conceito de vizinho” em termos jurídico-urbanísticos e jurídico-ambientais suficientemente operatórios para auxiliar a tomada de decisões jurisprudenciais justas, identificando três elementos individualizadores de direitos e interesses de vizinhos: o elemento pessoal, o elemento espacial e o elemento temporal<sup>97</sup>. Vamos aqui colher este ensinamento, partindo da proposta de delimitação do conceito geral de vizinho urbanístico e ambiental, tentando, embora, especificar as características de um autónomo conceito de vizinho urbanístico<sup>98</sup>:

a) Delimitação pessoal: um conjunto de pessoas diferentes da colectividade urbana em geral, na medida em que a situação pessoal é regulada ou pode ser afectada por normas de direito público urbanístico. Deste modo, os vizinhos urbanísticos distinguem-se não apenas dos munícipes e dos cidadãos em geral, como também podem distinguir-se, no elemento pessoal, dos vizinhos ambientais — apenas quando possam preencher os pressupostos de facto de outros direitos fundamentais que não o direito ao ambiente (v.g. direito à habitação), ou então quando surjam como vizinhos urbanísticos lesados no seu direito ao ambiente urbano<sup>99</sup>.

b) Delimitação espacial: os vizinhos urbanísticos formam o círculo de pessoas que podem invocar normas de zonamento, de localização de actividades e de construção que vinculam as decisões administrativas que os afectam como terceiros, quer se trate de normas urbanísticas de âmbito geral quer de normas de âmbito local<sup>100</sup>. No caso de normas de âmbito local será em muitos casos facilitada a delimitação espacial dos vizinhos, abrangidos pelo âmbito espacial das mesmas normas que os destinatários directos do acto administrativo<sup>101</sup>. É neste sentido, também, que o vizinho urbanístico se pode distinguir espacialmente do vizinho civil, abrangendo para lá do conjunto de titulares de direitos reais sobre o “prédio vizinho”, entendido como “prédio contíguo”, outras pessoas cujos interesses possam ser intensamente violados.

c) Delimitação temporal: os vizinhos urbanísticos delimitam-se, ainda, pela relação espácio-temporal juridicamente densificada<sup>102</sup>. Não sendo absolutamente necessária a permanência física, exige-se uma permanência estreita de interesses referida ao local juridicamente tutelada: v.g. o proprietário, os arrendatários<sup>103</sup>, os trabalhadores, os alunos de uma escola — mas já não o transeunte<sup>104</sup> e o vendedor ambulante.

Se a consideração preferencial dos interesses públicos urbanísticos e dos direitos dos loteadores não oferece dúvidas e é absolutamente necessária, já é incompreensível e incorrecto que o legislador ao regular as operações de loteamento e de obras de urbanização despreze a consideração das posições jurídicas de terceiros-vizinhos eventualmente afectados pelos actos da Administração<sup>105</sup>. Com efeito, a lei não impõe nenhum dever de consideração dessas posições, centrando-se na relação bilateral município/loteador, numa perspectiva ainda própria de uma sociedade industrial e não respondendo às exigências da actual sociedade de risco. De facto, a visão “industrial” das operações urbanísticas, apenas ligeiramente mitigada pelas preocupações de defesa dos consumidores que se observam ao nível dos adquirentes de lotes, de edifícios ou de suas fracções, não é suficiente para proteger subjectivamente os vizinhos urbanísticos, também eles sujeitos de direito.

Como afirma J. J. Gomes Canotilho, “basta um relance de olhos pelos vários interesses de terceiros dignos de protecção — proprietários e habitantes inseridos em relações de vizinhança jurídico-



-urbanísticas — para compreendermos o real significado da falta de normas que determinam, de forma rigorosa e precisa, quais, dentre os pressupostos de actos administrativos autorizativos de edificações urbanas que têm (também!) como finalidade garantir os direitos de terceiros. Nuns casos pode estar em causa o direito de defesa contra emissões provenientes de edificações vizinhas (cheiros, gases, ruídos). Noutras hipóteses verifica-se a necessidade de o terceiro se defender contra “agressões passivas” conducentes a privações de luz, de sol e de vistas (ex.: através de construções vizinhas). Não raro acontece que o “direito do vizinho” se oriente no sentido de defesa contra actos autorizativos de edificações incompatíveis com o tipo de construções preexistente (ex.: uma “torre” de vários andares numa urbanização de vivendas monofamiliares) ou contra actos de licenciamento de instalações industriais em zonas próximas de perímetros residenciais”<sup>106</sup>.

Na falta da positivação das normas mencionadas os interesses dos vizinhos, em regra, são relegados para o plano dos interesses de facto.

Não é de excluir que esta ausência de normas que subjectivem uma protecção de terceiros vizinhos, e que determinem um dever de consideração dos seus direitos e interesses, se na maior parte dos casos se revela um opção possível e legítima do legislador pela protecção dos já referidos interesses públicos e do loteador, noutros casos em que a lesão provocada constitua uma grave e insuportável lesão dos direitos fundamentais<sup>107</sup>, designadamente ao direito à não interferência na situação do seu titular, que os direitos a acções negativas comportam<sup>108</sup> se deva reconhecer pretensões de defesa contra actos administrativos com efeito para terceiros<sup>109</sup>, ou contra comportamentos de vizinhos não autorizados.

Confrontadas com problemas semelhantes, a jurisprudência e a doutrina alemã elaboraram algumas teorias para sustentar a protecção dos vizinhos urbanísticos. O problema principal, como então a doutrina o colocou, foi o de saber a partir de que momento é lesado o direito de terceiro através da autorização concedida ao dono da obra<sup>110</sup>. A partir da importante decisão do Tribunal Federal Administrativo da R. F. A. de 25 de Fevereiro de 1977, este supremo tribunal alterou o antigo sistema de (não) protecção de terceiros. Tratava-se aí de uma acção (recurso) de anulação de um acto administrativo (*Anfechtungsklage*) que autorizava a instalação de um estábulo para engorda de suínos (pocilga) a um agricultor, interposta por um proprietário vizinho. O tribunal teve aí ocasião de elaborar uma fórmula de ponderação do conteúdo objectivo do dever de tomar em consideração (*das Gebot der Rücksichtnahme*). Vale a pena transcrever essa fórmula: “quanto mais sensível e digna de protecção for a posição daqueles que, em razão da conexão estabelecida, devem ser tomados em conta, tanto mais pode ser exigida a sua consideração. Quanto mais compreensíveis e irrecusáveis forem os interesses que se pretendem satisfazer com o empreendimento, tanto menos excessiva deve ser a tomada em consideração de outros interesses”<sup>111</sup>. Depois da formulação da dimensão objectiva, a jurisprudência alemã afirma a dimensão subjectiva do dever de consideração sempre que uma disposição urbanística determine e delimite, isto é, identifique um círculo de terceiros individualizável e não excessivamente vasto, e muitas vezes invocando o artigo 14.º da Grundgesetz (propriedade privada). Esta implícita exclusão de subjectivação não vale, no entanto, para todos os casos.

Em breve esta jurisprudência propagou-se para outros domínios da protecção de terceiros tendo sido alvo de várias objecções que a doutrina ainda hoje sustenta. Uma primeira crítica, argumentava que o dever de tomar em consideração com recurso imediato ao direito fundamental de propriedade privada era um inadmissível comportamento dos tribunais de ultrapassar a competência de conformação do legislador, perturbando o sistema constitucional de competências. Outras críticas afirmavam o carácter *praeter legem* do dever de tomar em consideração, outros, ainda,

justificavam-se no carácter indeterminado e vago da fórmula de ponderação do tribunal federal, contrária ao princípio do Estado de Direito. Outros autores objectavam que este dever de tomar em consideração os interesses de terceiros iria dissolver a tradicional teoria da norma de protecção, uma vez que o conteúdo da norma ficava dependente dos acasos, das situações concretas. Um outro grupo de críticos sustentava que a protecção dos direitos subjectivos públicos mediante o dever de consideração era supérflua, uma vez que haveria melhores soluções<sup>112</sup>. Chegou mesmo a doutrina a examinar este *dever de tomar em consideração a posição dos vizinhos urbanísticos* sob a perspectiva da admissibilidade do desenvolvimento do direito judicial, chegando à conclusão que tal dever é de rejeitar, visto que os pressupostos para a sua criação não se verificavam<sup>113</sup>.

Vários problemas se levantaram a propósito de saber se a protecção jurídica oferecida pelo dever de consideração de terceiros-vizinhos era subjectivável, e em que medida. Estas dúvidas resultam, desde logo, do carácter triangular das relações jurídicas em causa. Em primeiro lugar levanta-se a questão de saber quem é o destinatário do dever de protecção: se o órgão administrativo se o particular que requereu e obteve a autorização. A doutrina esclareceu que o direito subjectivo público deve ser orientado para o órgão administrativo e não para o vizinho<sup>114</sup>, partindo da teoria da protecção da norma que confere esses direitos. Outra questão importante era a de saber se com base na teoria da protecção da norma se alcançava uma subjectivação completa do vizinho, o que o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha excluiu, em virtude da necessidade de protecção do particular a quem tinha sido autorizada a construção<sup>115</sup>.

A jurisprudência e a doutrina alemãs têm assegurado a uma parte dos terceiros-vizinhos protecção jurídica com fundamento directo no direito fundamental de propriedade, mas apenas quando a autorização ou uma sua utilização alterar duradouramente uma previamente delimitada situação do terreno do vizinho urbanístico, e dessa forma ultrapassar os limites da inexigibilidade da expropriação, atingindo o vizinho de modo grave e insuportável<sup>116</sup>.

Fora destes casos deve entender-se que a subjectivação de direitos de terceiros se opera (negativo) através de “direitos secundários”<sup>117</sup>, isto é, pretensões de defesa dos direitos primários. Esta parece-me ser, aliás, e em geral, a compreensão mais adequada à diferente distribuição dos direitos que, por regra, a lei deve operar, e que a administração e os tribunais devem observar. A predominância da “técnica da lei protectora”<sup>118</sup> face à técnica de atribuição de direitos subjectivos públicos primários é imposta pela consideração preferente, mas já não exclusiva, do titular de um direito subjectivo primário e do seu interesse em aproveitar as utilidades do bem objecto do seu direito.

