

# RevCEDÓUA

N.º 14 \_ Ano VII \_ 2.º 04



## › Doutrina

Os caminhos "a direito" para um urbanismo operativo

Fernanda Paula Oliveira

MIBEL: o início do embuste

Suzana Tavares da Silva

Medidas de tutela da legalidade urbanística

Dulce Lopes

## › Jurisprudência

› Intertextos

› Recensões

› Dossier

› Summaries

› Últimas Aquisições Bibliográficas

› Índice Ideográfico

14.



*RevCED*  **UA**

# Doutrina



# *Os caminhos “a direito” para um urbanismo operativo*

## Resumo

Ultrapassada que está a fase de elaboração de planos municipais de ordenamento do território, em especial de planos directores municipais, e não obstante muitos deles se encontrarem em processo de revisão, a questão fundamental que se coloca actualmente nesta área específica do direito do urbanismo, que é a do planeamento, é a da efectiva concretização e execução daqueles instrumentos. De facto, de nada interessa ter bons planos se não se disponibilizarem, às entidades competentes, os mecanismos que assegurem a sua operacionalização. Estes encontram-se, por sua vez, actualmente consagrados e regulados, de uma forma explícita, na legislação urbanística, não deixando, contudo, as suas normas de suscitar algumas dúvidas de aplicação. O presente texto visa, precisamente, realçar a importância fundamental de um urbanismo operativo, tentando esclarecer algumas dasquelas dúvidas que correspondem às que, na prática, se têm colocado aos actores que aqui preferencialmente intervêm.

### **1. O planeamento municipal como processo complexo de elaboração, execução e monitorização de instrumentos de regulação de uso dos solos**

O planeamento urbanístico é, podemos dizê-lo, a área de actuação administrativa de maior relevo no domínio do direito do urbanismo já que é aos seus instrumentos típicos que está incumbida a tarefa determinante de definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos e os quais, nessa medida, enquadram e limitam todas as concretas operações, públicas ou privadas, que se pretendam concretizar sobre os mesmos.

O *plano* apresenta-se, actualmente, como uma forma de intervenção administrativa incontornável, mas cuja caracterização jurídica, em termos da sua recondução aos quadros dogmáticos típicos de actuação da Administração, se revela de difícil concretização. Não obstante, existe um consenso de base quanto à diferenciação entre *planeamento-processo* e *plano-acto* e quanto à preferência pelo primeiro, mais complexo e mais abrangente, onde o planeamento é assumido não apenas na sua vertente de *procedimento de elaboração* de específicos instrumentos de regulação do uso dos solos (planeamento em sentido estrito), mas também, e sobretudo, na vertente da *execução daqueles instrumentos*, seja ela material (concretização das determinações do plano que se traduzem em regras de ocupação e uso dos solos) ou jurídica (concretização das disposições do plano que implicam uma perequação de benefícios e encargos deles decorrentes). Para além destas duas vertentes, o *planeamento-processo* abrange ainda as fases subsequentes de *monitorização* e de *avaliação* dos instrumentos de planeamento do território, tarefas

cada vez mais imprescindíveis para um planeamento que se pretenda eficaz e adaptado à realidade que visa regular<sup>1</sup>.

De entre os instrumentos de planeamento do espaço — que a legislação actual designa de instrumentos de gestão territorial<sup>2</sup> —, os que maior relevo assumem são os *planos municipais de ordenamento do território*<sup>3</sup>. Esta relevância advém-lhes, por um lado, do facto de se tratarem, juntamente com os planos especiais de ordenamento do território, dos únicos instrumentos de gestão territorial com eficácia plurisubjectiva, mas ainda, e sobretudo, por outro lado, por, comparativamente com estes últimos, efectuarem um tratamento tendencialmente global e integrado da área da sua intervenção, sendo a eles que está atribuída a tarefa essencial de planeamento de *classificação* e *qualificação* dos solos. São eles, pois, assumidamente, os instrumentos de regulação normal da ocupação do território, reconhecendo a lei aos planos especiais — categoria que abrange os planos de ordenamento da orla costeira, os planos das áreas protegidas, os planos de albufeiras de águas públicas, os planos de ordenamento de estuários e ainda, nos termos do Decreto-Lei n.º 131/2002, de 11 de Maio, os planos de ordenamento de parques arqueológicos —, uma tarefa meramente supletiva a este propósito.

De facto, determina a lei que os planos especiais de ordenamento do território configuram um *meio supletivo de intervenção do Governo* já que a sua elaboração apenas deve ocorrer quando objectivos de interesse nacional com repercussão espacial não estejam assegurados (ou devidamente assegurados) por plano municipal de ordenamento do território em vigor sobre a mesma área [neste sentido cfr. artigo 8.º, alínea d) da LBPOTU e artigo 43.º *in fine* do RJIGT], devendo apenas vigorar, nos termos do artigo 50.º do RJIGT, enquanto se mantiver a indispensabilidade de tutela desses valores por instrumentos de âmbito nacional<sup>5</sup>.

## 2. Avaliação geral do processo de planeamento em Portugal

Estando cumprida a primeira fase de “montagem” do processo de planeamento municipal em Portugal, com a vigência, em praticamente todos os municípios do território continental (a situação é diferente nos arquipélagos dos Açores e da Madeira) de planos directores municipais (no presente momento, apenas Lagos não dispõe deste instrumento

<sup>1</sup> Sobre este conceito de planeamento vide Fernanda Paula OLIVEIRA, *Sistemas e Instrumentos de Execução dos Panos*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 10 e Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, *Implicações Notariais e Registais das Normas Urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 8.

<sup>2</sup> A legislação que regula actualmente, de forma global e integrada, as questões de planeamento do território é o Decreto-Lei n.º 380/99 de 22 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, que aprovou, precisamente, o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, e que doravante designaremos de RJIGT.

<sup>3</sup> Esta categoria genérica abrange os planos directores municipais, os planos de urbanização e os planos de pormenor, integrando, estes últimos, por sua vez, os planos de pormenor de conteúdo normal e os planos de pormenor de conteúdo simplificado.

<sup>4</sup> Estes últimos por determinação do n.º3 do artigo 98.º da Lei n.º58/2005, de 29 de Dezembro.

<sup>5</sup> É este o sentido do disposto na parte final da alínea d) do artigo 8.º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBPOTU), aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, que caracteriza os planos especiais de ordenamento do território como *instrumentos transitórios* de salvaguarda de princípios fundamentais do programa nacional da política de ordenamento do território.

por o mesmo ter sido declarado ilegal pelo Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Fevereiro de 1999, proferido no âmbito do processo n.º 44087, em virtude de não se ter promovido a repetição do período de discussão pública, na sequência de alterações introduzidas ao regime do solo definido na primeira versão da proposta do mesmo plano), torna-se necessário, num momento em que a maior parte dos municípios começa a promover (alguns já o concluíram) os respectivos procedimentos de revisão, que darão origem aos designados planos directores municipais de 2.ª geração, a uma avaliação geral deste processo de planeamento. Esta avaliação terá de ter em consideração, não apenas a forma como o processo de elaboração dos planos decorreu (as suas insuficiências), mas também, e sobretudo, as deficiências detectadas nos planos directores municipais elaborados e na gestão urbanística feita a partir deles<sup>6</sup>.

### *2.1.1. As principais dificuldades detectadas no “processo” de planeamento<sup>7</sup>*

Para quem tiver a oportunidade de se debruçar sobre a forma como os designados “planos directores municipais de 1.ª geração” foram elaborados, não se torna difícil detectar aquelas que se podem considerar as principais dificuldades deste do processo. Foram elas:

- A ausência de um instrumento integrador de carácter regional prévio à elaboração dos planos directores municipais;
- As imprecisões, incorrecções e insuficiências existentes em instrumentos de planeamento e de desenvolvimento sectorial que lhes serviram de base, nomeadamente no que se refere à delimitação incorrecta e temporalmente desfasada das áreas da Reserva Agrícola e Ecológica Nacionais, por exemplo;
- A ausência de uma actuação homogénea no acompanhamento, por parte da Administração central — havendo divergências de actuação entre as várias Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR) e entre estas e o entendimento sufragado, em determinados domínios, pela Direcção Geral de Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano (DGOTDU) — da elaboração destes instrumentos, de forma a dar o mesmo enquadramento e valoração a questões similares;
- A desarticulação dos próprios serviços municipalizados que os elaboraram ou que por eles foram responsáveis na fase de implementação, descoordenação esta que também se fez sentir entre o próprio município e as equipas externas que se encontravam a elaborar o plano, quando as houve
- A inexperiência dos serviços municipais em matéria de planeamento e informação deficiente e tecnicamente desactualizada na elaboração dos instrumentos de gestão territorial de imputação municipal, designadamente ao nível da cartografia e da completude do registo da propriedade fundiária do terreno.

<sup>6</sup>Referir-nos-emos, aqui, apenas aos planos directores municipais, não porque tenham sido os únicos instrumentos de planeamento municipal a ser elaborados — na verdade muitos municípios elaboraram e fizeram vigorar planos de urbanização e planos de pormenor, a partir dos quais promovem a respectiva gestão urbanística —, mas porque são o nível de planeamento municipal que se encontra praticamente concretizado. De facto, relativamente aos restantes níveis de planeamento municipal fala-se num défice da sua existência, apelando-se para a necessidade de se promover a respectiva elaboração de uma forma mais sistemática. Neste sentido, *vide* Isabel Moraes CARDOSO, “Défice de Planos de Urbanização e de Planos de Pormenor”, *in Arquitecturas*, N.º 7, Dezembro de 2005, pp. 41 e 42.

<sup>7</sup> Para uma visão mais desenvolvida destas dificuldades *vide* Jorge de CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, pp. 365 e ss.

## 2.1.2. As insuficiências detectadas nos planos directores municipais vigentes

Provavelmente como consequência das dificuldades apontadas, os planos directores municipais de primeira geração foram reveladores de inúmeras insuficiências e defeitos. Atendendo ao facto de a maior parte destes instrumentos de planeamento se encontrarem ainda em vigor, mas estando já em curso, em grande parte do território nacional, o processo da respectiva revisão, torna-se fundamental identificar, de forma cabal, tais insuficiências e defeitos de forma a evitar que os mesmos se repitam.

Assim, e desde logo, os planos directores municipais de primeira geração não se revelaram suficientemente estruturantes das cidades, surgindo neles, em regra, insuficientemente explicitados os equipamentos, as redes de circulação, a estrutura ecológica e as centralidades, que ficaram, sobretudo, mais sujeitos a protecções do que a soluções formais e funcionais de relacionamento com a envolvente.

Por seu lado, tais planos directores municipais sujeitaram certas áreas, por vezes incluídas em centros urbanos, a “reservas de urbanização” cujo conteúdo deveria ter sido definido por planos mais concretos, que nunca chegaram, contudo, a ser elaborados, tendo promovido o surgimento de áreas vazias no interior das cidades.

Acresce não terem os mesmos incluído orientações executórias, desconsiderando, assim, o momento e os termos posteriores da sua execução, bem como a avaliação dos meios financeiros necessários para a concretização do que neles se dispunha. Deste modo, muitas das opções plasmadas nestes instrumentos de planeamento territorial não passaram de “letra morta” ou de meras intenções nunca concretizadas.

Para além do mais, acabaram por dissociar as questões da habitação das do planeamento urbanístico, tendo sido caracterizados pela falta de integração da programação da construção de habitação, em especial a destinada a classes desprotegidas, e promovido o crescimento da cidade em extensão em vez de ter promovido o potencial habitacional e construtivo já existente.

De todas, talvez a consequência mais visível dos planos directores municipais de primeira geração tenha sido a da promoção de um crescimento urbanístico casuístico e disperso devido a um conjunto de razões das quais destacamos as mais relevantes: amplas admissibilidades construtivas neles constantes, não sujeitas a condicionantes ou programação; ausência de iniciativas públicas fundiárias (directas ou de dinamização de processos socie-tários); admissibilidade de iniciativas privadas dentro dos limites da respectiva propriedade e de licenciamentos dispersos e desgarrados (desde que conformes com PDM).