Citando Peter Preu pode dizer-se que “a protecção de interesses defensiva do direito de defesa através de previsões de bem protegido/agressão tem o seu lugar onde não é possível um juízo prévio generalizado no sentido de um merecimento predominante de protecção do interesse na situação fáctica prejudicada em face do interesse de liberdade prejudicado. Nos casos de protecção de terceiros falta este pressuposto. O “carácter mediato” das limitações cuja defesa é do interesse dos terceiros proíbe apreciar geralmente como superior o interesse do terceiro na ausência de perturbação à liberdade de actuação do “segundo”.”

As relações de prevalência condicionada a estabelecer entre os diferentes direitos subjectivos primários, depois de provocada a reapreciação da Administração ou o controlo judicial através dos direitos secundários, deve envolver a apreciação de *alguns critérios* gerais de subjectivação que a doutrina tem formulado, e ainda, nos termos referidos, os direitos fundamentais. Como critérios gerais de subjectivação foram alinhados os seguintes<sup>119</sup>: a) a consideração de normas impositivas de deveres como pressupostos de subjectivação diz respeito principalmente à questão de saber se um aspecto

vinculado do acto administrativo não foi previsto na norma habilitante também no interesse de terceiros (v.g. pressupostos de facto da decisão de indeferimento do requerimento de loteamento, cf. artigo 13.º); *b*) a proximidade do interesse limitado com direitos subjectivos absolutos, em especial com direitos fundamentais, a que já se fez referência; *c*) a proximidade do incumprimento do dever com um interesse favorecido pela norma; *d*) a finalidade do prejuízo operado pelo incumprimento do dever. Outra importante teoria que se tinha mobilizado para descortinar um direito subjectivo ou um interesse legalmente protegido dos vizinhos urbanísticos é a conhecida teoria da protecção da norma (*Schutznormtheorie*), que além do escopo da norma pretende ter em conta o complexo normativo material regulador da relação jurídica concreta<sup>120</sup>. Esta teoria, contudo, ao considerar decisivo o fim da norma não consegue oferecer a protecção necessária aos vizinhos urbanísticos naqueles casos, muito frequentes, em que a sua posição substantiva assenta em interesses jurídico-constitucionais protegidos, que só muito remotamente se podem considerar protegidas pelo fim da norma protectora<sup>121</sup>. Veja-se, por exemplo, a dificuldade em considerar como protector de vizinho urbanístico o pressuposto de facto da decisão de indeferimento de autorização de loteamento previsto na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 13.º (afectar o património arquitectónico, histórico, cultural e paisagístico do local)<sup>122</sup>. Porém, entre nós, recentemente Vasco Pereira da Silva associa claramente a necessidade de recurso a um conceito mais amplo de direito subjectivo, que tem por base os direitos fundamentais, afirmando que assim surgem direitos subjectivos novos, entre os quais os direitos de terceiros, captados em grande parte através da teoria da protecção da norma<sup>123 124</sup>. Penso, porém, que os direitos fundamentais dos vizinhos, quando afectados de forma intensamente grave e duradoura, merecem sempre a protecção do juiz, tenha ou não a norma legal por escopo aquela protecção. Os tribunais serão chamados nestes casos a compor um caso actual de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos da comunidade ou do Estado, nos termos gerais. Mas, para além do controlo iusfundamental desses conflitos, deve ser ponderado se a “limitação factual da posição jurídica do vizinho vai para lá do socialmente adequado, dos hábitos locais ou do que é exigível (pelo direito ordinário)”<sup>125</sup>.

A importância do “direito secundário” dos vizinhos e da correspondente pretensão de defesa, através da concessão de legitimidade processual<sup>126</sup>, deve também ter em conta a especial relação que existe entre as licenças de loteamento urbano e de obras de urbanização e as posteriores licenças de construção. Assim, se uma daquelas operações urbanísticas previr ilegalmente a construção de um edifício, cuja configuração vai atingir os interesses de terceiros, devem entender-se os seus vícios como próprios dos correspondentes actos autorizativos, devendo os terceiros-vizinhos requerer em tempo a anulação jurisdicional dos mesmos, para que não façam caso decidido também contra eles, e nunca atacar as licenças com esses fundamentos, salvo nos casos mais graves de nulidade. Esta, também, uma razão para que directamente daqueles actos se possam defender os terceiros-vizinhos<sup>127</sup>, desde logo através dos chamados recursos de vizinhança<sup>128</sup>.

No sentido de que existe uma semi-subjectivação<sup>129</sup>, nos termos indicados, jogam os dados normativos que se retiram dos artigos 10.º e 33.º, que impõem a publicitação quer do requerimento de loteamento urbano, quer do respectivo alvará, o que como é óbvio aproveita aos terceiros-vizinhos, permitindo-lhes exercer os respectivos direitos secundários, se assim o entenderem<sup>130 131</sup>.

Do outro lado da balança devem ponderar-se os interesses públicos e os interesses do loteador, que através do acto administrativo alcançaram uma certa composição, digna de protecção da confiança. A protecção da confiança do “segundo” não pode, porém, representar qualquer impedimento à protecção jurídica dos terceiros prejudicados<sup>132</sup>.

### 3.3. *A protecção jurídica procedimental de terceiros nas operações de loteamento urbano e de obras de urbanização*

Duas grandes tendências se perfilam no horizonte jurídico-dogmático quanto à revalorização do papel do procedimento no direito administrativo. A tendência objectivista, comum na doutrina italiana, que vê no procedimento o instrumento apto a alcançar a mais conveniente e eficaz decisão administrativa. A tendência subjectivista, desenvolvida na doutrina alemã e com ecos na doutrina portuguesa, concebe o procedimento administrativo como uma dimensão dos direitos fundamentais<sup>133</sup>. Não se vê nenhuma razão para excluir qualquer dos contributos.

Parte-se aqui da ideia largamente aceite de que o procedimento é “a forma da função administrativa” (Benvenuti, Giannini, R. Soares). Entende-se o procedimento como um “modo de recolha e composição de interesses para a produção de actos da Administração”<sup>134</sup>.

“O procedimento justo, como ideal regulativo exigido pelos próprios direitos fundamentais”<sup>135</sup>, deve abranger uma dimensão de participação individual em termos substanciais. De qualquer forma, e nas palavras de João Loureiro, “a densificação do projecto de justeza procedimental é, essencialmente, tarefa do legislador, num processo de autónoma conformação política em que terão de ser ponderados os distintos fins prosseguidos pelo procedimento”<sup>136</sup>.

O nosso Código do Procedimento Administrativo estabelece um modelo de procedimento administrativo comum para a prática de actos administrativos entre a eficiência e a garantia dos particulares<sup>137</sup>. Todavia, o nosso propósito é estudar o sistema de procedimentos que sustentam a relação jurídica multipolar do loteamento urbano, portanto, é estudar os procedimentos especiais e as relações jurídicas procedimentais que entre eles e neles se estabelecem.

Antes de avançarmos na identificação desse feixe de procedimentos cabe determinar a relação geral que existe entre o procedimento administrativo comum para a prática de actos administrativos primários<sup>138</sup> e os procedimentos especiais decisórios que aqui vamos estudar. O n.º 7 artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo aponta a solução de as suas disposições serem aplicáveis “supletivamente, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares”<sup>139</sup>. Ora como em nenhum dos procedimentos especiais que vamos identificar se exige ou se confere o direito à audiência prévia dos interessados, não deve haver qualquer dúvida de que todos os terceiros que foram apontados têm o direito de ser ouvidos pela Administração se, assim, o pretenderem<sup>140</sup>. Todavia, como o acto de licenciamento de uma operação de loteamento urbano pode ser configurado como um acto geral, é muito difícil, se não mesmo impossível para a Administração cumprir os deveres que nos artigos 100.º e seguintes daquele Código se prescrevem. Torna-se necessário, pois, distinguir. O loteador deve ser notificado para dizer o que se lhe oferece, nos termos gerais. Já o autor dos projectos, nos procedimentos decisórios de primeiro grau, e por regra, não deverá ser ouvido antes da decisão [cf. alínea *a*) do n.º 2 do artigo 103.º do CPA]. Os adquirentes dos lotes neste momento, como é óbvio, logicamente não existem enquanto tais. Quanto aos vizinhos, o artigo 11.º do diploma legal sobre os loteamentos possibilita-lhes o conhecimento da interposição do requerimento de loteamento. Esse conhecimento permite-lhes exercer o direito à audiência prévia, pois podem ser interessados. Já não parece possível que a Administração os notifique um a um para os ouvir, pela dificuldade em os determinar. Fica, no entanto, a dúvida se nos casos de grave e intolerável lesão para os terceiros vizinhos, a simples publicidade em aviso no local de que foi pedida a emissão de acto autorizativo de loteamento, não envolve “diminuição das garantias dos particulares”. Estas dificuldades podiam ter sido antecipadas pelo referido Código se tivesse estabelecido e regulado a

subcategoria de actos administrativos gerais, como sucede na *Verwaltungsverfahrensgesetz*, ao prever a dispensa da audiência prévia dos interessados quando a autoridade pretenda adoptar uma decisão genérica (*Allgemeinverfügung*) (n.º 4 do § 28/2 VwVfG), em termos que para o nosso caso dos actos autorizativos de loteamentos urbanos seriam, todavia, excessivos, e sempre careceriam de tratamento próprio em lei especial. Essa regulação normativa da participação dos interessados nos procedimentos de loteamento urbano, como o são os vizinhos urbanísticos, tem sido de *jure condendo* apontada pela doutrina portuguesa. Assim, F. Alves Correia, partindo da consideração de que a publicitação do pedido de licenciamento se destina a permitir a participação de particulares, designadamente aos vizinhos do prédio a lotear, defende que “a solução mais correcta seria a de fazer preceder a aprovação de todos os projectos de loteamentos urbanos, quer fossem de iniciativa pública, quer de iniciativa privada, da realização de inquérito público, à semelhança do que sucede com os planos de pormenor”<sup>141</sup>. A transição de uma difícil audiência dos interessados para um inquérito público parece-me adequada ao carácter de acto geral misto apontado ao acto definitivo produzido por este procedimento. Simplesmente, e de *jure condendo*, a solução mais correcta não passa por um qualquer modelo de subprocedimento de “desabafo”, como se pode caracterizar o actual regime jurídico de inquérito público a realizar no âmbito dos procedimentos de planos regionais de ordenamento do território e de planos municipais de ordenamento do território, em que a complexa formação da decisão do plano se realiza à margem da participação dos interessados, finalmente confrontados com um plano acabado. Não é que se advogue aqui a participação dos interessados na formação sucessiva do procedimento de loteamento urbano, solução adequada para os planos, pois tem de dar-se a devida “preferência” aos direitos do loteador. O que se defende é que a lei, para além do inquérito público, estabeleça claramente uma *obrigação de ponderação dos interesses públicos e privados co-envolvidos, entre si e uns com os outros*. Aliás, esta obrigação está positivada entre nós no regime jurídico dos planos especiais de ordenamentos do território, e amplamente pelo legislador urbanístico germânico e italiano<sup>142</sup>. Só estando positivada expressamente essa obrigação de ponderação é que do seu incumprimento se podem seguramente configurar diversos vícios de ponderação, que exprimem uma protecção jurídica subjectiva de terceiros, ao menos como “direitos secundários”. A obrigação de ponderação de interesses pode ser configurada para a relação multipolar de loteamento urbano através dos seguintes comandos<sup>143</sup>: 1) proibição de “falta” de ponderação; 2) proibição de deficiente ponderação; 3) proibição de juízo de ponderação insuficiente; 4) proibição de ponderação desproporcionada.