Note-se, por fim, que, na maior parte das vezes, para não dizer na sua totalidade, não existiu uma estratégia anterior ao plano director municipal plenamente estruturada — em regra foi este que a estabeleceu, mas apresentando-a em linhas de desenvolvimento generalistas e frequentemente não concretizadas em acções específicas —, e as suas normas revelaram-se demasiado rígidas, pretendendo tudo definir e controlar, impedindo, deste modo, a flexibilidade que permitiria uma mais rápida adequação do plano à realidade<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Para mais desenvolvimentos sobre estas insuficiências vide Jorge CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, cit., pp. 365 e ss e Jorge CARVALHO/Fernanda Paula OLIVEIRA, *Perequação, Taxas e Cedências. Administração Urbanística em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2005 (2.<sup>a</sup> Reimpressão da edição de Fevereiro de 2003), pp. 20 e ss.



### 2.1.3. A actual situação em termos ocupação do território (não resolvida ou potenciada pelos actuais instrumentos de planeamento)

É fácil detectar, a partir de uma leitura de alguns textos da especialidade (de ordenamento do território e de urbanismo), mas também de uma verificação empírica da realidade, que são várias as tendências que, de há uns anos a esta parte, se verificam quanto à ocupação do território em Portugal, tendências essas com consequências gravosas que, não obstante não possam (nem devam) ser imputadas ao planeamento municipal, este não conseguiu, todavia, solucionar tendo, mesmo, em alguns casos, permitido ou potenciado o seu agravamento.

São elas:

- O reforço da litoralização e da aceleração do processo de urbanização;
- O abandono e a degradação dos centros históricos, com a deslocação da população para periferias sub-equipadas e desqualificadas;
- A urbanização indisciplinada e com tendências dispersivas (densidade populacional elevada fora de alguns perímetros urbanos), com um alargamento sobredimensionado e irrealista de perímetros urbanos;
- O aumento do número de fogos devolutos e degradados dentro dos perímetros urbanos dos grandes centros e o seu congestionamento durante o dia;
- A irracional ocupação dos solos, fruto de iniciativas privadas que surgem desgarradas, sem articulação e carentes de movimentos associativistas e de parcerias público-privadas de relevo, consistindo quase sempre em licenciamentos isolados;
- As deficiências e insuficiências nas infra-estruturas urbanas e nos equipamentos e espaços públicos;
- A falta de articulação de planos de municípios vizinhos e dos planos em geral;
- A realização de operações urbanísticas ilegais;
- A frequente e indesejável segregação social do espaço;
- A perda de identidade de algumas periferias urbanas e, em situações mais flagrantes, também dos centros urbanos;
- A marginalização de extensas áreas rurais ou perda das suas características tradicionais;
- A inflexibilidade do regime de conservação da natureza (um regime de “tudo ou nada”), devido à inexistência de regimes intermédios em zonas tampão);
- A deficiente fiscalidade urbanística, favorecendo a tendência para a especulação imobiliária; e
- A ausência de uma política dos solos.

### 3. Os caminhos possíveis para a melhoria do sistema de ordenamento português

No entendimento de Jorge de CARVALHO, a evolução do sistema de ordenamento português passa por *melhorar os planos, melhorar o licenciamento e ampliar as iniciativas urbanísticas municipais*. Estas linhas de actuação revelam-se, no seu entendimento, fáceis de obter.

Assim, no que diz respeito ao primeiro aspecto, basta que aos planos existentes se acrescente *programação* articulada com *estratégia* e que neles se introduza *estrutura* articulada com *desenho*.

No que concerne ao segundo aspecto (do licenciamento), torna-se fundamental incentivar soluções e apreciações partindo do geral para o particular e fomentando, nesta apreciação, a defesa (ou o estabelecimento) da identidade de cada local. Fundamental é, porém, neste domínio, condicionar crescentemente as iniciativas privadas a *soluções de conjunto e a parcerias*.

Por fim, e no que diz respeito à necessidade de ampliação de iniciativas municipais, entende que estas devem ser localizadas com visão estratégica e pedagógica, assentes em parcerias (unidades de execução) e equilibradas numa perspectiva de custos/benefícios<sup>9</sup>.

Uma leitura atenta destas propostas, com as quais concordamos na integra, leva a concluir que a solução para muitos dos problemas urbanísticos actuais passa por recorrer a mecanismos operativos, isto é, que permitam, de uma forma eficaz, a concretização articulada e integrada das opções previstas nos instrumentos de planeamento. Para tal, acentuam-se as ideias chave da *programação* dos planos, de delimitação de *unidades de execução*, de promoção ou condicionamento das operações urbanísticas a *soluções de conjunto* e de realização de *parcerias* entre privados e destes com a Administração na concretização dos planos. Em suma, a solução para muitos dos problemas actuais passará pela promoção de um *urbanismo operativo*.

#### 4. A legislação portuguesa actual como oportunidade para um urbanismo operativo

Se a solução para muitos dos problemas que actualmente se colocam, quer do ponto de vista do ordenamento do território, quer da ocupação urbanística do mesmo, passa pelo recurso a instrumentos ou mecanismos que permitam tornar o urbanismo mais operativo, podemos então afirmar que a actual legislação em vigor surge como uma oportunidade (a não perder) neste sentido. Com efeito, prevê o RJIGT sistemas e instrumentos funcionalizados a esta operacionalização, tornando-se conveniente uma cabal compreensão do seu regime de modo a poder tirar partido de todas as suas potencialidades. Chamamos, no entanto, a atenção para a necessidade de se fazer, dada a novidade do tratamento legal destas matérias entre nós, uma leitura do regime legal instituído de uma forma tendencialmente flexível e não rígida, de modo a não “fechar a porta” a muitas dessas potencialidades.

Vejamos, então o essencial do actual regime legal nesta matéria.

##### 4.1. O RJIGT e a execução dos planos

O artigo 118.<sup>º</sup> do RJIGT define aquele que se entende ser o princípio geral em matéria de execução dos instrumentos de planeamento territorial: por um lado, o reconhecimento de que a execução dos planos é uma tarefa da Administração que tem o dever de *executar* directamente as suas prescrições ou, pelo menos, *de programar, coordenar e controlar* as operações de execução dos mesmos e, por outro lado, o dever de os particulares os concretizarem, adequando as suas pretensões às metas e prioridades estabelecidas pelo município, para além do dever de participarem no financiamento da infra-estrutura geral.

<sup>9</sup> Para um desenvolvimento mais pormenorizado de cada uma destas propostas vide Jorge CARVALHO, *Ordenar a Cidade, cit.*



A promoção de uma execução *programada* (isto é adequada às metas e prioridades previamente identificadas) e *coordenada* dos instrumentos de planeamento territorial é, pois, um dos objectivos específicos da actual legislação urbanística.

Ainda de acordo com o RJIGT, e na sequência deste princípio geral, os planos municipais são executados através de um de três sistemas — compensação, cooperação ou imposição administrativa —, identificando, posteriormente, instrumentos que podem ser utilizados para o efeito (cfr. artigo 119.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 e artigos 126.<sup>º</sup> e segs.). Tais sistemas, desenvolvem-se no interior de *unidades de execução* delimitadas pela câmara municipal, quer sejam da iniciativa desta, quer dos particulares interessados (n.<sup>º</sup> 2 do artigo 119.<sup>º</sup>).

Da apreciação do regime legal estabelecido decorre que são, essencialmente, três as questões que a propósito da execução dos planos municipais se colocam e que devem ser resolvidas em conjunto: a *delimitação das unidades de execução*, a *definição dos sistemas* adequados para o efeito e a *determinação dos instrumentos* que permitem alcançar este objectivo.

De notar, contudo, que, ao contrário do que possa parecer, as questões enunciadas não se colocam temporalmente pela ordem indicada (ou seja, delimitando-se primeiro a unidade de execução; definindo-se, depois, o sistema a funcionar dentro dela e, seleccionando-se, por fim, os instrumentos a utilizar para a concretização das operações urbanísticas envolvidas). Trata-se, antes, de questões que têm de ser decididas *em simultâneo*, influenciando-se reciprocamente. Desde logo, podendo o acto de iniciativa da delimitação da unidade de execução ser da própria câmara, como dos particulares interessados, tal não é indiferente para a determinação do sistema de a adoptar. Com efeito, sendo a delimitação da unidade de execução o primeiro acto juridicamente relevante da *execução dos planos*, pode concluir-se que se a iniciativa para a delimitação da respectiva unidade for dos particulares, estaremos em regra perante o *sistema da compensação*, e se a iniciativa para a delimitação da mesma for da câmara municipal, este sistema estará à partida afastado, podendo o sistema a adoptar ser ou o da *cooperação* ou o da *imposição administrativa* (ambos sistemas em que a lei prevê expressamente a iniciativa da câmara municipal).

Por seu turno, também não é indiferente o sistema que se venha a adoptar para a determinação dos instrumentos de que se pode lançar mão: um sistema de compensação torna mais problemático (embora não impossível) o recurso à expropriação por utilidade pública do que a adopção dos sistemas de cooperação e, por maioria de razão, o de imposição administrativa.

Embora estritamente relacionadas e interdependentes, não deixa de ser importante olharmos para cada um destes passos procedimentais individualmente <sup>10</sup>.

#### 4.1.1. A delimitação da unidade de execução

A delimitação de unidades de execução deve, de acordo com o disposto no artigo 120.<sup>º</sup> do RJIGT, obedecer a determinados requisitos: assegurar o desenvolvimento urbano har-

<sup>10</sup> Sobre esta relação estreita entre as questões apontadas vide Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, *Implicações Notariais e Registais das Normas Urbanísticas*, cit., pp. 28 e 29.

monioso; a justa repartição de benefícios e encargos pelos proprietários; e disponibilizar terrenos destinados a espaço público, equipamentos e zonas verdes. Para que tais unidades de execução permitam uma eficaz ocupação do território e uma execução integrada e coordenada das operações previstas nos planos, terá de se garantir, desde logo, que a sua localização e programação correspondam a escolhas estratégicas da Administração, que os projectos a concretizar nas mesmas sejam caracterizados pela sua qualidade funcional e formal e que exista equilíbrio fundiário e financeiro nas mesmas.

Refere o n.º 3 do citado artigo 120.º que estas unidades podem corresponder a uma unidade operativa de planeamento e gestão (definidas no plano director municipal), à área abrangida por um plano de pormenor ou a parte desta (normalmente identificada como tal no plano de execução do plano de pormenor em causa).

#### *4.1.2. A escolha do sistema de execução<sup>11</sup>*

De acordo com o disposto no artigo 122.º do RJGT, o *sistema de compensação* é da responsabilidade de todos os proprietários abrangidos pela unidade de execução respectiva, que para o efeito se deverão associar. Caber-lhes-á proceder à perequação, entre si, dos encargos e benefícios, face à valorização prévia de cada propriedade, prestar ao município as compensações regulamentarmente previstas e a execução das previsões do plano.

O *sistema de cooperação* previsto no artigo 123.º do mesmo diploma é concebido como sistema de iniciativa municipal, mas aberto à máxima cooperação dos proprietários interessados. Poderá traduzir-se, se todos os proprietários se mostrarem interessados, num processo idêntico ao da compensação, mas poderá ocorrer uma maior intervenção municipal substituindo, através da expropriação, os proprietários que não subscreverem o acordo, e/ou assumindo as tarefas de urbanizar, com ou sem participação de um promotor.

Por último, o artigo 124.º determina que no *sistema de imposição administrativa* o município assume como tarefa exclusivamente sua a de urbanizar, actuando directamente ou concessionando a urbanização através de um concurso público. Neste caso, os proprietários poderão subscrever o acordo proposto pelo município, ou outro acertado, em prazo fixado, caso não o façam deverão ser expropriados.