O procedimento administrativo desempenha uma função de protecção jurídica, não apenas enquanto instrumento de compensação para um controlo jurisdicional menos intenso, desde logo através do direito de participação procedimental dos interessados, que possibilita um melhor controlo da legalidade do acto. Mas, a sua função protectora não é apenas indirecta. Ele próprio oferece uma protecção jurídica directa<sup>144</sup>. Enfim, um suplemento importante de protecção jurídica, precisamente tendo em conta que se trata de procedimentos constitutivos, aptos a produzirem actos administrativos conformadores de relações jurídicas multipolares.

São os seguintes os mais importantes<sup>145</sup> procedimentos especiais regulados no regime jurídico dos loteamentos urbanos e de obras de urbanização:

- 1.º Procedimento de licenciamento de operações de loteamento (cf. artigos 8.º a 19.º e 40.º a 45.º)
- 2.º Procedimento de licenciamento de obras de urbanização (cf. artigos 20.º a 27.º e 40.º)
- 3.º Procedimento do contrato de urbanização (cf. artigo 25.º)

- 4.º Procedimento para a obtenção de alvará (cf. artigos 28.º e ss. e 40.º)
- 5.º Procedimento de alteração das licenças de loteamento e/ou de obras de urbanização (cf. artigos 36.º e 37.º)
- 6.º Procedimento de recepção das obras de urbanização (cf. artigo 50.º)
- 7.º Procedimento de correcção dos trabalhos efectuados (cf. artigo 46.º)
- 8.º Procedimento de execução de obras de urbanização pelo Município (cf. artigo 47.º)
- 9.º Procedimento de execução de obras de urbanização por terceiros (cf. artigo 48.º)

Problema muito discutido na doutrina é o de saber qual a relevância jurídica dos vícios procedimentais. Desde as posições extremadas que negam em absoluto qualquer relevância invalidatória dos vícios de forma, às que, do outro extremo, equiparam aquela relevância à dos vícios materiais<sup>146</sup>, ganham cada vez maior estabilidade as posições que consideram apenas uma relativa limitação da sua relevância. Assim, e parece ser essa a posição dominante da nossa doutrina e jurisprudência, deve partir-se da plena consideração do princípio estruturante do Estado de Direito e do seu subprincípio da legalidade da Administração para afastar liminarmente as distinções *prima facie* entre legalidade formal e legalidade material<sup>147</sup>. Todo o incumprimento da lei, e desde logo a lei que estabeleça formalidades e requisitos de forma, determina a ilegalidade invalidante do procedimento, que se comunica aos actos procedimentalmente definitivos. Todavia, tendo necessariamente presente que os preceitos procedimentais se encontram, frequentemente, numa relação de instrumentalidade relativamente ao direito material (o que deve ser avaliado caso a caso), tem sido defendida a limitação da relevância dos vícios de forma<sup>148</sup>. Não é este o momento oportuno para discorrer sobre este problema em geral. Sempre se dirá, porém, a propósito dos vícios dos procedimentos de operações de loteamento e de obras de urbanização que se deve considerar a concreta posição jurídica da Administração.

Os poderes da câmara municipal caracterizam-se, em traços muito largos, por um certo grau de discricionariedade<sup>149</sup> e, sobretudo, pelo amplo poder de apreciação dos factos compreendidos nas previsões normativas, para além da possibilidade de integrar nos seus actos elementos acessórios. Deste modo, não é de excluir que se um certo vício do procedimento não tivesse ocorrido a decisão final desse procedimento fosse outra, até de sentido oposto. Por isso, deve ser muito reduzida a limitação da relevância invalidante dos vícios formais nestes procedimentos urbanísticos, desde logo pela importância constitutiva da recolha e tratamento da informação, e composição de interesses, entre os quais se encontram os interesses dos terceiros<sup>150</sup>.

### 3.4. A protecção jurídica de terceiros através de standards legalmente fixados para as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização

No direito do urbanismo, a doutrina tem distinguido os *standards* urbanísticos dos *standards* de construção. Os *standards* de construção dizem respeito à volumetria, altura, distância entre as construções. Os *standards* urbanísticos, que são os que nos interessam, porque existem necessariamente nos loteamentos urbanos, dizem respeito às relações máximas entre espaços destinados a instalações residenciais e industriais e espaços públicos, ou reservados a actividades colectivas, a espaços verdes públicos e a estacionamento. Estes *standards* urbanísticos são estabelecidos por lei, que limita a discricionariedade na determinação do conteúdo dos planos urbanísticos e a iniciativa privada nas operações de loteamento, permitindo aí à Administração adoptar decisões negativas, sempre que forem violados<sup>151</sup>. A mesma doutrina salienta que os efeitos das normas sobre *standards* são de tipo indirecto, porque não podem ser observadas na edificação se não apenas e

enquanto inseridas no instrumento urbanístico que rege o correspondente acto autorizativo<sup>152</sup>. Daqui resulta a especial dificuldade de com os *standards* urbanísticos alcançarem os terceiros alguma subjectivação primária.

Os *standards* urbanísticos são característicos do movimento racionalista do nosso século e “encontram a sua justificação na maior complexidade da urbanística moderna dos actuais sistemas sociais, na sua tentativa de assegurarem níveis de vida qualitativamente aceitáveis”<sup>153</sup>.

Com frustração se podem procurar na legislação urbanística portuguesa os *standards* urbanísticos, especialmente na legislação sobre planeamento do território ou sobre o planeamento urbanístico. No entanto, numa pequena banda de dois Km do nosso litoral, prevê o Decreto-Lei n.º 302/90, de 26 de Setembro, verdadeiros *standards* de construção<sup>154</sup>, que devem ser observados pelos planos urbanísticos, pelos projectos de loteamento ou de obras particulares que abranjam ou sejam abrangidos por aquela faixa. Simplesmente nenhum desses *standards* diz respeito especificamente aos loteamentos urbanos, pois se tratam de *standards* de construção.

Ficamos, assim, remetidos ao único caso encontrado de *standards* urbanísticos, que se encontra previsto no artigo 15.º do diploma legal sobre as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização. Este preceito estabelece que as parcelas de terreno destinadas a espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos podem ser determinadas de três modos: 1) directamente pelo plano municipal de ordenamento do território; 2) ou, quando assim não ocorra, através de parâmetros fixados naqueles planos; 3) ou, ainda, quando os planos omitam esses parâmetros, através dos parâmetros estabelecidos na portaria a que se refere o artigo 45.º. A Portaria referida é a n.º 1182/92, de 22 de Dezembro.

Deste modo a Portaria n.º 1182/92 estabelece verdadeiros *standards* urbanísticos supletivos, embora de eficácia imediata e aplicáveis a todo o território continental.

Vamos centrar a exposição seguinte nos *standards* urbanísticos sobre os espaços verdes e de utilização colectiva, por comodidade e pela importância que têm na criação do ambiente urbano<sup>155</sup>. A Portaria n.º 1182/92 determina que num projecto de loteamento por cada 120 m<sup>2</sup> de área bruta de construção para habitação, 25 m<sup>2</sup> devem ser afectos a espaços verdes e de utilização colectiva, da mesma forma que por cada 100 m<sup>2</sup> de área bruta de construção para comércio ou serviços, 25 m<sup>2</sup> devem ser afecto ao mesmo fim. Igualmente, por cada 100 m<sup>2</sup> de área bruta de construção para indústria 20 m<sup>2</sup> devem ser destinados àqueles espaços.

Estes *standards* urbanísticos para espaços verdes e de utilização colectiva são fixados em termos apenas de determinar a sua existência necessária<sup>156</sup> e uma certa dimensão, com desconsideração da titularidade jurídica e da localização desses espaços<sup>157</sup>. No limite, parece, pois, nada obstar à inclusão dos espaços verdes apenas nos lotes, embora com essa vinculação, e dos espaços de utilização colectiva, necessariamente fora dos lotes, em regime de propriedade privada horizontal dos proprietários dos lotes (cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º)<sup>158</sup>. Assim, os *standards* urbanísticos fixados na Portaria n.º 1182/92 não são aptos a subjectivizar definitiva e primariamente posições jurídicas de terceiros, desde logo porque a Administração goza de um largo poder de apreciação dos factos pressupostos. O que fica dito para a Portaria n.º 1182/92 não exclui que em planos municipais de ordenamento do território se encontrem *standards* urbanísticos de conteúdo apto a subjectivizar posições jurídicas de terceiros vizinhos. Por outro lado, e uma vez autorizada a operação de loteamento, com espaços verdes e de utilização colectiva, pode entender-se que os terceiros adquirentes dos lotes, e mesmo os vizinhos, têm um direito ao plano de loteamento e à sua imodificabilidade essencial, na medida em que as alterações pretendidas se revelem manifestamente graves e intoleráveis, tendo em conta a situação que até aí duradouramente existia.

A violação dos *standards* urbanísticos de dimensionamento de tais parcelas constitui fundamento legal de indeferimento do pedido de licenciamento da operação de loteamento urbano [cf. n.º 2 do artigo 15.º e alínea a) *in fine* do n.º 2 do artigo 13.º]. Nessa medida, embora tendo em conta o amplo poder da Administração de apreciar os factos pressupostos na previsão normativa, aos vizinhos pode reconhecer-se, nas circunstâncias já delineadas, uma pretensão de defesa, através de um direito subjectivo secundário, exercendo os adequados meios de reacção jurídica que, deste modo, se encontram aptos a usar. Não é, no entanto, possível falar aqui em estreita “proximidade do incumprimento do dever em relação ao interesse favorecido pela norma” (Nähe der Pflichtwidrigkeit zum normbegünstigten Interessen)<sup>159</sup>.