Ilustramos de forma sumária as principais características dos sistemas apontados no quadro que se segue.

	Iniciativa	Programação	Execução propriamente dita	Controlo da programação e da execução
<b>Sistemas de compensação</b>	Particulares	Particulares	Particulares	Administração
<b>Sistemas de cooperação</b>	Administração	Administração	Administração e/ou particulares	Administração
<b>Sistemas de imposição administrativa</b>	Administração	Administração	Administração (directamente ou por intermédio de concessionário)	Administração

<sup>11</sup> Jorge de CARVALHO e Fernanda Paula OLIVEIRA, *Perequação, Taxas e Cedências. A Administração Urbanística em Portugal*, cit., pp. 24 e ss.



#### 4.1.3. Relacionamento entre delimitação de unidades e sistemas de execução

Sendo a delimitação das unidades de execução mecanismos importantes de programação das intervenções urbanísticas sobre o território, da competência da câmara municipal, a sua localização deve corresponder ou, pelo menos, estar articulada, com a hierarquia das prioridades admitidas pelo plano. De facto, com planos directores municipais de perímetros muito vastos, há que distinguir as áreas em que importa intervir, para uma maior estruturação e qualificação da cidade existente, das outras em que, mesmo admitidas pelo plano, é displicente ou negativa qualquer intervenção. Tal escolha de localização deveria ser acompanhada de um programa, normalmente bem mais desenvolvido do que o decorrente do normativo dos planos, que reflectisse já uma estratégia de desenvolvimento, identificando funções desejáveis, públicas e privadas. Deveria também ser complementada com um traçado regulador, que estabelecesse as desejáveis articulações com envolvente e preexistências<sup>12</sup>.

O relacionamento entre a delimitação das unidades de execução e a programação ou ordem de prioridades das intervenções urbanísticas previstas no plano deve determinar a adopção do *sistema de imposição administrativa* para aquelas intervenções que, nos termos do mesmo, assumam uma *prioridade absoluta* (embora esta opção não deva fechar as portas à possibilidade de se poder promover a execução da intervenção urbanística pelos interessados no caso de os mesmos assim o pretenderem, optando-se, nestes casos, por um sistema de compensação ou, pelo menos, de cooperação). Tratando-se, por sua vez, de *intervenções desejáveis*, o sistema a adoptar deverá ser, tendencialmente, o da cooperação e no caso das intervenções apenas *admissíveis*, mas que se devem realizar com determinadas *condições*, o sistema a adoptar deverá ser o da cooperação, mas não se disponibilizando o município para substituir qualquer proprietário. Tal significa que o licenciamento da intervenção urbanística deverá ficar condicionado à associação entre a totalidade dos proprietários, que, a acontecer, obrigará a soluções de conjunto e determinará a obrigatoriedade de os proprietários arcarem com os custos de infra-estruturação da intervenção urbanística. Caso tal associação não se alcance (o que será frequente), evita-se o surgimento de intervenções não desejáveis<sup>13</sup>.

#### 4.1.4. A determinação do instrumento ou dos instrumentos de execução a ser utilizados para o efeito<sup>14</sup>

Para além dos instrumentos que, dispersos por legislação vária, servem, em geral, a actividade de gestão urbanística, mesmo que não visando a execução de um qualquer plano, como a associação da administração com os proprietários e os procedimentos conducentes ao licenciamento ou autorização de uma operação de loteamento, da realização de obras de urbanização e de obras de edificação, outros há que se encontram funcionalizados à execução do disposto nos planos directa e imediatamente vinculativos dos particulares ou que no âmbito desta execução assumem contornos particulares.

<sup>12</sup> Jorge CARVALHO/Fernanda Paula OLIVEIRA, *Perequação, Taxas e Cedências*, cit., p. 26

<sup>13</sup> Neste sentido vide Jorge CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, cit. p. 413-414.

<sup>14</sup> Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, *As Implicações Registais e Notariais das Normas Urbanísticas*, cit., pp. 31-33.

Assim, o artigo 126.<sup>º</sup> do RJIGT, ainda que apelando para os termos em que a figura do *direito de preferência* é regulada no ordenamento jurídico administrativo, acrescenta um fundamento do surgimento desse direito a favor do município, já que ele passa a poder ser legitimamente mobilizado, sem necessidade de qualquer decreto prévio, nas hipóteses de transmissões por título oneroso entre particulares, de terrenos ou edifícios situados nas áreas do plano com execução programada.

Por seu lado, a *expropriação* passa claramente a funcionar como mecanismo de execução dos planos, mas recobra uma margem de actuação mais ampla do que a que tradicionalmente lhe era reconhecida, não estando funcionalizada, em abstracto, a um conjunto específico de finalidades, apesar de o artigo 128.<sup>º</sup> inscrever um elenco exemplificativo das situações de verificação mais frequente. De notar que este instituto, nas situações previstas nas alíneas *b*, *c* e *d* do n.<sup>º</sup> 2 do artigo 128.<sup>º</sup>, pode legitimamente ser mobilizado como uma forma de “sanção” pelo incumprimento dos particulares do dever de adequar a sua actuação, num determinado prazo, ao disposto no plano ou no contrato de urbanização, pois só assim se poderá assegurar que o plano seja executado nas condições e no *timing* previamente definido ou acordado e sem que os particulares possam, através da retenção dos seus terrenos, influenciar negativamente o mercado dos solos.

Aliado a este instrumento encontra-se a previsão da *reestruturação da propriedade* (artigo 129.<sup>º</sup>), situação em que o município tenta obstar à expropriação de um conjunto de prédios de diversos proprietários, adoptando o sistema de cooperação ou de sistema de imposição administrativa ou, ainda, tentando o acordo para a estruturação da compropriedade sobre o ou os edifícios que substituírem os existentes. Caso o acordo não se revele possível ou não for cumprido, a lei legitima o recurso posterior à alienação pela câmara municipal em hasta pública dos edifícios ou prédios em causa, ainda que os anteriores proprietários disponham de direito de preferência, a ser exercido no momento da hasta.

Contudo, o RJIGT não foi generoso no que refere ao reconhecimento dos particulares poderem exigir a expropriação dos seus terrenos, uma vez que este direito à expropriação apenas pode ser feito valer no caso de regularização de extremas indispensável à realização do aproveitamento previsto em plano de pormenor (artigo 130.<sup>º</sup>).

A demolição de edifícios, no âmbito da execução dos planos, para além de ser possível na tradicional hipótese de ruína física ou económica dos mesmos [artigo 127.<sup>º</sup>, alínea *b*] , apenas pode ser autorizada quando seja necessária para a execução de plano de pormenor [artigo 127.<sup>º</sup>, alínea *a*].

Parece, deste modo, que a lei operou um afunilamento dos fins que podem servir de justificação à utilização deste instituto, ainda que, pela sua especial natureza, nunca se dispense a aferição da proporcionalidade da adopção desta medida. Porém, a doutrina tem vindo a entender que este artigo não deve ter como consequência a proibição das operações de demolição que se mostrem necessárias para se proceder a novas construções ou às reconstruções previstas em plano de urbanização ou em plano director municipal, podendo haver lugar às mesmas se elas estiverem expressamente previstas nestes instrumentos de planeamento<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Fernanda Paula OLIVEIRA, Sistemas e Instrumentos de Execução dos Planos, Cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2002. p. 39-40.

Porém, o instituto que maior desenvolvimento merece no âmbito do RJIGT, atenção essa plenamente justificada pelo seu lato âmbito de aplicação e pelo seu relevo enquanto mecanismo indirecto de perequação, é o *reparcelamento do solo urbano* de acordo com as disposições do plano (artigos 131.<sup>º</sup> a 134.<sup>º</sup>) sendo aquele que, do ponto de vista urbanístico e das implicações práticas que tem, maior importância assume neste domínio.

#### 4.2. Algumas questões em face do regime legal

No procedimento de revisão de muitos dos planos directores municipais, que devem, tendo em consideração a legislação actualmente em vigor, ater-se ao regime nela instituído, têm sido colocadas algumas questões e dúvidas a respeito da execução e da criação de condições para um urbanismo operativo que decorrem da leitura de alguns dos seus normativos. São eles, concretamente:

- a) Alínea I) do artigo 85.<sup>º</sup>, segundo a qual os planos directores municipais definem as “*unidades operativas de planeamento e gestão, para efeitos da programação da execução do plano, estabelecendo para cada uma das mesmas os respectivos objectivos, bem como os termos de referência para a necessária elaboração de planos de urbanização e de pormenor*”;
- b) n.<sup>º</sup> 3 do artigo 120.<sup>º</sup>, que determina que “*As unidades de execução podem corresponder a uma unidade operativa de planeamento e gestão, à área abrangida por um plano de pormenor ou a parte desta*”;
- c) n.<sup>º</sup> 1 do artigo 119.<sup>º</sup>, segundo o qual “*Os planos e as operações de urbanísticas são executadas através dos sistemas de compensação, de cooperação e de imposição administrativa*”;
- d) n.<sup>º</sup> 2 do artigo 136.<sup>º</sup>, que afirma que “*A aplicação de mecanismos de perequação previstos nesta secção realiza-se no âmbito dos planos de pormenor ou das unidades de execução referidas no artigo 120.<sup>º</sup>, segundo os critérios adoptados no plano director municipal.*”.

As questões que os referidos normativos têm colocado em alguns municípios são as seguintes:

- i) É obrigatória a delimitação, pelos planos directores municipais, de unidades operativas de planeamento e gestão? A respectiva delimitação determina a necessidade de posterior elaboração de planos de urbanização e de pormenor?
- ii) As unidades de execução apenas podem ser delimitadas para áreas para as quais tenha sido previamente definida uma unidade operativa de planeamento e gestão ou elaborado um plano de pormenor?
- iii) Toda e qualquer operação urbanística (loteamento urbano, obra de edificação, etc.) apenas pode ser executada quando já integrada numa unidade de execução previamente delimitada, não sendo actualmente possível a sua ocorrência fora daquelas? A perequação apenas pode funcionar se estiver em vigor um plano de pormenor ou, no mínimo, quando tiver sido delimitada uma unidade de execução?

Uma leitura superficial dos normativos antes citados poderia levar-nos a uma resposta afirmativa a todas as questões que aqui foram colocadas.

Acontece, porém, quanto a nós, que a complexidade das questões de planeamento que actualmente se colocam e a fase em que neste domínio nos encontramos — com planos elaborados à luz do novo regime jurídico simultaneamente com outros cujo conteúdo foi definido à luz do anterior regime — não admite uma resposta tão simplista.

Pensamos, assim, que uma coisa é a realidade ideal para a qual o RJIGT aponta, outra, completamente diferente, a realidade em que nesta matéria ainda nos encontramos actualmente o que não permite, como havíamos referido antes, uma leitura rígida dos normativos aqui em causa, sob pena de fecharmos a porta a alguns dos instrumentos de operacionalização mais relevantes.

Antes de mais, uma leitura atenta dos normativos referidos permite-nos afirmar, sem quaisquer dúvidas, que para o legislador a situação ideal em matéria de planeamento pressupõe:

- que todos os municípios elaborem, para a respectiva área territorial, os três níveis de planeamento que lhes compete: planos directores municipais, planos de urbanização e planos de pormenor;
- que, aquando da elaboração do plano director municipal, se identifiquem logo as unidades operativas de planeamento e gestão para efeitos de programação da sua execução, identificando-se, logo aí, os planos de urbanização e de pormenor que para cada uma delas serão elaborados e identificando os respectivos termos de referência;
- que os planos de pormenor, dada a escala a que são elaborados, são aqueles que mais estão vocacionados para a execução, pelo que a delimitação de unidades de execução deve corresponder a áreas abrangidas por estes ou, no mínimo, a áreas para as quais se encontram já delimitadas UOPGs, que exigem a posterior elaboração daquele tipo de planos;
- que qualquer operação executiva, designadamente as operações urbanísticas — lotamentos, nas suas múltiplas formas (loteamento propriamente dito, repartelamento e emparcelamento) ou obras de edificação — apenas podem ocorrer dentro de unidades de execução previamente delimitadas;
- que, por tudo isto, a perequação de benefícios e encargos apenas deve funcionar para áreas com plano de pormenor em vigor ou unidades de execução delimitadas.

Ora, quanto a nós, embora esta seja uma situação com óbvias vantagens do ponto de vista da ocupação do território, nada aponta no sentido de que ela tenha de ser cumprida em todas as circunstâncias ou que aos municípios não sejam deixadas outras alternativas viáveis. Até porque, em muitas situações, a solução apontada pela lei, embora sendo a que ocorrerá tendencialmente em regra no futuro, não é imediatamente exequível.

Vejamos mais pormenorizadamente cada um dos pontos anteriormente referidos, para determinar se existem, efectivamente, alternativas viáveis às soluções apontadas pelo legislador.

#### *4.2.1. As questões relativas às Unidades Operativas de Planeamento e Gestão*

Em nosso entender, os *planos directores municipais* que venham a ser elaborados à luz do RJIGT terão, de facto, de identificar *unidades operativas de planeamento e gestão* para efeitos de programação de execução do plano — tal assim é por a execução ser também uma das suas principais funções.



No entanto, não obstante uma interpretação literal da alínea *I*) do artigo 85.<sup>º</sup> poder apontar noutro sentido, não nos parece que para cada *unidade operativa de planeamento e gestão* tenham de ser, necessariamente, elaborados planos de urbanização e de pormenor (como parece decorrer da expressão “...necessária elaboração de planos de urbanização e de pormenor”).

Desde logo, porque quer os *planos de urbanização*, quer os *planos de pormenor* são instrumentos de planeamento do território de existência *facultativa*, dependendo a decisão da sua elaboração de uma ponderação municipal sobre a respectiva *necessidade e conveniência*<sup>16</sup>.

Exigir que os planos directores municipais identifiquem unidades operativas de planeamento e gestão a ser abrangidas posteriormente (e de forma necessária) por planos de urbanização e planos de pormenor, seria o mesmo que tornar estes instrumentos de planeamento obrigatórios, retirando aos municípios a referida competência para a ponderação da respectiva *necessidade e oportunidade ou conveniência*.

Acresce que uma interpretação literal deste normativo ter-nos-ia de levar à conclusão de que o município, quando está a elaborar o respectivo plano director municipal, teria de avançar logo nos graus de planeamento sucessivos (e mais concretos), na medida em que seria obrigado, logo aí, a identificar os *termos de referência* dos posteriores planos de urbanização e de pormenor.

Uma solução como esta reduziria grandemente (e de forma desproporcional, quanto a nós) a discricionariedade (e autoridade) de planeamento que os municípios, não obstante os planos directores municipais, ainda detêm, até porque, ao elaborar os planos mais concretos nada impede que o município possa alterar as opções previamente feitas nos planos de escalão superior.

Tendo em atenção as considerações que acabamos de tecer, pensamos que a única leitura que este normativo — a alínea *I*) do artigo 85.<sup>º</sup> — permite é a de que os novos planos directores municipais devem identificar as UOPGs para efeitos da programação da execução do plano, sendo certo que, se logo no momento da sua elaboração e da delimitação das UOPGs se revelar, do ponto de vista do município, *necessária ou conveniente* a elaboração de planos mais concretos, deve aquele plano, logo aí, identifica-los, enunciando os respectivos termos de referência que se reportarão àquela necessidade e/ou conveniência.

Isto significa que a única obrigatoriedade que resulta do RJIGT nesta matéria, é, em nosso entender, a de que os novos planos directores municipais identifiquem as *unidades operativas de planeamento e gestão* para efeitos de programação da respectiva execução, devendo identificar obrigatoriamente os *objectivos* a alcançar em cada uma delas. A decisão, nesse momento, de posterior elaboração de planos de urbanização ou de pormenor deve ocorrer quando tal se revele *necessário* (e *conveniente*) do ponto de vista do município.

Nestes casos, em que o município identifica a necessidade de posterior elaboração de planos de urbanização ou de planos pormenor, a alínea *I*) do artigo 85.<sup>º</sup> exige a indicação dos *termos de referência* dos mesmos. Estes podem consistir na identificação dos motivos

<sup>16</sup> Sobre o carácter obrigatório, de entre os planos municipais, apenas do PDM, vide Fernando Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2004, p. 474 e ss.

que justificam a sua necessidade ou conveniência ou ir mais além, identificando os grandes objectivos e opções a concretizar nos mesmos (ou mesmo os parâmetros urbanísticos que por eles devem ser respeitados), se estes já forem conhecidos nessa altura. Ou seja, o grau de concretização dos citados termos de referência dependerá de situação para situação e do grau de consolidação das concepções urbanísticas que o município tenha já nesse momento quanto aos futuros planos.

É a propósito das situações em que o município determina a necessidade de posterior elaboração de planos mais concretos que se podem colocar algumas das mais importantes e complexas questões do planeamento urbanístico. Com efeito, com bastante frequência os municípios optam por fazer depender a ocupação dos solos dentro das referidas unidades operativas de planeamento e gestão da prévia elaboração e entrada em vigor de planos municipais mais concretos (planos de pormenor e planos de urbanização), o que é tanto mais problemático quando se trate de solos urbanos, visto que, nestes casos, ficam os proprietários impedidos de utilizar os solos para os fins para os quais os mesmos têm aptidão<sup>17</sup>.

O principal problema que daqui decorre é o de, tendo em consideração serem os planos de urbanização e de pormenor instrumentos de iniciativa pública (os particulares não estão impedidos de formular petições para a elaboração destes instrumentos de planeamento, mas tais petições não constituem a Administração no dever de dar início ao respectivo procedimento, sendo tal início sempre oficioso), poderem os particulares ficar “reféns” da Administração quando esta não fixe qualquer prazo para aquela elaboração ou quando, tendo-o fixado, não o cumpra (como aconteceu muitas vezes no passado a propósito de planos com exigências deste tipo).

Como superar a inércia da Administração, isto é, como actuar no caso de esta não vir a desencadear em tempo razoável a elaboração dos referidos instrumentos de planeamento territorial? E o que entender-se por tempo razoável para este efeito?

Esta questão tem sido discutida noutras ordenamento jurídicos, como acontece com o italiano, onde se levantaram sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da criação destes vínculos de *inedificabilidade por tempo indeterminado*. Para superar as referidas dúvidas o legislador italiano veio estabelecer a caducidade daqueles vínculos se os instrumentos de planeamento previstos não forem aprovados dentro do prazo de 5 anos, embora admita a possibilidade de reiteração dos mesmos, desde que devidamente fundamentada, ainda que dando lugar nestes casos, em regra, a indemnização<sup>18</sup>.

Para que não se suscitem, também entre nós, as referidas dúvidas, pensamos ser conveniente admitir, ao lado da exigência de elaboração de um posterior plano (de urbanização ou de pormenor), que a ocupação dos solos possa ser desencadeada, enquanto

<sup>16</sup> Refira-se que, mesmo que fosse obrigatória a posterior elaboração de planos de urbanização e de pormenor dentro das unidades operativas de planeamento e gestão, tal não significaria que a ocupação dos solos dentro destas tivesse de ficar dependente da entrada em vigor destes planos, até porque o próprio RJIGT refere a possibilidade de os PDM indicarem quais são os índices, indicadores ou parâmetros de natureza supletiva aplicáveis na ausência de planos mais concretos [cfr. alínea j) do artigo 85º]. Fazer depender a ocupação dos solos dentro das UOPGs da prévia entrada em vigor de um futuro plano será sempre, pois, uma opção do município.

<sup>18</sup> Sobre esta problemática cfr. Lucio MAROTA, *Pianificazione Urbanistica e Discrezionalità Amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 34 e ss..



aquele plano não surge, por exemplo pela prévia aprovação de um projecto de loteamento (conjunto ou não)<sup>19</sup> ou pela prévia delimitação de uma *unidade de execução*. Trata-se de soluções que permitem aos particulares superar a inércia da Administração na elaboração dos planos previstos: o primeiro porque é da responsabilidade dos particulares, a segunda porque embora seja delimitada pela câmara municipal, os particulares têm poder de iniciativa, podendo associar-se para o efeito e propor a sua delimitação à câmara municipal<sup>20</sup>.

Tendo em consideração tudo quanto foi já referido até este momento, podemos avançar, desde já, com a resposta para as duas primeiras questões anteriormente colocadas.

- i) A delimitação necessária, pelo plano director municipal, de *unidades operativas de planeamento e gestão* não determina a necessidade de posterior elaboração de planos de urbanização e de pormenor. Esta, a ser determinada, dependerá de uma ponderação por parte da entidade competente — o município — da respectiva necessidade e/ou conveniência.
- ii) Caso o município opte por exigir a posterior elaboração destes planos mais concretos, deve o plano director municipal identificar os respectivos *termos de referência*. Contudo, para que não se coloquem questões de restrição ilimitada de direitos dos particulares conferidora de direito a uma indemnização por parte destes, será conveniente ou que o município fixe um prazo máximo dentro do qual o plano terá de estar em vigor (e cujo decurso faça caducar aquele vínculo de inedificabilidade) ou que permita, em alternativa ao posterior plano, isto é, enquanto o mesmo não entrar em vigor, a prévia ocupação dos solos através de figuras relativamente às quais os particulares detenham, pelo menos, o poder de iniciativa, que serão controladas em função do cumprimento dos objectivos definidos para a respectiva unidade operativa de planeamento e gestão ou dos parâmetros supletivos que o município tenha eventualmente determinado.

#### 4.2.2. As questões referentes às unidades de execução

##### a) A área relativamente à qual podem ser delimitadas unidades de execução

Como tivemos oportunidade de referir anteriormente, não temos dúvidas de que a

<sup>19</sup> Estes instrumentos terão naturalmente de se enquadrar nos *objectivos* definidos para a respectiva unidade operativa de planeamento e gestão.

<sup>20</sup> Sobre estas “reservas de urbanização” vide Fernanda Paula OLIVEIRA/Dulce LOPES, *Direito do Urbanismo. Casos Práticos Resolvidos*, Coimbra, Almedina, 2005, Reimpressão, caso prático n.º 7 e *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, CEDOUA/FDUC/IGAT, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 52-55.

Há quem defenda que este vínculo de inedificabilidade até à entrada em vigor do plano serve como instrumento cautelar desse futuro plano, isto é, com um valor de medidas preventivas com vista a acutelar o seu conteúdo ou a discricionariedade de planeamento da Administração, devendo, por isso, ter o prazo máximo que estas teriam (ou seja, os 3 anos). Caso se prolonguem no tempo, as mesmas, tal como as medidas preventivas, terão de dar lugar a indemnização. Sobre a questão da admissibilidade de vigência das medidas preventivas para lá do prazo máximo, conferindo, contudo, direito a indemnização aos particulares afectados vide Fernanda PaulaOLIVEIRA/Dulce LOPES, “Medidas Cautelares dos Planos”, in. *RevCEDOUA*, n.º 10, 2002, p. 50-51

situação que o legislador considera a ideal é aquela em que o plano de pormenor é o instrumento que serve de base a qualquer operação de execução<sup>21</sup>.

Assim sendo, deve ser a partir destes que as referidas unidades de execução devem ser delimitadas (por isso se afirma no n.º 3 do artigo 119.º do RJIGT que estas podem coincidir com áreas abrangidas por plano de pormenor ou parte dela), tendo em consideração que aquelas unidades são-no para executar e não para planear.

No entanto, naquelas situações em que em que tais planos não existam, a lei permite a sua delimitação a partir de *unidades operativas de planeamento e gestão* que, mesmo que não apelem para a necessidade de posterior plano de pormenor, podem servir de base à delimitação daquelas unidades (cfr. o mesmo n.º 3 do artigo 119.º do RJIGT).