Exemplos de *standards* não urbanísticos, mas que se podem referir aos loteamentos, podem ser dados. Se um loteamento prevê a instalação de uma estação de serviço ou de uma farmácia, aos terceiros concorrentes pode ser necessário reconhecer uma pretensão de defesa da sua posição. Com efeito, entre nós, em ambos os casos<sup>160</sup> podem ser mobilizadas normas que estabelecem distâncias protectoras de interesses de concorrentes. Deste modo, as autorizações que violarem estas vinculações permitindo a instalação a distância inferior novas estações de serviço ou de farmácias, podem ser impugnadas pelos concorrentes<sup>161</sup>. Aqui verifica-se ser mais estreita a “proximidade do incumprimento do dever em relação ao interesse favorecido pela norma”.

#### 4. Conclusões

a) Numa sociedade de risco, as operações de loteamento reguladas pelo direito do urbanismo permitem a produção e distribuição de novas posições jurídicas mas, simultaneamente, criam a possibilidade de conflito e de zonas de incerteza entre aquelas posições e entre elas e as posições jurídicas pré-existentis;

b) No entanto, e tendo em conta o seu significado para a urbanização, as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização, que são um fenómeno social entre a colonização do espaço e do tempo, enquanto sistema pericial, pretendem organizar a confiança, reduzindo a incerteza, regulando e distribuindo riscos e expectativas;

c) As operações de loteamento assumem uma função paramétrica semelhante à do plano urbanístico, exactamente porque também elas estabelecem um zonamento e determinam a localização de construções e das infra-estruturas. Por isso, é muito frequente encontrar quem afirme que as operações de loteamento têm a natureza de um plano de pormenor. Todavia, se é verdade que este instituto pode desempenhar uma função planificatória, torna-se, ainda, necessário acrescentar que desempenha outras funções que os planos urbanísticos nunca podem satisfazer: a mais importante é a divisão material e jurídica dos solos para construção, acompanhada da inscrição no registo predial dos lotes;

d) A existência de terceiros em face das operações de loteamento urbano surge quando as configuramos como complexas relações jurídicas administrativas multipolares: v.g. proprietários de lotes e vizinhos;

e) Existe uma fraca determinação legislativa da protecção das posições jurídicas de terceiros: v.g. a protecção que o procedimento e os *standards* urbanísticos oferecem aos terceiros;

f) Torna-se, assim, necessária a intervenção do legislador e dos órgãos administrativos com competência normativa para fixar com mais clareza e precisão a protecção jurídica pública a oferecer aos terceiros naquelas matérias;

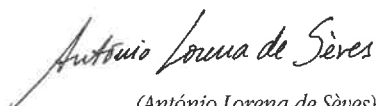
g) Porém, na própria operação de loteamento urbano podem estabelecer-se *standards* de construção (volumetria, altura, distância entre as construções) que se subjectivizem nas posições jurídicas dos



vizinhos, dentro e fora da área a lotear, na exacta medida em que sempre que forem respeitados satisfazem necessariamente um interesse daqueles;

b) Por outro lado, deve sempre ser assegurada protecção judicial aos terceiros-vizinhos com fundamento directo no direito fundamental de propriedade, mas apenas quando a autorização ou uma sua utilização alterar duradouramente uma previamente delimitada situação do terreno do vizinho urbanístico, e dessa forma ultrapassar os limites de inexigibilidade da expropriação, atingindo-o de modo grave e insuportável;

i) Noutros casos, porém, dependendo das suas circunstâncias, para além do reconhecimento de uma pretensão de defesa das posições jurídicas de terceiros, pode mesmo ser exigível um comportamento judicial mais activo no reconhecimento de protecção jurídica material efectiva, na medida em que se verifique a insuficiência das “contribuições constitutivas e conformadoras” dos direitos fundamentais e outros bens constitucionais pelo legislador, aplicando directamente tais direitos.



(António Lorena de Sêves)

Assistente da Universidade Autónoma de Lisboa

<sup>1</sup> Cfr. a introdução de Fernando Vallespín a LUHMANN, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 14-15; cfr. LUHMANN, N./DE GIORGI, R., *Teoría della società*, Milano, Franco Angeli, 1992.

<sup>2</sup> A associação destas ideias deve-se a J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo na Justiça do Ambiente (As incertezas do contencioso ambiental)*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 128.º, n.º 3857, pp. 232-233.

<sup>3</sup> Sobre isto cfr. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, Lisboa, 1995. Para este Autor “os sistemas periciais são mecanismos de descontextualização porque, juntamente com as garantias simbólicas, retiram as relações sociais das imediações do contexto. Ambos os tipos de mecanismo de descontextualização pressupõem, e facilitam também, a separação do tempo e do espaço como condição do distanciamento espacio-temporal que promovem. Um sistema pericial descontextualiza da mesma maneira que as garantias simbólicas, “garantindo” expectativas através de um espaço-tempo distanciado.

<sup>4</sup> Cfr. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, cit.. Noutras palavras este Autor afirma: “Muitos leigos consultam “profissionais” — arquitectos — apenas de uma forma periódica ou irregular. Mas os sistemas em que o conhecimento dos peritos se encontra integrado influencia, de forma contínua, muitos aspectos daquilo que fazemos. Só por estar sentado na minha casa, encontro-me envolvido num sistema pericial, ou numa série de sistemas periciais, em que confio. Não tenho nenhum receio particular em subir ao andar de cima da habitação, embora saiba que, em princípio, a estrutura pode cair. Sei muito pouco sobre os códigos de conhecimento utilizados pelo arquitecto e pelo construtor no projecto e na construção da casa, mas, no entanto, tenho “fé” naquilo que eles fizeram. A minha “fé” não é tanto neles, embora tenha de confiar na sua competência, como na autenticidade do conhecimento pericial que eles aplicam — algo que eu próprio não posso, em geral, verificar de maneira exaustiva.

Para o leigo, mais uma vez, a confiança nos sistemas periciais não depende nem de uma iniciação completa nestes processos, nem do domínio do conhecimento que eles envolvem. A confiança é, inevitavelmente, em parte, um artigo de “fé”. Cfr. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, cit.

<sup>5</sup> Cfr. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, cit.

<sup>6</sup> Cfr. GIDDENS, *As consequências da modernidade*, cit.

<sup>7</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *Risk society and the provident state*, in Lash, S./Szerszynski, B., Wynne, B., *Risk, Environment & Modernity, Towards a New Ecology*, London, Sage, 1996, p. 27; BECK, Ulrich (org.), *Politik in der Risikogesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.

<sup>8</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *Risk society*, cit., p. 28.

<sup>9</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *Risk society*, cit., p. 29; J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo*, cit., p. 233.

<sup>10</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *Risk society*, cit., p. 31; No Direito Administrativo cf. FABER, Heiko, *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995, p. 276.

<sup>11</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, II (trad. brasileira: Sociologia do Direito, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985), pp. 52-53. Como é conhecido Luhmann vê as normas como expectativas de comportamentos estabilizadas: cfr. *Rechtssoziologie*, I, cit., p. 57.

<sup>12</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, II, cit., pp. 54-55.

<sup>13</sup> Supõe-se aqui que o loteamento aprovado apenas permitia a construção de habitações unifamiliares para uso residencial.

<sup>14</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, II, cit., p. 55: o exemplo de Luhmann vai antes referido à alteração do regulamento municipal de obras.

<sup>15</sup> Cfr. LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, II, cit., p. 55.

<sup>16</sup> É importante, a título de exemplo, citar a recentíssima lei francesa publicada em 5 de Fevereiro de 1995 (Lei de orientação do ordenamento e do desenvolvimento do território), que define como programa do desenvolvimento do território metropolitano francês, a atingir até ao ano 2015, que nenhum ponto desse território diste mais de 50 km de uma auto-estrada ou de uma via rápida de quatro faixas. Trata-se de um programa para uma “civilização rodoviária”!

<sup>17</sup> Cfr. GALLINO, Luciano, *Urbanizzazione*, in *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, p. 708.

<sup>18</sup> Cfr. J. R. MELLOR, *Urban sociology in an urbanized society* (trad. portuguesa, Sociologia Urbana, Porto, Rés, 1984); FLANAGAN, William G., *Contemporary urban sociology*, Cambridge, University Press, 1993; GALLINO, Luciano, *Morfologia social*, in *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, p. 430; GALLINO, Luciano, *Sociologia della Città*, in *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, p. 101.

<sup>19</sup> Cfr., entre nós, SALGUEIRO, Teresa Barata, *A Cidade em Portugal — uma geografia urbana*, Lisboa, Afrontamento, 1992.

<sup>20</sup> É a Karl Popper que se deve a distinção entre “engenharia social utópica” e “engenharia social parcelar”. A engenharia social utópica é defendida com fundamento em vários historicismos e aponta para um Estado ideal, desembocando numa qualquer sorte de ditadura; a engenharia social parcelar é a técnica de reconstrução social democrática, que racionalmente pretende identificar e lutar contra os males mais urgentes de uma sociedade presente, mais do que realizar uma sociedade futura: o seu resultado, por regra, é um efectivo, ainda que limitado, melhoramento das condições de vida de uma dada população, no quadro de uma sociedade aberta. Cfr. POPPER, Karl, *The Open Society and its Enemies* (trad. portuguesa, A Sociedade aberta e os seus inimigos, vol. I, Lisboa, Fragmentos, 1993, pp. 13, 39 e 167 e ss.). A expressão engenharia social tem conotações muito negativas tendo chegado a ser proposta pelos sociólogos a sua substituição pelo termo sociotécnica (Soziotechnik). Mas como demonstrou a célebre discussão da década de setenta entre Habermas e Luhmann, centrada no risco de que a teoria dos sistemas sociais seja apenas um instrumento de tecnologia social ou sociotécnica, não basta introduzir um novo termo para eliminar o lastro histórico da expressão que se pretende substituir. Cfr., sobre isto, GALLINO, Luciano, *Ingegneria social*, in *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, p. 370.

<sup>21</sup> Cfr. GALLINO, Luciano, *Ingegneria social*, in *Dizionario di Sociologia*, Torino, UTET, 1993, p. 370.

<sup>22</sup> Cfr. FLANAGAN, William G., *Contemporary urban sociology*, Cambridge, University Press, 1993, p. 45; GALLINO, Luciano, *Ecologia humana*, in Dicionario di Sociologia, Torino, UTET, 1993, p. 266.

<sup>23</sup> Sobre o Direito Público do Ambiente, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Público do Ambiente*, lições fotocopiadas ao Curso de pós-graduação promovido pelo CEDO<sup>U</sup>A e a Faculdade de Direito de Coimbra no ano de 1995/1996.

<sup>24</sup> A expressão enclave humano para designar a cidade é de JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1979 (trad. francesa, *Le principe responsabilité*, Paris, Cerf, 1993, pp. 19, 20 e 21).

<sup>25</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo*, cit., pp. 268-269.

<sup>26</sup> Não vamos, pois, fazer incidir o nosso estudo sobre os chamados “loteamentos clandestinos”, hoje regulados sob o nome de “áreas de génese ilegal”. Recordar-se que este nosso escrito foi elaborado em 1995, não contemplando a anterior evolução do direito positivo.

<sup>27</sup> Considerando “primeiros”, “segundos” e “terceiros”, cf. PREU, Peter, *Subjektive rechtliche Grundlage des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 33; KUNIG, Philip, “Dritte” und Nachbarn im Immissionsschutzrecht, in P. Selmer/ L.v. Münch (org.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin/New York, W. de Gruyter, 1987, p. 599.

<sup>28</sup> Cfr., entre outros, GUTIÉRREZ-ALVÍS Y CONRADI, Pablo/ROMERO CANDAU, Pedro A., *Las parcelaciones en el Derecho Español*, Granada, 1993; CARCELLER FERNANDEZ, Antonio, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, 5.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1992, p. 557; PONS GONZÁLEZ/ARCO TORRES, *Parcelación urbanística*, in Dicionario de Derecho Urbanístico, Granada, Comares, 1993, p. 289.

<sup>29</sup> Cfr., entre outros, BOUYSSON, Fernand/HUGOT, Jean, *Lotissements et Divisions Foncières*, Paris, Litec, 1982; MORAND-DEVILLER, *Droit de l'Urbanisme*, 3.ª ed., Dalloz, 1996, pp. 97 e ss.; JACQUOT, Henri, *Droit de l'Urbanisme*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1989, pp. 414 e ss.; AUBY, Jean-Bernard/PÉRINET-MARQUET, Hugues, *Droit de l'Urbanisme et de la construction*, 3.ª ed., Paris, Montchrestian, 1992, p. 286; PÉRIGNON, Sylvan, *Détachements et lotissements*, Paris, Cridon, 1993.

<sup>30</sup> Cfr., entre outros, DALFINO, Enrico, *L'interesse pubblico nelle lotizzazioni edilizie*, Milano, Giuffrè, 1981; MAZZONNI, Pierandrea, *Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 261 e ss.; SALVA, Filippo/TERESI, Francesco, *Diritto Urbanistico*, 5.ª ed., Padova, Cedam, 1992, pp. 120 e ss.; ASSINI, Nicola (org.), *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 355; MENGOLI, Gian Carlo, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 187 e ss.

<sup>31</sup> Cfr., entre outros, BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR, *BauGB — Baugesetzbuch*, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 1994, pp. 295 e ss.; WERNER/PASTOR/MÜLLER, *Lexicon des Baurechts*, 5. Aufl., München, Beck, 1991, p. 472.

<sup>32</sup> Cfr., entre outros, ALDER, John, *Development control*, 2.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1989; HEAP, Desmond, *An outline of Planning Law*, 10.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1991.

<sup>33</sup> Cfr. KUSHNER, James A., *Subdivision Law and Growth Management*, New Jersey, C.B. Callaghan, 1993; ANDERSON, Robert, *American Law of Zoning*, 5.ª vol., 1984; REYNOLDS, Laurie, *Local subdivision regulation: formulaic constraints in age of discretion*, in Land Use Environmental Law Review, 1991, pp. 103-160; HAGMAN/JUERGENSEMEYER, *Urban Planning and Land Development Control*, 2.ª ed., Minnesota, 1986.

<sup>34</sup> Cfr. sobre o reino da incerteza J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo*, cit, p. 233; referindo-se à necessidade de reavaliar, em geral, a própria noção de redistribuição social cfr. FITOUSSI, J.P./ RONSVALLO, P., *Le nouvel âge des inégalités*, Paris, Seuil, 1996, p. 209.

<sup>35</sup> Sobre estes planos cf. F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989; F. ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 31 e ss.; F. ALVES CORREIA, *O contencioso dos planos municipais de ordenamento do território*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, Junho de 1994, pp. 23-39; F. ALVES CORREIA, *A execução dos Planos Directores Municipais. Algumas Questões*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, Junho de 1994, pp. 67-85; CAUPERS, João, *Estado de Direito, ordenamento do território e direito de propriedade*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, Junho de 1994, pp. 87-115.

<sup>36</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 606; e, sobre os regulamentos autorizados cfr. ANDRADE, J. C. Vieira de, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Coimbra, 1984.

<sup>37</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *A execução dos Planos Directores Municipais. Algumas Questões*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, Junho de 1994, pp. 72-74.

<sup>38</sup> Cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março; e a referência ao regime anterior de F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 238.

<sup>39</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 178; F. ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 93, nota (61), onde se afirma, como na obra anteriormente citada: "o loteamento urbano configura, sob o ponto de vista do respectivo conteúdo, um verdadeiro plano de pormenor da área a que diz respeito..."; CORDEIRO, António, *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 56, que se refere a "natureza de um procedimento planificatório dos solos urbanizáveis".

<sup>40</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 466-467.

<sup>41</sup> Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Introdução ao Direito Público*, in João Baptista Machado — Obra Dispersa, vol. II, p. 207.

<sup>42</sup> Cfr., entre nós, R. SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in BFDUC, LVII (1981), Coimbra, 1982.

<sup>43</sup> Cfr. H. FABER, *Verwaltungsrecht*, cit. Entre nós, embora sem esta designação, já a intervenção administrativa económica na criação de infra-estruturas era apontada como a primeira de três áreas destinadas a essa intervenção (as outras são a polícia económica e o fomento económico); cfr. por último, A. DE ATAÍDE, *Elementos para um curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1970, e, no contexto da construção do Direito da Economia, cfr. A. SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, Lisboa, AAFDL, 1982-1983, p. 300.

<sup>44</sup> Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C. F. Beck 9. Aufl., p. 14.

<sup>45</sup> A distinção pertence a H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C. F. Beck 9. Aufl., pp. 15-16.

<sup>46</sup> Cfr., entre nós, a posição e o relato de V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo*, cit., pp. 146 e ss.; cfr., ainda, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 171.

<sup>47</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, 1994, p. 56.

<sup>48</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo*, cit., p. 206, onde se defende a vocação da relação jurídica administrativa para ser o novo conceito central do Direito Administrativo.

<sup>49</sup> Esta é visão de H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 173, que aqui se subscreve.

<sup>50</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doutrina de las formas jurídicas de la actividade administrativa*, in Documentación Administrativa, n.º 235-236 (Julio-Diciembre), 1993, p. 26, que salienta precisamente que o conceito de relação jurídica administrativa não logrou ainda alcançar um grau igual de desenvolvimento sistemático equiparável ao das formas de actividade administrativa ou dos procedimentos administrativos.

<sup>51</sup> Isto parece ser verdade ainda hoje, apesar do enorme esforço empreendido por V. Pereira da Silva na sua recentemente publicada dissertação de doutoramento, já aqui várias vezes citada.

<sup>52</sup> Para a defesa da correspondência da doutrina da relação jurídica administrativa com o ordenamento jurídico-administrativo, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 206 e ss.

<sup>53</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doutrina de las formas jurídicas de la actividade administrativa*, in Documentación Administrativa, n.º 235-236 (Julio-Diciembre), 1993, p. 28. Defende que nem a doutrina das formas jurídicas da actividade administrativa nem a da relação jurídica constituem o ponto arquimédico do sistema jurídico-administrativo, mas são antes enfoques teóricos complementares.

<sup>54</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doutrina de las formas jurídicas de la actividade administrativa*, cit., p. 27. Este autor salienta que a consideração da relação jurídica administrativa como elemento constitutivo do sistema de Direito administrativo não desemboca necessariamente em ideias de equiparação.

<sup>55</sup> A multiplicidade de destinatários dos efeitos de grande parte das actuações administrativas justificou tanto críticas à teoria da relação jurídica administrativa (vista apenas como bilateral), como a sua centralidade face a outros operadores dogmáticos. No entanto, as relações jurídicas multipolares não abrangem todas as manifestações da actuação administrativa, sendo apontado o regulamento como limite à sua aplicabilidade (cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, pp. 202-203). O que não quer dizer que a realidade sobre que incidem os regulamentos não seja igualmente complexa, simplesmente aí a ponderação dos interesses públicos e privados uns com os outros e uns contra os outros deve realizar-se no procedimento respectivo (cfr. no regime jurídico do procedimento comum dos planos especiais de ordenamento do território: o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 151/95; e para o direito italiano e alemão cfr. STEFANO COGNETTI, *La tutela dell situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Perugia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987).

<sup>56</sup> A doutrina portuguesa recentemente começou a dedicar atenção à relação jurídica administrativa multipolar, também designada como relação jurídica administrativa poligonal (Gomes Canotilho e Sérvulo Correia), multilateral (Gomes Canotilho e Vasco Pereira da Silva) ou polissimétrica (Vieira de Andrade), sendo certo que as posições jurídicas subjectivas de natureza substantiva que nela se estribam podem ser atingidas quer por comportamentos de outros particulares quer por "actos administrativos com efeitos em relação a terceiros", quer por ambos (cfr. a recente, mas já abundante, literatura jurídica sobre o tema: J. J. GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, N.º 1, 1994, pp. 55-66; J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo na Justiça Administrativa do Ambiente*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3857, 3858, 3859, 3860 e 3861 (em especial o n.º 3857, pp. 233-234); J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, 1993, anotação XVI ao artigo 268.º, p. 941; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Prefácio a Ricardo Leite Pinto, Intimação para um comportamento*, p. XII-XV; RICARDO LEITE PINTO, *A intimação para um comportamento*, Cosmos, Lisboa, 1995, p. 23; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Administrativo e Fiscal*, lições (fotocopiadas) ao 3.º ano do Curso de 1995/96, pp. 49 e ss; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 149-300.