Com efeito, mesmo que estas UOPGs não exijam a posterior elaboração de planos de pormenor, a sua vocação intrínseca para a execução (servem para programar esta) e a identificação dos *objectivos* que, deste ponto de vista, devem ser cumpridos na mesma, conferem-lhe uma capacidade para fundamentar a execução do plano e, por isso, a delimitação daquelas unidades.

Podemos, assim, afirmar que a situação normal é a da delimitação de unidades de execução a partir de áreas já abrangidas por um *plano de pormenor* ou, no mínimo, para as quais estejam delimitadas *unidades operativas de planeamento e gestão*.

No entanto, tendo em consideração serem facultativos os planos de pormenor e poderem os planos directores municipais definir regras concretas de ocupação dos solos imediatamente vinculativas dos particulares e, por isso, imediatamente exequíveis mesmo fora das áreas das UOPGs, não vemos porque impedir a possibilidade de uma execução que decorra imediatamente destes, ou seja, a delimitação de unidades de execução para áreas apenas abrangidas por estes ou por planos de urbanização.

Esta possibilidade deve ser particularmente admitida a propósito de planos municipais elaborados antes da entrada em vigor do referido regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, que obedeciam a uma lógica distinta. Nestas situações, em nossa opinião, não deverá estar impedida a delimitação de unidades de execução relativamente a áreas para as quais não existam planos de pormenor ou prévia delimitação de UOPGs, embora as mesmas careçam, aí, de uma fundamentação acrescida.

Com efeito, o enquadramento e a justificação das unidades de execução, nestes casos, são um trabalho que terá de ser cuidadosamente desenvolvido pela câmara municipal, visto que a deliberação que aprovar a delimitação da unidade de execução tem a natureza jurídica de acto administrativo sujeito a todos os requisitos formais e materiais a que em geral os mesmos estão submetidos, com especial relevo para a exigência da fundamentação. Esta terá de incidir na *necessidade e essencialidade* daquela área para a implementação das opções fixadas nos planos, pois apenas desta forma a mesma poderá ser devidamente enquadrada na problemática da execução dos mesmos.

<sup>21</sup> É com efeito frequente afirmar-se que "...não são ainda os PDM os instrumentos de planeamento que mais favorecem uma correcta gestão urbanística do território municipal..." dada a escala a que estes planos são elaborados, o que lhes permite praticamente delimitar apenas perímetros urbanos e aglomerados, dificultando "...a apreciação de lotamentos e edificações, cujas orientações só podem emanar de forma mais precisa de planos de escala inferior: de urbanização e de pormenor." Cfr. ANTÓNIO JOSÉ MAGALHÃES CARDOSO, *Gestão Territorial*, Coimbra, 2001, pp. 6-7.



Vejamos, esquematicamente, o que acabámos de referir a propósito das áreas a abrange por unidades de execução:

	Plano	Delimitação de unidades de execução
<b>Situação possível</b>	UOTG em PDM mas sem plano de urbanização ou de pormenor	Com discussão pública
	UOTG com plano de urbanização	Com discussão pública
<b>Situação ideal</b>	UOTG com plano de pormenor	Sem discussão pública
	Plano de pormenor (integrado ou não em UOPG)	Sem discussão pública
<b>Situação excepcional e que necessita de uma fundamentação cuidada</b>	PDM sem UOPG nem plano de pormenor	Com discussão pública <sup>22</sup>

Para além da necessidade de uma fundamentação cuidada (que será tanto mais exigida quanto a área não tenha plano de pormenor em vigor ou UOPG determinada), a delimitação das unidades de execução terá de cumprir ainda os seguintes requisitos:

- Identificação dos limites físicos da área através da sua delimitação em planta cadastral com identificação de todos os prédios abrangidos;
- Garantia de que a unidade de execução integra todos os sistemas urbanos imprescindíveis ao “desenvolvimento urbano harmonioso” da respectiva área (espaços públicos ou equipamentos previstos) e a repartição efectiva de benefícios e encargos pelos proprietários;
- Associação da unidade de execução a um fundo de compensação a ser gerido pela câmara municipal com a participação dos interessados, nos termos a definir em regulamento municipal — artigo 125.<sup>º</sup> do RJIGT. <sup>23</sup>

*b) Objecto da discussão pública na delimitação da unidade de execução*

O artigo 120.<sup>º</sup> do RJIGT, relativo à delimitação de unidades de execução, prevê que a respectiva aprovação está sujeita a discussão pública nas situações anteriormente referidas “...em termos análogos aos previstos para o plano de pormenor”, ou seja, cumprindo-se o disposto no artigo 77.<sup>º</sup>, n.<sup>os</sup> 3 e 4 do RJIGT quanto a publicação no Diário da República, publicitação, antecedência e prazo mínimo, e posterior ponderação dos resultados com eventual influência na delimitação na unidade de execução.

A questão que se pode colocar a este propósito é a de saber se objecto da discussão pública é apenas a *delimitação daquela área* (fixação dos limites físicos da mesma com

<sup>22</sup> No final da discussão pública deve decorrer, de uma forma clara, que houve uma ponderação circunstanciada das considerações, objecções ou reclamações apresentadas durante a mesma, quer aquelas tenham levado a uma alteração da referida delimitação (para mais ou para menos), quer esta tenha permanecido inalterada.

<sup>23</sup> Ao contrário do que decorria da redacção inicial do RJIGT, que exigia para cada unidade de execução um fundo de compensação, actualmente determina-se apenas, para cada unidade de execução, a necessidade da sua associação a um fundo de compensação, que pode ser também o fundo de compensação em funcionamento para outra ou outras unidades de execução.

identificação de todos os prédios abrangidos) ou se, para além disso, também terá de estar sujeita àquela discussão a intervenção (operação) urbanística a desenvolver no seu interior.

Na nossa perspectiva, uma discussão pública que se limite apenas à delimitação física da área a executar tem efeitos bastante limitados. Uma discussão pública de efeitos mais alargados, e por isso úteis da perspectiva da Administração e dos participantes, é aquela que incida também, e necessariamente, sobre a concreta operação (intervenção) urbanística que na mesma irá ter lugar, pelo menos nos seus traços essenciais.

Com efeito, é o próprio n.º 1 do artigo 120.º que refere esta intervenção (... "área a sujeitar a intervenção urbanística..."), sendo certo que a adequação ou conveniência da área da unidade de execução proposta só podem ser aferidas em função da mesma.

Naturalmente que se a intervenção urbanística a ter lugar na unidade de execução for uma operação de loteamento (em sentido clássico ou na vertente do reparcelamento ou emparcelamento), a lei determina já que a mesma esteja submetida a discussão pública, excepto quando a área está abrangida por plano de pormenor.<sup>24</sup> No entanto, para evitar repetições despropositadas de trâmites procedimentais (discussão pública da delimitação da unidade de execução e posterior discussão pública da operação de loteamento), até porque, neste caso, a primeira discussão pública teria um objecto extremamente limitado, já que, como dissemos, a adequação da área da unidade tem de ser aferida em função da operação concreta a executar, só se conseguindo compreender por referência àquela operação, deve incentivar-se a promoção conjunta ou simultânea de ambas as consultas públicas, devendo, para o efeito, ser publicitada não apenas a área a abranger pela unidade de execução com o projecto da respectiva intervenção urbanística, mas também, caso o mesmo já exista, o projecto de loteamento/reparcelamento a concretizar no seu interior.

A isto acresce ainda que, devendo a unidade de execução cumprir os objectivos enunciados no n.º 2 do artigo 120.º, tal só é possível determinar tendo em consideração a operação concreta a realizar. Com efeito, saber se a unidade de execução cumprirá ou não aqueles objectivos está dependente de saber qual a intervenção (operação) que nela terá lugar, isto é, do conhecimento do respectivo projecto ou, no mínimo, ante-projecto.

Por isso, independentemente de a operação urbanística a realizar na unidade de execução estar ou não, em termos gerais, sujeita a discussão pública, a sua ocorrência dentro da unidade de execução implicará sempre, necessariamente, a sua sujeição a este trâmite.

Considerando o que acabamos de afirmar, a resposta à questão colocada em terceiro lugar será no sentido de que:

- i) em princípio a delimitação de unidades de execução deve incidir sobre áreas abrangidas por plano de pormenor ou, no mínimo UOPGs, mas deve considerar-se admissível a sua "extracção" do plano director municipal (ou do plano de urbanização) sem que medie um nível de planeamento mais concreto quando as suas normas sejam susceptíveis de basear uma execução directa, sem necessidade de elaboração daqueles níveis sucessivos de planeamento. Esta solução terá mais razão de ser quando se trate de planos directores municipais elaborados à luz do anterior

<sup>24</sup> Se a operação de loteamento (loteamento clássico, rearcelamento ou emparcelamento) for de iniciativa dos particulares, tal discussão pública decorre do disposto no artigo 22.º do RJUE; se for da iniciativa da Administração, vale o artigo 7.º, n.º 5 do mesmo diploma legal.

regime. Caso assim se não entendesse, estar-se-ia a fechar a porta a um dos mais relevantes instrumentos para a operacionalização dos planos e de promoção de parcerias e de projectos conjuntos entre privados ou destes com a Administração, apenas porque o plano director municipal em vigor foi elaborado numa lógica (legal) distinta de planeamento.

- ii) Estas últimas situações devem, contudo, ser devidamente fundamentadas.
- iii) Em caso de discussão pública, deve esta incidir não apenas sobre a área a abranger pela unidade de execução, mas também sobre o projecto da intervenção urbanística a realizar no seu interior, ainda que nos seus traços essenciais, só assim se compreendendo os fins pretendidos por este trâmite procedural neste caso.

#### 4.2.3. Referência a outras questões conexas

##### a) Da execução das operações urbanísticas: execução sistemática ou assistemática?

Na mesma linha do que foi referido anteriormente, e ainda a propósito da execução dos planos, o RJIGT parece apontar no sentido de que as *operações urbanísticas* (forma mais importante de execução dos instrumentos de planeamento) terão de ocorrer necessariamente dentro de unidades de execução previamente delimitadas.

Isto coloca a questão de saber se para este diploma legal apenas se admite a designada *execução sistemática de planos e operações urbanísticas*<sup>25</sup>, isto é, a execução dos mesmos através de um dos *sistemas de execução* que, necessariamente funcionam dentro das respectivas *unidades de execução* (cfr. n.º 1 do artigo 119.º), ou se, pelo contrário, apesar de não lhe fazer referência, a lei admite também uma execução dita *assistemática* (fora daqueles sistemas e das unidades de execução).

Como já tivemos oportunidade de referir noutro local<sup>26</sup>, uma leitura meramente literal do referido dispositivo legal poderia levar-nos a concluir que apenas aquela é possível: (1) este diploma apenas refere a *execução sistemática*; (2) esta é a única que permite alcançar um dos principais objectivos apontados pelo RJIGT — o de impedir a *disseminação das operações urbanísticas pelo território*; (3) é esta a execução que melhor permite o funcionamento dos mecanismos de perequação, garantindo que a mesma é promovida entre os proprietários abrangidos pela mesma unidade de execução.

Quanto a nós, também nesta matéria o legislador regulou apenas aquela que entende ser a situação mais aconselhável (situação ideal ou situação regra) — a execução sistemática é claramente apresentada como a forma normal de execução dos planos e operações urbanísticas —, mas não impedindo, em situações que deverão ser progressivamente excepcionais, a possibilidade de um execução assistemática<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Note-se que, nos termos do artigo 119.º do RJIGT, não são apenas os planos que são executados através de sistemas de execução, para o funcionamento dos quais são delimitadas previamente unidades de execução, mas também as *operações urbanísticas*. Estas são, reembora-se, as operações que se encontram reguladas pelo RJUE (cfr. artigo 2.º deste diploma legal).