<sup>57</sup> Não é este o momento oportuno para construir uma noção de relação jurídica administrativa urbanísticas, ou relação jurídica urbanística, caracterizada pela natureza de interesses públicos específicos (salubridade e higiene, segurança, ordenamento do território, ambiente urbano, etc.), que conformam as posições jurídicas das Administrações, e a natureza e posição relativa dos interesses privados, que justificam as posições jurídicas subjectivas dos particulares (v.g. direitos fundamentais de propriedade privada, de iniciativa económica privada, de autor, os direitos dos vizinhos). Vamos apenas, pois, utilizar a relação jurídica administrativa no âmbito do objecto do nosso estudo.

<sup>58</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doutrina de las formas jurídicas de la actividade administrativa*, cit., p. 28.

<sup>59</sup> Cfr. H. MAUREK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 168. Exclui-se, deste modo, a posição daqueles autores que identificam a relação jurídica como directamente criada pela norma jurídica, independentemente de facto criador, bem como a posição que sustenta a existência e uma relação jurídica geral cidadão/Estado, cfr. a exposição e refutação destas posições em V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo*, cit., p. 172.

<sup>60</sup> A noção é emprestada de V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do Acto Administrativo*, cit., p. 189.

<sup>61</sup> Afirmando que a dogmática do direito administrativo se virou primeiramente para a problemática multipolar ao nível da decisão, tendo depois desenvolvido o acto administrativo com efeitos para terceiros, SCHMIDT-PREUSS, Mattias, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht - Das subjective öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin, Dunker & Humblot, 1992, p. 11. Este Autor identifica cinco constelações fundamentais de situações de conflito multipolar (pp. 9 e ss.).

<sup>62</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, 1994, p. 57, referindo a caracterização de Rudolf Steinberg.

<sup>63</sup> Salvo outra referência expressa, todos os artigos citados doravante são dos diplomas que estabelecem o regime jurídico das operações de loteamento e de obras de urbanização, identificados na introdução.

<sup>64</sup> Sobre a avaliação dos conceitos indeterminados pela Administração, cfr. a posição de R. E. SOARES, *Administração Pública e Controlo Judicial*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127.º, n.º 3845, pp. 226-233, onde se defende, contra a posição de desconfiança anti administração dos que apelida de fariseus do Estado de Direito, o alargamento do campo da discricionariedade que integre a avaliação dos conceitos indeterminados. Num sentido moderado, considerando que “o princípio fundamental é o de que a aplicação dos conceitos indeterminados deve orientar-se pela procura, por via interpretativa, do seu sentido juridicamente correcto”, e distinguindo entre a “indefinição semântica dos enunciados linguísticos”, sujeito controlo integral do juiz, das “indeterminações fácticas”, sujeitas a um controlo semelhante ao controlo do poder discricionário, vedando, no entanto, que essa prerrogativa de avaliação se transforme numa liberdade de escolha dos pressupostos de facto, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Fidelidade à República ou Fidelidade à Nato? O problema das credenciações e do poder discricionário da administração militar*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró, BFDUC, pp. 131 e ss.; e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 797-798; cfr., ainda, A. F. DE SOUSA, *“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994.

É bom lembrar que para além dos ditos fariseus do Estado de Direito, outras “seitas” existem no mundo do Direito Público, uma das quais poderia dar pelo nome de zelotas da virtude administrativa. Em Espanha, com expressões não apenas infelizes, mas já lamentáveis e pessoais, desencadeou-se uma violentíssima discussão doutrinal sobre este tema, cfr. o relato de SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Discricionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.

<sup>65</sup> Estas expressões pertencem a J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 426-427.

<sup>66</sup> Assim, cfr. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doutrina de las formas jurídicas de la actividade administrativa*, cit., p. 27, que fornece o exemplo da justificação da preclusão a partir da obrigação de tomar em consideração de outros factores que se produzem nas relações jurídicas multipolares.

<sup>67</sup> Sobre todas estas categorias de actos cfr., por último, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 224.

<sup>68</sup> Vamos deixar de lado neste relatório as operações de loteamento urbano e de obras de urbanização promovidas pelo município e pelo Estado.

<sup>69</sup> Cfr. H.-W. LAUBINGER, *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, Göttingen, Verlag Otto Schwarz & Co., 1967. Este autor identifica assim a problemática do Verwaltungsakt mit Doppelwirkung: “O facto de existirem Actos Administrativos de que dependem mais do que um só indivíduo já não é nada de novo. Já em 1872, o Tribunal Administrativo Superior da Prússia (PrOVG — Preussisches Oberverwaltungsgericht) determinou que, a ordem policial dirigida aos proprietários de estabelecimentos onde se comercializassem bebidas alcoólicas, determinando que estes não deveriam servir bebidas alcoólicas a qualquer indivíduo tido como alcoólico, também desrespeitava a esfera jurídica do pretensão alcoólico. É de salientar, neste caso, que tanto os próprios destinatários da ordem policial, isto é, os taberneiros, bem como os pretensos alcoólicos foram prejudicialmente afectados por esta proibição. Os taberneiros ao ser-lhes proibida a presença de alcoólicos nos seus estabelecimentos, perderiam um possível negócio e os pretensos alcoólicos eram excluídos de determinados locais contra a sua vontade. Mas também existem casos inversos, nos quais, através de um Acto Administrativo são favorecidos não só o destinatário, como também outros indivíduos a par dele. A título de exemplo, suponha-se que é atribuída uma renda a um pai de família. Neste caso, ele não será o único a usufruir deste benefício, mas simultaneamente também a sua esposa e os filhos a seu cargo.

A especificidade dos casos supracitados é que, mediante um Acto Administrativo, diversos indivíduos podem ser simultaneamente onerados com encargos ou favorecidos.”

Laubinger delimitará de seguida o objecto do seu estudo aos actos em que um indivíduo é favorecido e outro é onerado, nas suas palavras: “a particularidade própria deste grupo de actos administrativos assenta no facto da concessão de privilégio de um indivíduo e o prejuízo de um outro se condicionarem reciprocamente: “O benefício de um é o prejuízo de outro!”. Isto tem como consequência que, respectivamente, um dos interessados tenha um interesse positivo e o outro tenha um interesse negativo na constituição, preservação e abolição do acto. Esta oposição de interesses de dois ou mais cidadãos, relativamente ao mesmíssimo AA, concede-lhe uma problemática específica, mas apenas alguns destes problemas serão

aqui abordados.”, cfr. *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, cit., pp. 1-2.; entre nós, J. J. GOMES CANOTILHO, *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*, in separata do BFDUC, vol. LXIX, Coimbra, 1993.

<sup>70</sup> Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 36; FABER, Heiko, *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, pp. 275 e ss.

<sup>71</sup> É impressionante a lista de expressões utilizadas para referir a conformação de interesses de terceiros por acto administrativo: acto administrativo “de Jano”, acto administrativo “de duas faces”, acto administrativo “com oponibilidade a terceiros”, acto administrativo “de natureza dupla”, acto administrativo “de efeito múltiplo”, acto administrativo “com interesse de terceiros”, acto público de natureza dupla, acto administrativo “de duas cabeças”, acto administrativo “de carácter misto”, “caracteres mistos do acto jurídico estatal”, “disposições mistas”, acto administrativo “bilateral”, acto administrativo “trilateral”, acto administrativo “triangular”, acto “duplo” e acto administrativo “duplo”, cfr. H.-W. LAUBINGER, *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, cit., pp. 3-5.

<sup>72</sup> Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Administrativo e Fiscal*, p. 49; colocando o problema das relações multipolares ao nível dos interesses privados colidentes, cfr. SCHMIDT-PREUSS, Mattias, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht - Das subjective öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

<sup>73</sup> Esta distinção entre actos gerais é realizada pela lei do procedimento administrativo da República Federal da Alemanha no seu § 35 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), embora não tenha tido acolhimento no nosso C.P.A., cf. artigo 120.º. Todavia, as necessidades da complexidade da vida social impuseram ao legislador português a positivação avulsa de tipos legais de acto geral como os que estamos a apreciar. Sobre o acto geral na Alemanha (*Allgemeinverfügung*), como categoria do acto administrativo e sobre a ainda duvidosa categoria de acto administrativo real (*dinglicher Verwaltungsakt*), cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pp. 202 e ss. e 222 e ss.

<sup>74</sup> Sobre os actos gerais, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Anotação ao Acórdão do STA de 11 de Maio de 1989*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123.º, n.º 3790, pp. 15 e ss.; e D. Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, vol. III, 1989, pp. 92 e ss.

<sup>75</sup> Cfr. PREU, Peter, *Subjektivrechtliche Grundlage des öffentlich-rechtlichen Drittschutzes*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 120 e ss. Trata-se no primeiro problema da não positivação de normas administrativas de relação ou relacionais protectoras de terceiros, cfr. A. QUEIRÓ, *Direito Administrativo*, vol. I, 1976, p. 285.

<sup>76</sup> A subjectivação que se procura determinar, em termos gerais aliás, tem como ponto de partida as actuais distinções entre posições de vantagem e de desvantagem dos particulares em face da Administração. Em especial a caracterização operada recentemente por ANDRADE, J. C. Vieira de, *Direito Administrativo e Fiscal*, Coimbra, lições policopiadas aos alunos do 3.º ano, 1995/1996, pp. 50 e ss. Nesta obra aponta-se para o reconhecimento, “no conjunto das posições jurídicas substantivas, uma certa variedade, mas uma variedade típica e não-categorial, em face da continuidade gradativa das figuras do “direito subjectivo” e do “interesse legalmente protegido” no que respeita à determinabilidade e à individualização do conteúdo, bem como à intencionalidade e à intensificação da protecção — a definir em cada hipótese por interpretação das normas aplicáveis.” (cfr. p. 65).

<sup>77</sup> Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 495. A teoria jurídica geral dos direitos fundamentais constituiu hoje, entre nós, devido ao ensino de J. J. Gomes Canotilho, uma base dogmática incontornável: cf. JOÃO LOUREIRO, *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (Algumas Considerações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995; JÓNATAS MACHADO, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva — Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra, Coimbra Editora, Svdia Ivridica — 18, 1996; A. LORENA DE SÉVES, *O direito fundamental de propriedade privada na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas* (fotocopiado), Coimbra, 1996.

<sup>78</sup> Empregando os conceitos deónticos, entre nós, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 48.

<sup>79</sup> Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, Separata do vol. LXVI (1990) do BFCUC, Coimbra, 1990.

<sup>80</sup> Cfr., sobre a concentração de direitos fundamentais, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 641.

<sup>81</sup> Sobre a propriedade urbanística e os templos religiosos, cfr. CANOTILHO, J. J. G./MACHADO, J., *Bens Culturais, Propriedade Privada e Liberdade Religiosa*, in Revista do Ministério Público, ano 128.º, pp. 3850-3851.

<sup>82</sup> Cfr., sobre o direito de propriedade privada e o seu espaço semântico coincidente com os direitos patrimoniais, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 62.º;

<sup>83</sup> Cfr., sobre o direito ao ambiente e à qualidade de vida, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 66.º

<sup>84</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 66.º Na verdade, o conceito constitucional de ambiente e qualidade de vida “insere-se, na realidade, numa compreensão sistematicamente ecológica e antropogeneticamente orientada, o que exclui a recondução do ambiente a um ambiente natural indiferente ao ambiente humano.”, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3802, pp. 9-10.

<sup>85</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 66.º

<sup>86</sup> A expressão captou-se na jurisprudência constitucional, cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 130/92 e n.º 131/92, de 1 de Abril de 1992; uma corrente da jurisprudência constitucional vê no direito à habitação uma dupla natureza, um direito negativo e um direito positivo, cf. *Acórdãos do Tribunal Constitucional* n.º 101/92, de 17 de Abril.

<sup>87</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anotação ao artigo 66.º

<sup>88</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 109-110.

<sup>89</sup> Cfr., a propósito da protecção da confiança em casos de “retroactividade aparente”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 379; FABER, Heiko, *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995, p. 279.

<sup>90</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz*, in Die Öffentliche Verwaltung, Dezember 1984, Heft, 23, p. 956.

<sup>91</sup> Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 643

<sup>92</sup> Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 189; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 537-538.

<sup>93</sup> Sobre a colisão de direitos fundamentais cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pp. 643 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 126.º

<sup>94</sup> Cfr. as anotações de M. ESTEVES DE OLIVEIRA/P. COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, vol. II, pp. 148 e ss.

<sup>95</sup> Cfr. A. SANTOS JUSTO, *As relações de vizinhança e a “cautio damni infecti” (Direito Romano. Época clássica)*, separata de Dereito, vol. II, n.º 2: 75-111 (1993).

<sup>96</sup> Cfr. R. C. ELLICKSON, *Order Without Law — How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Massachusetts/ London, England, Harvard University Press, 1994.

<sup>97</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Anotação ao Acórdão de 28 de Setembro de 1989 (caso da sala de ordenha mecânica)*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 124.º, n.º 3813, pp. 359 e ss.



<sup>98</sup> A delimitação a que se procede segue de muito perto a formulada por J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit., loc. cit.*

<sup>99</sup> Cfr., sobre o ambiente urbano, PRIEUR, Michel, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, pp. 587 e ss.

<sup>100</sup> Referindo-se a regras de âmbito geral e regras de âmbito local, cfr. F. ALVES CORREIA, *A execução dos planos directores municipais. Algumas questões*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, 1995, pp. 67 e ss.

<sup>101</sup> Cfr. A. CORDEIRO, *A protecção de terceiros em face das decisões urbanísticas*, cit., pp. 151-152.

<sup>102</sup> H. FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 276, salienta, a este propósito, o seguinte:

"Para a apreciação do estado de desenvolvimento dogmático, é importante considerar que papel desempenha a propriedade predial nesta argumentação.

Relativamente à proximidade local (vizinhança) ou aos limites territoriais jurídicos cumpre-se a necessária individualização dos interesses.

Simultaneamente, o prejuízo converte-se em interesse jurídico.

Finalmente, a escassez de terreno também serve para manter o círculo de interessados jurídicos em limites praticáveis (aliás, inicialmente, a jurisprudência exclui até mesmo os interessados obrigatórios; ver Tribunal Constitucional Federal, NJW 102, 1983, p. 1626, enquanto que agora, legitima uma "relação espacio-temporal mais restrita", não apenas em virtude da propriedade; ver Tribunal Constitucional Federal, NJW, 1983, pp. 1507 e seguinte)."

<sup>103</sup> Contudo, cfr. MAMPEL, Dietmar, *Der Mieter ist nicht Nachbar*, in UPR — Umwelt und Planungsrecht, 1, Januar 1994, pp. 8-12; no entanto, cfr. H. FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 276, onde se informa de jurisprudência administrativa federal que considera o inquilino como um indivíduo que se pode encontrar no domínio do efeito da disposição.

<sup>104</sup> Cfr. H. FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 276, onde refere jurisprudência neste sentido (*nicht der Spaziergänger*).

<sup>105</sup> Esta afirmação e conclusão pertence a J. J. GOMES CANOTILHO, *op.cit., loc. cit.*

<sup>106</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pp. 362-362.

<sup>107</sup> Sobre esta expressão e a sua utilização na jurisprudência administrativa federal cfr. H. FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 277.

<sup>108</sup> Sobre este direito à não interferência na situação do seu titular, como o recorrente exemplo da propriedade privada, cfr. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 191.

<sup>109</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *op.cit., loc. cit.*

<sup>110</sup> Assim, entre outros, cfr. ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz*, in Die Öffentliche Verwaltung, Dezember 1984, Heft, 23, p. 953.

<sup>111</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme*, cit., p. 954.

<sup>112</sup> Sobre todas estas objecções cfr. ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme*, pp. 955-956.

<sup>113</sup> Esta é a posição de FRANS-JOSEPH PEINE, *Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz*, in Die Öffentliche Verwaltung, Dezember 1984, Heft, 23, pp. 963-970.

<sup>114</sup> Cfr. H. MAURER, *op. cit.*, p. 36.

<sup>115</sup> Sobre todos estes problemas que continuam por resolver satisfatoriamente cfr. ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme*, pp. 957 e ss.

<sup>116</sup> ALEXY, Robert, *Das Gebot der Rücksichtnahme*, p. 954. Dando notícia de que o Tribunal Federal Administrativo defende “uma protecção do direito subjectivo que já intervém num campo prévio ao da gravidade de prejuízo idêntico ao da expropriação”. E que isso significa menos a criação de deveres complementares, à semelhança do que sucede na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre a relação comunitária do direito privado de vizinhança, do que transformar os deveres jurídicos de consideração existentes em direitos subjectivos: cfr. PREU, Peter, *Subjectivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, cit., p. 48.

<sup>117</sup> As expressões direito primário e direito secundário podem ler-se em PREU, Peter, *Subjectivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, cit., pp. 28-29. Este Autor define, deste modo, as duas espécies de direitos subjectivos: “Designam-se como direitos subjectivos tanto pretensões jurídicas bem como o interesse para cuja protecção e realização essas pretensões servem; v.g. a propriedade e as pretensões à omissão e à restituição que se verificam no caso de violação ou ameaça. O interesse juridicamente protegido ou posição jurídica e pretensões de reacção que servem para sua defesa são, no entanto, distintos. Para maior distinção designa-se no que segue o interesse jurídico subjectivo protegido como direito primário subjectivo e a pretensão que serve a sua protecção como direito subjectivo secundário. Direito subjectivo primário e secundário relacionam-se como objecto e como meio de protecção.

O direito subjectivo primário está de certa forma no lado de pressuposto de facto do direito subjectivo secundário. Este é o ponto de partida para a concessão de um pretensão de eliminação (direito subjectivo secundário).

O direito subjectivo secundário não nasce quase naturalmente do direito subjectivo primário, ou seja da sua perturbação, mas antes resulta de uma imposição de consequências jurídicas ligadas à perturbação do direito. Tais imposições de consequências jurídicas baseiam-se todavia frequentemente em direito não escrito, na medida em que, entretanto, uma regra tenha estabelecido que a violação de um interesse juridicamente protegido deve ser enfrentado em primeira linha pelos meios da chamada protecção de direito primário, a ideia de uma pretensão de defesa decorrente do direito subjectivo primário é neutra.

<sup>118</sup> Cfr. PREU, Peter, *Subjectivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, cit., p. 47.

<sup>119</sup> Estes critérios foram alinhados por PREU, Peter, *Subjectivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, cit., pp. 150 e ss.

<sup>120</sup> Assim, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 656.

<sup>121</sup> Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 657.

<sup>122</sup> O exemplo é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo...*, op. cit., p. 267.

<sup>123</sup> Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo perdido*, pp. 131 e ss.

<sup>124</sup> No entanto, a crítica formulada à teoria da norma de protecção (*Schutznormtheorie*) por J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, Associativismo e Publicismo*, cit., p. 268.

<sup>125</sup> Cfr. PREU, Peter, *Subjectivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes*, cit., p. 225; e H. FABER, op. cit., p. 277.

<sup>126</sup> Pretende-se aqui, pois, destacar dos chamados “interesses simples ou de facto, que representam vantagens genéricas para os administrados, ou então específicas de pessoas determinadas, mas que, encaradas do ponto de vista da norma reguladora, são vantagens ocasionais ou puramente reflexas relativamente ao interesse público”— as pretensões de defesa, que subjectivizam um direito secundário, gozando os seus “titulares, face à lei processual, de legitimidade impugnatória, por se encontrarem numa situação que lhes confira interesse directo e pessoal na anulação de um acto administrativo”, cfr. sobre os interesses de facto, ANDRADE, J. C. Vieira de, *Direito Administrativo e Fiscal*, Coimbra, lições policopiadas aos alunos do 3.º ano, 1995/1996, p. 55.

<sup>127</sup> Realçando exactamente estes aspectos em relação aos vizinhos cf. BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR, *BauGB — Baugesetzbuch*, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 1994, p. 429.

<sup>128</sup> Entre nós, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, *loc. cit.*; e, em estudo comparado, cfr. SOUSA ANTÓNIO, FRANCISCO DE, *O recurso de vizinhança*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986.

<sup>129</sup> Como semi-subjectivação podem ser entendidas as considerações, muito gerais embora, de KNAPP, BLAISE, *La relation de droit administratif et les tiers*, in Mélanges André Grisel, Neuchâtel, Suisse, 1983, pp. 445 e ss.

<sup>130</sup> Salientando este aspecto, como uma das “janelas” por onde os terceiros espreitam, cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO, *A protecção de terceiros em face das decisões urbanísticas*, *cit.*, p. 11.