<sup>26</sup> Cfr. O nosso *Sistemas e Instrumentos de Execução dos Planos*, Cadernos do CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2002, p. 29 e ss.

Neste sentido aponta o regime jurídico da urbanização e edificação (relativo ao licenciamento ou autorização das operações urbanísticas) que não exige como pressuposto para a emissão das respectivas licenças ou autorizações que as mesmas se situem (ou enquadrem) numa unidade de execução<sup>28</sup>.

### b) Da perequação de benefícios e encargos

Ultimamente tem vindo a defender-se que cada plano tem de resolver os problemas de perequação que se colocam ao respectivo nível, ou seja, adequadas à respectiva escala.

Mesmo os planos de urbanização, relativamente aos quais a versão inicial do RJIGT não conferiu qualquer papel a este propósito — tendo muitos defendido que este estaria afastado das questões perequativas —, têm hoje, após as alterações introduzidas ao RJIGT pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de definir também a “estruturação das acções de perequação compensatória a desenvolver na área de intervenção” [cfr. alínea f) do artigo 88.º].

O disposto no citado n.º 2 do artigo 136.º — de que a aplicação dos mecanismos de perequação se realiza no âmbito dos *planos de pormenor* ou de *unidades de execução* —, encontra-se estritamente relacionado com os normativos anteriormente referidos, que assumem ser a situação normal aquela em que a execução é feita tendo por base estas duas realidades.

Admitindo-se, como defendemos anteriormente, que a execução possa ocorrer fora destas circunstâncias (tendo como base directa um plano director municipal ou um plano de urbanização), então terá também de se defender a possibilidade de a perequação funcionar a partir destes níveis de planeamento.

Acresce que, embora o legislador tenha assumido os planos de pormenor e as unidades de execução como o escalão mais adequado para o *funcionamento* (a aplicação) dos mecanismos de perequação, a verdade é que o estabelecimento destes mecanismos (bem como dos respectivos critérios) nos planos directores municipais e nos planos de urbanização é também considerado fundamental, inclusive para uma perequação que deve funcionar a um nível diferente: a perequação entre unidades de execução ou entre diferentes planos de pormenor<sup>29</sup>.

Concluímos, pois, também a este propósito, pela necessidade de uma interpretação sistemática do RJIGT que tenha em consideração as necessidades reais de planeamento

<sup>27</sup> Seria, em todo o caso, importante que o legislador português identificasse, de um modo preciso, em que circunstâncias se pode lançar mão da referida execução assistemática. Por exemplo, no direito espanhol, segundo Tomás RÁMON-FERNÁNDEZ, a execução em solos urbanizáveis só pode ser feita de forma sistemática. A execução assistemática apenas é possível nos solos urbanos, nas situações em que não é factível ou simplesmente não é necessário delimitar uma unidade de execução. É o que acontece com a situação mais simples da edificação de um imóvel numa área urbana já consolidada. Cfr. Tomás RÁMON FERNÁNDEZ, “Os Sistemas de Execução dos Planos em Espanha dos Planos Gerais Municipais de Ordenamento do Território em Espanha”, in. *A Execução dos Planos Directores Municipais*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 74 e ss. Tratando-se de planos elaborados a luz do regime anterior, pensamos que as operações urbanísticas dificilmente serão executadas através da execução sistemática.

<sup>28</sup> Sobre esta questão vide também Jorge de CARVALHO/ Fernanda Paula OLIVEIRA, *Perequação, Taxas e Cedências. Administração Urbanística em Portugal*, cit., p. 24.

<sup>29</sup> Cfr. *O Sistema de Execução de Planos e a Perequação*, DGOTDU, Seminário, Lisboa 2002, p. 203.



e que supere uma mera interpretação literal dos seus normativos que levaria a soluções demasiado irrealistas, por rígidas<sup>30</sup>.

#### 4.2.4. Da programação a levar a cabo nos planos directores municipais

A questão que a este propósito se pode colocar é a de saber se a programação da execução das opções de ordenamento referida na alínea m) do artigo 85.º do RJIGT terá de ser também uma programação temporal ou se basta que a mesma seja feita em termos genéricos, com mera indicação da ordem de prioridades.

Uma análise atenta ao RJIGT em matéria de planos directores municipais e respectiva programação leva-nos a dois normativos distintos: a referida alínea m) do artigo 85.º (nos termos da qual o plano director municipal deverá, no seu conteúdo material, estabelecer a “programação da execução das opções de ordenamento estabelecidas”) e a alínea c) do n.º 2 do artigo 86.º, que determina a necessidade de o plano director municipal ser acompanhado de um programa que contenha “...disposições indicativas sobre a execução das intervenções municipais previstas, bem como sobre os meios de financiamento das mesmas”.

Estritamente relacionada com a questão da programação está também a classificação dos solos que os distingue entre rurais e urbanos, cabendo, nesta segunda classe, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 72.º do RJIGT, os solos já urbanizados e os solos cuja urbanização seja programada, que constituem, no seu todo, o perímetro urbano.

Para o artigo 73.º do RJIGT — artigo que diz respeito à *qualificação* dos solos — o solo urbano diz respeito, para além dos solos já urbanizados e dos solos afectos a estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano, os solos cuja urbanização seja possível programar.

“Programa”, “programação da execução”, “urbanização programada” ou “urbanização que seja possível programar” são, pois, as expressões utilizadas pelo legislador para se referir a esta realidade.

Devemos, no entanto, ter em consideração, para caracterizar esta programação exigida legalmente, o nível e tipo de plano municipal que está em causa. Caso se trate de um PDM, aquela programação não pode significar, dada a escala a que ele é elaborado, uma definição rigorosa dos vários passos, procedimentos e tempos de realização/concretização das suas opções.

Esta solução é aliás reforçada pelo carácter essencialmente estratégico do plano director municipal, o que apela para um tipo de programação que, embora tenha algum grau de precisão, não feche cenários.

Com efeito, o conceito de programação, embora apele para a necessidade de o plano se tornar, em matéria de execução, mais preciso, não deve fazer esquecer que os mecanismos de precisão apenas devem ser utilizados quando há a *certeza* que os mesmos vão funcionar. Não havendo este tipo de certezas designadamente quanto às dinâmicas

<sup>30</sup> Sobre a abrangência geográfica da perequação e o papel desempenhado por cada plano municipal na montagem do processo perequativo vide Jorge de CARVALHO/ Fernanda Paula OLIVEIRA, Perequação, taxas e cedências. A Administração urbanística em Portugal, *cit.*, pp. 41 e ss.

existentes (e não as haverá necessariamente em planos com a escala dos planos directores municipais), não é conveniente que o plano cerce alternativas.

Por isso o legislador, a propósito do programa que deve acompanhar o plano director municipal, determina que o mesmo identificará a execução das intervenções municipais, bem como os meios de financiamento das mesmas, mas de uma forma meramente indicativa.

Pensamos pois que, pelo menos ao nível deste instrumento de planeamento municipal, a programação da execução das opções de ordenamento estabelecidas não terá de ser uma programação temporal das mesmas e, caso o seja, poderá ser meramente indicativa, podendo, por isso, traduzir-se numa programação genérica, isto é, indicando metas e prioridades.



(Fernanda Paula Oliveira)

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# MIBEL: o início do embuste

## Resumo

A denominada reforma do sector eléctrico – transformação de um monopólio público assente numa empresa verticalmente integrada em mercado onde concorrem empresas privadas –, imposta, em parte, pelas directrizes comunitárias e desejada, sobretudo, pelas “elites” empresariais e políticas, tem suscitado na doutrina, designadamente na doutrina jurídica e económica, sérias dúvidas. Dúvidas que sempre nos pareceram sustentadas e que os novos diplomas legislativos do sector, indirectamente, confirmam. É neste contexto de descrença, aqui caracterizado de forma breve, que nos propomos analisar o MIBEL, apurando se o mesmo constitui ou não o primeiro “nado-morto” do projecto de instituir um mercado para a electricidade.

### 1. Enquadramento da questão

O sector energético desempenha, desde há muito tempo, um papel chave nas economias nacionais, sendo por isso considerado um sector especial, excluído das regras do mercado e justificativo de um maior intervencionismo estatal, vertido na criação de empresas públicas e na planificação vinculante de empresas privadas<sup>1</sup>. Por essa razão, só na década de 90 começa a falar-se na liberalização deste sector, procurando por esta via alcançar maior concorrência e eficiência das empresas, redução de custos e melhor aproveitamento dos recursos<sup>2</sup>.

Sob a égide da sempre informada e acertada política comunitária<sup>3</sup>, Portugal iniciou, primeiramente que outros Estados membro, a operação de transformação do sector eléctrico. Na verdade, o pioneirismo português na matéria resumiu-se, essencialmente, às “declarações de intenções” vertidas nos preâmbulos dos diplomas legais, pois, as soluções normativas efectivamente adoptadas revelaram-se sempre muito modestas quando comparadas com o anunciado e, na prática, a tarefa tem sido desenvolvida de forma lenta e complexa.

O diploma que estabelece os princípios gerais relativos à organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional de acordo com o modelo liberalizado – o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro – veio a ser aprovado apenas no início do presente ano de 2006, i.e., quinze anos após o primeiro impulso legislativo neste sentido.

Como factores justificativos do atraso destacam-se, em nosso entender, a falta de coragem política em alguns momentos, o impasse na escolha da organização global para

<sup>1</sup> Juan de la Cruz Ferrer, *La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.52.

<sup>2</sup> Juan de la Cruz Ferrer, *La Liberalización ...*, 1999, p.53

<sup>3</sup> Entre os documentos decisivos para a transformação do sector energético no contexto europeu salientamos o Livro Verde sobre Política Energética, de 1995, que abriu o debate sobre os temas e o Livro Branco sobre Política Energética, aprovado no mesmo ano de 1995, onde se fixam como principais objectivos desta política a “concorrência, a segurança de abastecimento e a protecção do meio ambiente”.

o sector – recorde-se que o sector da energia inclui, além da electricidade, o gás natural e o petróleo, existindo modelos que optam pela regulação conjunta e outros (como era o nosso) que optam pela regulação separada da electricidade – e o interesse em salvaguardar a posição e o valor empresarial da EDP na fase de transição entre modelos.

Sublinhe-se que no diploma agora aprovado se prevê um regime transitório, com soluções cujos efeitos certamente irão durar mais do que a transitoriedade do referido regime (referimo-nos à manutenção do equilíbrio contratual dos contratos de aquisição de energia), o que nos obriga a concluir que algo não está bem e a investigar, com recurso à experiência comparada, os factores que contribuem para o actual estado de coisas.

O MIBEL, pretendendo ser um mercado regional instituído numa fase de transição para o mercado europeu, constitui, assim, um excelente laboratório para a nossa pesquisa.

## **2. Evolução legislativa do sector eléctrico em Portugal na contextualização do surgimento do MIBEL**

Antes de analisarmos o MIBEL, afigura-se-nos útil à clarificação do discurso traçar, de forma breve e sucinta, a evolução legislativa do sector<sup>4</sup> desde que se iniciou o respectivo processo de liberalização das actividades e de privatização da EDP.

No contexto europeu, foi a Directiva 96/92, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que deu o passo decisivo para a liberalização do sector. Por via da sua transposição, os Estados abandonaram o intervencionismo, substituindo-o por novas formas de actuação garantidoras da regularidade no fornecimento e da preservação do meio ambiente num contexto de mercado pretensamente competitivo e eficiente.

No plano nacional, a evolução até à implementação do referido modelo liberalizado foi longa e penosa. Até 1975, na vigência da Lei n.º 2002, de 1944 (Electrificação do País), vigorava um conjunto de concessões privadas referentes à produção e transporte da electricidade (estas tarefas surgiam no quadro das atribuições do Estado), cabendo a sua distribuição aos Municípios. Nesta altura, a regulação do sector era assegurada pelo departamento ministerial competente.

Em 1975, o Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, nacionalizou várias daquelas empresas que depois reestruturou numa única à qual foram atribuídos direitos exclusivos no sector. A empresa que resultou desta transformação foi a Electricidade de Portugal EDP – Empresa Pública, criada em 1976, pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho. Passou então a existir uma reserva legal da indústria para o sector público. Estava assim criado o modelo de monopólio público entregue a uma empresa verticalmente integrada.

Em 1988, dá-se a abertura do sector eléctrico à iniciativa privada, com a publicação da revisão da lei de delimitação de sectores (Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro), a qual põe fim ao exclusivo público do serviço de produção, transporte e distribuição. Segue-se, em 1991, a transformação da EDP em sociedade de capitais públicos, realizada pelo Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, que passa a adoptar a designação de Electricidade de Portugal

<sup>4</sup> Sobre a organização do sector eléctrico em Portugal Vide VITAL MOREIRA, *Requiem pelo serviço público? – Mercado e regulação no sector eléctrico*, apontamento policopiados, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra, 7 de Abril de 2000.



S.A. (de ora em diante designada abreviadamente EDP). Este modelo de reestruturação da EDP determinou a sua desintegração vertical, dando origem a empresas vocacionadas exclusivamente a uma das actividades de produção, transporte ou distribuição. Estava iniciado o processo que poria termo ao monopólio público do sector eléctrico.

Apesar de 1991 poder ser designado como o marco legislativo do início da transformação do sector, só em 1995, com a aprovação da nova organização do sector eléctrico – o “pacote legislativo de 95”<sup>5</sup> do qual se destaca o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho –, se consagra verdadeiramente um novo modelo. Este modelo previa a coexistência de dois subsistemas dentro do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), ambos com características vin-cadamente diferentes: (1) o Sistema Eléctrico do Serviço Público (SEP) onde se integrava a concessionária da gestão da rede – a Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT) e (2) o Sistema Eléctrico Independente (SEI), organizado segundo uma lógica de mercado, onde se integrava o Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV), correspondente às entidades titulares de uma licença não vinculada de produção ou de distribuição de energia eléctrica em média e alta tensão, cujas actividades se regiam por regras de mercado.

De referir que a regulamentação da produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renovável (FER) que entre nós segue o regime jurídico do pequeno produtor de energia eléctrica, foi também modificado no âmbito do “pacote legislativo 95”, estabelecen-do-se um regime jurídico que se mantém, com uma ou outra alteração, ainda em vigor<sup>6</sup>.

Em 1997, na sequência da aprovação da já mencionada Directiva Europeia n.º 96/92, foram introduzidas algumas alterações ao pacote legislativo de 1995<sup>7</sup>, que coincidiram com o início do processo de privatização da EDP<sup>8</sup>. A empresa deixou de ser de capitais públicos para passar a integrar o sector económico privado.

A regulação do sector, inicialmente a cargo da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico<sup>9</sup>, foi, em 2001, cometida à Entidade Reguladora do Sector Energético (ERSE)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> O pacote legislativo de 95 incluía os seguintes diplomas: o Decreto-Lei n.º 182/95 (bases da organização do Sistema Eléctrico Nacional); o Decreto-Lei n.º 183/95 (regime jurídico do exercício da actividade de produção de energia eléctrica); o Decreto-Lei n.º 184/95 (regime jurídico do exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica); o Decreto-Lei n.º 185/95 (regime jurídico do exercício da actividade de transporte de energia eléctrica); o Decreto-Lei n.º 186/95 (regime jurídico do exercício da cogeração – produção e consumo combinados de energia eléctrica e energia térmica); o Decreto-Lei n.º 187/95 (criação da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico) e o Decreto-Lei n.º 188/95 (constituição, organização e funcionamento da Entidade de Planeamento do Sistema Electroprodutor), todos de 27 de Julho.

<sup>6</sup> A produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renovável (FER) está disciplinada no Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, com as actualizações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 313/95, de 24/11, n.º 168/99, de 18/5, n.º 312/2001, de 10/12, n.º 339-C/2001, de 29/12 e n.º 33-A/2005, de 16/2. Sobre a produção de energia eléctrica a partir de FER em Portugal vide SUZANA TAVARES DA SILVA, “Fontes de energia renovável: quadro normativo da produção de electricidade”, RevCEDOUA 1.02, p. 79-96.

<sup>7</sup> O Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março.

<sup>8</sup> A transformação da EDP teve início com o Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, que transformou a empresa pública em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Seguiram-se, nos termos do processo previsto na Lei-quadro das reprivatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril), 4 fases de reprivatização do capital da empresa, tendo o Estado, nesta quarta fase, perdido a maioria do capital.

<sup>9</sup> A Entidade Reguladora do Sector Eléctrico foi criada em 1995, pelo Decreto-lei n.º 187/95, de 27 de Julho e os respectivos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de Fevereiro.

<sup>10</sup> A Entidade Reguladora do Sector Energético (autoridade reguladora dos sectores do gás natural e da electrici-dade) resultou da transformação da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico, que foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de Setembro.

Desde 1995 até à aprovação do regime jurídico actualmente em vigor, vertido no Decreto-Lei n.º 29/2006, as alterações legislativas foram, fundamentalmente, de âmbito pontual, para solucionar questões concretas e sem assinaláveis preocupações de garantir a coerência sistémica.

Das modificações introduzidas nesse período destacamos, em matéria de *produção*, o facto de os terrenos afectos a centros electroprodutores terem passado da reserva de titularidade definida em 1995 a favor da entidade concessionária da RNT, para a possibilidade de aquisição pelos titulares de licenças de produção vinculada (em 2000), terminando com a obrigatoriedade de transmissão desses terrenos (à excepção dos que integravam o domínio público hídrico) para os titulares das licenças<sup>11</sup> e, ainda, o estabelecimento dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) na sequência da extinção dos contratos de aquisição de energia eléctrica (CAE)<sup>12</sup>.

Quanto à *distribuição de energia eléctrica em baixa tensão*, assente em concessões municipais desde a aprovação do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, as modificações operadas no alargamento da qualidade de cliente elegível a todos os consumidores acabaram por ditar as opções vertidas no regime transitório agora aprovado: a actividade continua na titularidade das actuais concessionárias, impondo-se a modificação dos contratos<sup>13</sup> (nos termos a estabelecer em legislação complementar) de forma a excluir do seu âmbito a comercialização em exclusivo de energia eléctrica<sup>14</sup>, embora se atribua transitoriamente aos concessionários a qualidade de comercializador de último recurso, enquanto durar o correspondente contrato de concessão.

As alterações mais relevantes resultaram do regime transitório criado com o intuito de aproximar progressivamente o modelo legislativo português ao modelo espanhol, tendo

<sup>11</sup> Referimo-nos, em primeiro lugar, à alteração do Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto, que previa a possibilidade de o titular da licença de produção vinculada adquirir a propriedade (ou a sua posse no caso de bens do domínio público ou privado da Administração Pública) dos terrenos onde estão implantados os centros electroprodutores, desde que, e em simultâneo, solicitasse a emissão de uma licença de produção não vinculada, para o mesmo local, nos casos em que não estivéssemos perante uma situação de falta de acordo na prorrogação do prazo e a RNT não quisesse exercer o direito de reserva sobre o sítio (tendo agora, para fazer a reserva, de justificar a necessidade de utilização da capacidade nele instalada para o SEP, segundo o plano de expansão em vigor).

Seguiu-se, na esteira da nova organização do sector traçada pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto, no contexto do desenvolvimento do Mercado Ibérico de Electricidade (MIBEL), a aprovação do Decreto-Lei n.º 198/2003, que estabeleceu as condições para a transferência da propriedade e posse dos terrenos da entidade concessionária da RNT afectos aos centros electroprodutores que abastecem o SEP. O método e os critérios de fixação do valor da aquisição (ou do arrendamento) dos terrenos referidos nos números anteriores foram determinados pela Portaria n.º 96/2004, de 23 de Janeiro de 2004.

<sup>12</sup> A cessação dos contratos de aquisição de energia eléctrica (CAE), determinada pelo art. 13º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto, tinha por base regras de carácter transitório, tendo em vista a implementação do MIBEL. A cessação dos CAE implicava a adopção de medidas indemnizatórias, as quais foram denominadas como custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) e o respectivo regime jurídico disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 52/2004, de 29 de Outubro.

<sup>13</sup> Os contratos de concessão de distribuição de energia eléctrica em BT, inicialmente celebrados de acordo com o contrato tipo previsto na Portaria n.º 148/84, de 15 de Março, foram entretanto renovados (uma vez que os anteriores haviam atingido o seu termo) de acordo com contrato tipo previsto na Portaria n.º 454/2001, de 5 de Maio.

<sup>14</sup> A liberalização do fornecimento/comercialização de energia eléctrica foi sendo gradualmente implementada. Primeiro pelo Decreto-Lei n.º 36/2004, de 26 de Fevereiro que atribui a qualidade de consumidores elegíveis a todos os consumidores de energia eléctrica, com excepção dos consumidores de energia eléctrica em baixa tensão normal (BTN) – art. 2º. Por último, pelo Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto, que estendeu a qualidade de consumidores elegíveis a todos os consumidores de energia eléctrica em BTN.



em vista a implementação do MIBEL. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 184/2003, de 20 de Agosto, que definia as condições de exercício, em regime de mercado, das actividades de comercialização e de importação e exportação de energia eléctrica e ao Decreto-Lei n.º 185/2003, da mesma data, que aprovou um conjunto de regras de carácter transitório para permitir a constituição de um mercado livre e concorrencial no sector, também com vista à entrada em funcionamento do MIBEL.

Sublinhe-se, que do disposto nestes dois diplomas poucas ou nenhuma das “novas regras” para o funcionamento do sector chegaram efectivamente a produzir efeitos, tendo apenas sido aplicadas as referentes ao funcionamento transitório (art. 14º do Decreto-Lei n.º 185/2003). O mesmo é dizer que durante todo este período não se sentiram alterações relevantes na organização e funcionamento do sector.

O novo regime jurídico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, pretende, agora de uma forma coerente e sistemática, estabelecer, finalmente, entre nós, um sistema eléctrico nacional integrado, em que as actividades de produção e comercialização são exercidas em regime de livre concorrência, mediante a atribuição de licença, e as actividades de transporte e distribuição são exercidas em regime de concessões de serviço público.

Este diploma não contempla regras específicas sobre o “modelo de mercado organizado” a adoptar (mercado *spot* – diário, intradiário – ou mercado a prazo), limitando-se a referir que o exercício da actividade de comercialização pode ser realizada através da “celebração de contratos bilaterais ou da participação em outros mercados” e que o exercício da actividade de gestão de mercados organizados é livre, dependendo apenas de autorização, nos termos a estabelecer em legislação complementar (art. 42.º/2, art. 44.º/1 e art. 50.º).

O modelo agora aprovado transpõe para a ordem jurídica portuguesa as orientações da Directiva 2003/54/CE<sup>15</sup>. Entre as indicações da nova Directiva Comunitária destacamos: 1) o aprofundamento das regras da concorrência e da liberalização do mercado assente, entre outros elementos, na criação de estruturas independentes de gestão entre os operadores da rede de distribuição, os operadores da rede de transporte e as empresas de produção/fornecimento (§2º do ponto 8); 2) a extensão a todos os clientes de electricidade da possibilidade de escolha do respectivo fornecedor (ponto 20); 3) a possibilidade de designação de um fornecedor de último recurso (ponto 27); 4) a necessidade de separação (no plano da organização e da tomada de decisão) do operador da rede de distribuição relativamente às restantes actividades, quando o mesmo fizer parte de uma empresa verticalmente integrada (artigo 15.º/2).