<sup>131</sup> Sobre os critérios para determinar quais as prescrições de construção com carácter protector de terceiros, cf. LAUBINGER, HANS-WERNER, *Der Verwaltungsakt mit doppelwirkung*, *cit.*, pp. 56 e ss. Este Autor informa que, pelo menos ao tempo, as regras sobre a configuração da construção, regras estéticas, regras sobre a dimensão do aproveitamento urbanístico não têm carácter protector de terceiro; também não existindo nenhum direito subjectivo público dos vizinhos a manter inalterada a conservação da entrada de luz e ar na sua habitação; pelo contrário reconhece que as regras de zonamento podem ter sobretudo esse carácter protector de terceiros (cfr. p. 63).

<sup>132</sup> Cfr. H. FABER, *op. cit.*, p. 279.

<sup>133</sup> Cfr. sobre isto, V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, *cit.*, pp. 143-144; cfr. J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

<sup>134</sup> A expressão é de J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

<sup>135</sup> Cfr. J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 257.

<sup>136</sup> Cfr. J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 258.

<sup>137</sup> Cfr. J. LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

<sup>138</sup> Sobre esta noção, cf. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, vol. III, 1989, p. 189; CAUPERS, J., *Direito Administrativo*, *cit.*

<sup>139</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL e OUTROS, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., 1995, p. 30: refere que só em caso de lacuna ou dúvida insanável se aplicam as disposições do Código aos procedimentos especiais; e que a matéria da audiência prévia dos interessados no processo de formação da decisão administrativa, por ser direito constitucional concretizado, deve prevalecer no silêncio de diplomas legais que regulem procedimentos especiais. Cfr., ainda, ESTEVES DE OLIVEIRA e OUTROS, *Código do Procedimento Administrativo*, vol. I, *cit.*, pp. 28-29.

<sup>140</sup> Cfr. P. MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, UCP, 1995, pp. 296 e ss., onde se refere à audiência dos interessados nos procedimentos especiais de loteamentos urbanos, alinhando três críticas pertinentes ao sistema de participação procedimental para aí desenhado. Salienta na mais importante delas que a participação dos interessados não está prevista para a apreciação do requerimento da licença de loteamento (artigos 20.<sup>o</sup> e ss.) (cfr. p. 296).

<sup>141</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 93, nota (61), com algumas informação do direito francês. Cfr., posteriormente A. CORDEIRO, *A protecção de terceiros em face das decisões urbanísticas*, *cit.*, p. 188 e ss.

<sup>142</sup> Cfr. S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo — Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Perugia, 1987.

<sup>143</sup> A formulação que se segue é emprestada de J. J. GOMES CANOTILHO, *As relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, *cit.* p. 61.

<sup>144</sup> A posição enunciada é de J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3798, p. 267. Este Autor identifica, ainda, as funções metódica, de garantia, de consenso, de eficiência, organizativa, para além de estabelecer as bases doutrinárias do conceito de procedimento administrativo, até aí por traçar no âmbito da doutrina portuguesa.

<sup>145</sup> Deixamos aqui de lado os procedimentos especiais de operações de loteamento e de obras de urbanização promovidas por Autarquias Locais (cfr. artigo 64.º) e pelo Estado (cfr. artigo 65.º), os procedimentos de embargo de obras e de demolição e de reposição dos terrenos (cfr. artigos 61.º e 62.º e ss.). Quanto aos projectos promovidos pelo Estado cf. F. ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 84 e ss.; e A. CORDEIRO, *A protecção de terceiros em face das decisões urbanísticas*, cit., pp. 190-191.

<sup>146</sup> Sobre as posições extremas cf. H. MAURER, *op. cit.*, pp. 266 e ss.

<sup>147</sup> Cfr. P. MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, UCP, 1995, pp. 522 e ss.

<sup>148</sup> Cfr. P. MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, UCP, 1995, p. 523, e a doutrina portuguesa aí citada.

<sup>149</sup> Cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *Direito do Urbanismo*, cit., p. 117 (onde se diz que o poder de indeferir não é totalmente vinculado).

<sup>150</sup> Esta conclusão inspira-se no regime do muito criticado § 46 da VwVfG, que distingue entre actos vinculados e actos discricionários. A crítica parece incidir sobretudo no regime de plena sanção dos vícios formais em actos vinculados. Além disso a doutrina tem salientado que o regime dos §§ 45 e 46 da VwVfG permite a “relativização” e a desvalorização dos direitos procedimentais dos cidadãos e é contraditória com a tendência para proteger os direitos fundamentais através do procedimento administrativo, desde logo pela permissão, dentro de certos limites temporais e materiais, de fundamentar os actos e realizar a audiência dos interessados depois da prática do acto (!!!). Sobre o estado da questão na Alemanha cfr. H. MAURER, *op. cit.*, pp. 266 e ss. A título de comentário diga-se que esta tendência do legislador para limitar a relevância dos vícios do procedimento parece ser geral e comunicar-se ao legislador urbanístico. Em França recentemente o legislador operou uma grande limitação da relevância dos vícios formais que atingem os planos urbanísticos.

<sup>151</sup> Cfr. MENGOLI, Gian Carlo, *Manuale di Diritto Urbanistico*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1992, pp. 82 e ss.; SALVA, Filippo/TERESI, Francesco, *Diritto Urbanistico*, 5.ª ed., Padova, Cedam, 1992, pp. 53 e ss.

<sup>152</sup> Cfr. MENGOLI, Gian Carlo, *Manuale di Diritto Urbanistico*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1992, p. 86.

<sup>153</sup> Cfr. SALVA, Filippo/TERESI, Francesco, *Diritto Urbanistico*, Padova, 1980, p. 38, apud Assini, Nicola (org.), *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 44.

<sup>154</sup> Cfr. F. ALVES CORREIA, *As Grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português*, cit., p. 59. Este Autor refere que se tratam tanto de *standards* urbanísticos especiais ou de eficácia diferida, como de *standards* urbanísticos *ope legis*, gerais ou de eficácia imediata.

<sup>155</sup> “Espaços verdes e de utilização colectiva” é uma noção composta por duas noções autónomas que foram englobadas para efeitos de determinação do *standard* urbanístico através da portaria a que se refere o artigo 45.º. Na sua natureza, porém, são perfeitamente autónomas: uma coisa são os espaços verdes, outra realidade são os espaços de utilização colectiva. Qualquer dos conceitos jurídicos é relativamente indeterminado. Contudo, “espaços verdes” é um conceito indeterminado de tipo naturalístico, ao passo que o de “espaços de utilização colectiva” é ainda um conceito indeterminado descritivo, embora não naturalístico. (Sobre estas noções da maior importância, desde logo pela possibilidade de controlo, ver ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, FCG, 1965, pp. 170 e ss.) São vários os dados normativos que confirmam esta interpretação: 1) o legislador não designou esta categoria como “espaços verdes de utilização colectiva”, mas como

“espaços verdes e de utilização colectiva”, aliás por contraposição a equipamento (de utilização colectiva — como lhes chama a Portaria n.º 1182/92); 2) no n.º 1 do artigo 16º distingue-se “espaços verdes públicos e de utilização colectiva”, o que significa que os espaços verdes são uma categoria autónoma por natureza, e que tanto podem ser privados como públicos, dependendo da operação de loteamento; 3) no mesmo sentido aponta a referência do artigo 18.º

Ainda que por natureza os espaços verdes sejam diferentes dos espaços de utilização colectiva, o que é certo é que a sua apresentação numa noção composta autorizou a sua regulamentação em conjunto na Portaria n.º 1182/92, de 22 de Dezembro. Assim, esta portaria permitiu-se apresentar a seguinte anotação, a propósito desta noção conjunta: “espaços livres, entendidos como espaços exteriores que se prestam a uma utilização menos condicionada a comportamentos espontâneos e uma estada descontraída por parte da população utente (Lynch, 1990). Inclui, nomeadamente, jardins, equipamentos desportivos a céu-aberto e praças”.

De tudo isto se pode concluir que “espaços verdes” e “espaços de utilização colectiva” devem ser combinados no projecto de loteamento de modo a preencher os *standards* do anexo da portaria referida. Nada proibindo, porém, que se estabeleçam nesse projecto apenas espaços de um dos tipos, e até que esse espaço seja de titularidade exclusivamente privada, ou de titularidade exclusivamente pública, desde que desse modo não se violem outras regras jurídicas.

Quais os valores protegidos então por este conceito jurídico composto: o ambiente urbano ou a socialização do ambiente urbano? Se tivéssemos entendido, embora tal não seja possível, que o que estava consagrado na lei eram “espaços verdes de utilização colectiva” então poderíamos chegar à conclusão que os valores protegidos eram não apenas o ambiente urbano, mas um determinado ambiente urbano, socialmente distribuído. No entanto, e como vimos, o que se protege é apenas o ambiente urbano (qualidade do ar, do estar na cidade, da permeabilização dos solos, etc.) — o nosso legislador não foi tão longe no domínio estrito dos loteamentos, embora aquele outro objectivo possa ser alcançado através do planeamento urbanístico e de expropriações por utilidade pública.

<sup>156</sup> Pode contudo não se justificar a existência de espaços verdes e de utilização colectiva. Basta pensar num loteamento urbano realizado dentro do perímetro urbano para encontrar um novo desenho dos lotes de zona há muito urbanizada. As exigências estão pensadas para as zonas de expansão urbana.

<sup>157</sup> Cfr. os n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º

<sup>158</sup> Cfr. MARCOS, Luciano, *Loteamentos Urbanos*, in AAVV, *Legislação fundamental sobre o Direito do Urbanismo, Comentada e Anotada*, Lisboa, Lex, 1994, p. 573.

<sup>159</sup> Cfr. PREU, Peter, *op. cit.*, pp. 154-155.

<sup>160</sup> Cfr. n.º 5 das “Normas para a Instalação e exploração de áreas de serviço e postos de abastecimento de combustíveis” estabelecidas pelo Despacho do Secretário de Estado das Obras Públicas 37-XII/92, in DR, 2.ª série, de 22-12-1992; para as farmácias, com regras expressas para urbanizações novas (cfr. artigo 3.º da Portaria n.º 806/87, de 22 de Setembro, in DR, 2.ª série, de 22 de Setembro de 1987).

<sup>161</sup> Sobre os terceiros concorrentes, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo...*, *op. cit.*; e JARASS, Hans D., *Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen — Probleme und Lösung am Beispiel der Anlagen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 33 e ss.