A real introdução de concorrência no sector, móbil da respectiva liberalização, dependerá, porém, entre outros aspectos, da efectiva cessação dos contratos de aquisição de energia eléctrica, celebrados entre o Estado e a EDP e da implementação de condições que tornem o investimento no sector, designadamente na área da produção, uma actividade rentável<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> A Directiva 2003/54/CE do Parlamento e do Conselho, de 26 de Junho de 2003 (publicada no JO L176/37, de 15 de Julho de 2003), revogou a Directiva 96/92/CE.

<sup>16</sup> As centrais de produção de energia eléctrica implicam, qualquer que seja o tipo de matéria-prima utilizada, avultados investimentos em custos fixos, cuja amortização apenas é possível ao fim de vários anos de laboração. Assim, dificilmente podemos conceber investimentos, ou mesmo obtenção de crédito para a respectiva realização, sem que estejam asseguradas algumas condições mínimas para a respectiva recuperação, designadamente, condições contratualmente estabelecidas relativas ao volume e preço de venda da energia produzida. Neste sentido, STEVE THOMAS, “Electricity liberalisation: The beginning of the end”, September, 2004, [www.psiru.org](http://www.psiru.org).

### 3. Evolução do modelo espanhol e o enquadramento do MIBEL

O modelo adoptado entre nós a propósito da futura criação do MIBEL aproxima-se do modelo instituído em Espanha pela *Ley del Sector Eléctrico de 1997* (LSE), razão pela qual nos parece importante descrever, em linhas breves, a respectiva estrutura.

Na vigência da anterior *Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994* (LOSEN), que institui o *modelo de regulação*, a instalação de novos centros de produção de energia eléctrica dependia de um *concurso*. As entidades produtoras interessadas concorriam para a obtenção da autorização, a qual era adjudicada segundo critérios que atendiam à qualificação técnica dos concorrentes, à contribuição para a diversificação das fontes primárias utilizadas e aos impactes ambientais produzidos pelas centrais. Esta submissão a concurso dos produtores resultava da inexistência de uma plena liberalização do mercado, já que o sistema assentava num plano conjunto das actividades (de produção, transporte e distribuição), coordenado por uma única entidade, a qual procurava assegurar também a *integração económica* do novo produtor. No fundo, garantia-se a existência de procura para o aumento da oferta resultante da entrada no mercado da energia produzida.

Com a entrada em vigor da LSE passou a vigorar um *princípio de liberdade de estabelecimento e prestação de serviços em matéria de produção de energia eléctrica*. Apesar do referido princípio constituir a base do novo sistema, a liberdade de instalação de novos centros produtores continua, em boa verdade, limitada, quer pela necessidade de obtenção das competentes autorizações, quer pelo cumprimento das directivas básicas da entidade reguladora e responsável pela planificação. O que significa, portanto, em traços gerais, que da constituição de um novo centro electroprodutor em Espanha, as restrições à liberdade, essencialmente, de questões de ordem técnica e não económica. A implantação do novo centro pode ser autorizada mesmo quando não há a certeza de que venha a existir comprador para a energia produzida.

O novo modelo prossegue, assim, a consagração da *concorrência entre os produtores*<sup>17</sup>, pois é ao nível da produção que se situam os custos mais elevados com o fornecimento de energia eléctrica. O sistema assenta depois num *mercado de compra e venda de energia eléctrica* (mercado diário, mercado de serviços complementares e o mercado intradiário), no âmbito do qual assumem relevo os contratos sobre a electricidade, particularmente por reduzirem, como salientaremos em seguida, uma parte dos riscos emergentes da liberalização<sup>18</sup>.

A breve caracterização do modelo espanhol permite-nos compreender que desde 1997 que o mesmo se estrutura de acordo com as directrizes comunitárias em matéria de introdução de concorrência no sector. Na verdade, a transposição do direito comunitário nesta matéria tem sido feita a ritmos muito diferentes pelos diversos países – possibilidade que,

<sup>17</sup> Saliente-se que em Espanha foi criado um Registo Administrativo de Instalações de Produção de Energia Eléctrica.

<sup>18</sup> Sobre o sector eléctrico espanhol vide, por todos, JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 2004, p. 717ss. e ARIÑO ORTIZ e LÓPEZ DE CASTRO, *El sistema eléctrico español regulación y competencia*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998.



de resto, foi concedida pelo próprio legislador comunitário, tendo em consideração as diferenças entre os vários modelos nacionais e a função estratégica que o sector representa –, podendo afirmar-se a este propósito que a Espanha integra, a par com a Alemanha e a Inglaterra<sup>19</sup>, o “pelotão da frente” em termos de modelo legalmente instituído, pese embora as críticas que na prática têm sido suscitadas quanto à respectiva aplicação e efeitos práticos<sup>20</sup>. Na verdade a doutrina vem salientando o facto de se tratar a electricidade como um produto semelhante a outros sem atender às suas especificidades (necessidade de concorrência de um conjunto diverso de factores – operação em tempo real, acerto entre oferta e procura, etc. –, de uma vasta gama de matérias primas energéticas – carvão, fuel, gás, urânia – e de energias primárias – vento, água, luz), criando ficticiamente um mercado que dificilmente pode subsistir num regime liberalizado. A intervenção do Estado é apontada como necessária para garantir a segurança no abastecimento – sem a “tutela pública” é provável o desinvestimento nas unidades de produção menos rentáveis e nas infra-estruturas, aumentando o risco de *blackout*<sup>21</sup> –, as obrigações de serviço público (preços acessíveis, universalidade do fornecimento), a transparência dos preços e até mesmo a saúde económica das empresas – de que os custos de transição para a concorrência são um exemplo claro<sup>22</sup>.

#### 4. A arquitectura do MIBEL

O MIBEL resulta de um acordo celebrado entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha, em Janeiro de 2004<sup>23</sup>. É intenção das partes constituir entre si um mercado único da electricidade, no qual todos os agentes terão igualdade de direitos e de obrigações, nos termos da legislação a desenvolver pelos dois Estados.

<sup>19</sup> O modelo alemão, que assentava igualmente num modelo de monopólio baseado numa empresa verticalmente integrada, transitou, por força das directrizes comunitárias, para um sistema de organização de mercado no qual se verifica, porém, um défice de concorrência. Sobre esta questão vide, por todos, JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.441ss e sobre a organização actual do sector eléctrico alemão vide, por todos, SCHNEIDER/THEOBALD, *Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft*, Beck, München, 2003. O modelo inglês, baseado actualmente na *Electricity Act* de 2003, iniciou o processo de liberalização com a publicação da *Electricity Act* de 1989, que impôs, pela primeira vez, a separação de actividades. Sublinhe-se que a Inglaterra passou também de um sistema de empresa pública verticalmente integrada (*Central Electricity Generating Board*) para um sistema de iniciativa privada em ambiente de concorrência, baseado num mecanismo de contratação multilateral (*o pool*) sem recurso a instrumentos graduais de transição. Esta modificação, inserida no âmbito da política de privatizações dos monopólios públicos, operado no segundo período do governo Thatcher, surge na sequência da privatização da British Telecom e da British Gás. A implementação do novo modelo baseado exclusivamente no *pool* foi posteriormente modificado com a introdução dos contratos bilaterais. Sobre a transição no modelo britânico vide, JUAN DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 186-196, JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p.143ss e AILEEN MCHARG, «Reshaping the Electricity Generation Market in England and Wales», *Utilities Law Review*, 10, 1999, p. 34-44.

<sup>20</sup> Sobre as críticas à experiência liberalizadora em Espanha vide, por todos, JORGE FABRA UTRAY, *Un mercado para la electricidad – Liberalización o regulación?*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

<sup>21</sup> Neste sentido, STEVE THOMAS, “Electricity liberalisation: The beginning of the end”, September, 2004, www.psiru.org e JORGE FABRA UTRAY, *Un mercado para la electricidad...*, 2004, p. 395ss.

<sup>22</sup> Cf. JORGE FABRA UTRAY, *Un mercado para la electricidad...*, 2004, p. 395ss.

<sup>23</sup> O acordo para a constituição do MIBEL foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º33-A/2004 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19-B/2004, ambos publicados em 20 de Abril de 2004.

As regras consagradas no acordo que institui o MIBEL contemplam a distinção entre os *produtores* – “pessoas singulares ou colectivas cuja função é produzir energia eléctrica, bem como construir, operar e manter as centrais de produção” –, os *operadores de mercado* e os *operadores dos sistemas*, os *transportadores* – “sociedades comerciais cuja função é transportar energia eléctrica, bem como construir, operar e manter as centrais de produção” –, os *distribuidores* – “sociedades comerciais que têm a função de distribuir energia eléctrica, bem como construir, manter e operar as instalações de distribuição destinadas a colocar a energia nos pontos de consumo e proceder à sua venda aos consumidores finais que adquirem a energia eléctrica por tarifa ou a outros distribuidores que também adquirem a energia eléctrica por tarifa” – e os *comercializadores* – “pessoas colectivas que, acedendo às redes de transporte e distribuição, têm como função a venda de energia eléctrica aos consumidores finais”<sup>24</sup>.

No âmbito da actuação das referidas entidades – o qual, de resto, é conforme ao disposto na Directiva 2003/54/CE e no Decreto-lei n.º 29/2006 – destacam-se as modalidades de contratação de energia, que podem ser realizadas segundo: 1) *mercado spot* (diário e intradiário) semelhante ao modelo espanhol; 2) *mercado a prazo*, baseado na celebração de contratos a prazo, numa primeira fase, com liquidação física da energia contratada à data de vencimento, e, numa segunda fase, com liquidação puramente financeira; 3) *contratos bilaterais* de entrega de energia eléctrica entre produtores, comercializadores e clientes finais, com um prazo mínimo de um ano.

## 5. A economia do sector eléctrico

Para compreendermos correctamente as bondades e as maldades dos diferentes modelos de mercado para a energia eléctrica é importante compreender as equações económicas em que o mesmo assenta<sup>25</sup>. É o que procuraremos esclarecer em seguida.

O mercado eléctrico, à semelhança de outros mercados, assenta numa relação entre procura e oferta, no caso, de energia eléctrica.

A procura de energia eléctrica comprehende grandes oscilações, não apenas entre épocas de maior e menor consumo, como ainda durante as diversas fases do dia. Com base nesta oscilação, distingue-se entre as *horas de vazio*, horas em que o consumo é mais baixo, e *horas de cheio*, horas em que o consumo é elevado.

Assim, a oferta, assente no pressuposto fundamental que se trata de um bem que, por razões técnicas, apenas é possível armazenar em quantidades insignificantes<sup>26</sup>, tem de se adaptar às exigências da procura. Isto significa que a *capacidade de geração instalada* tem de ser dimensionada de forma a, pelo menos, ser suficiente para satisfazer as necessida-

<sup>24</sup> Além dos consumidores finais – “pessoas singulares ou colectivas que compram energia para seu próprio consumo” – e outras entidades do sistema.

<sup>25</sup> Para uma visão completa e detalhada dos problemas vide, por todos, SALVATORE LANZA/Francesco SILVA, *I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico*, il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>26</sup> O armazenamento de energia eléctrica produzida faz-se em baterias e em quantidades, quase insignificantes, cuja finalidade é apenas a de garantir o funcionamento do sistema, ou seja, de garantir a energia necessária para que os geradores possam dar respostas às flutuações da procura (reserva rodante) ou a aumentos permanentes da procura e a falhas do gerador (reserva fria). Sobre estes conceitos vide, por todos, JORGE FABRA UTRAY, *Un mercado para la electricidad...*, 2004, p. 151-153.



des decorrentes da procura nos seus pontos máximos. Porém, das oscilações da procura resulta igualmente que durante importantes períodos de tempo uma parte da capacidade de geração instalada fica inactiva. Quanto maiores forem estes períodos de tempo menos eficiente será o sistema.

### 5.1. O princípio da eficiência

O princípio da eficiência tem por base a “análise económica do direito” (*ökonomische Analyse des Recht*) e consiste, essencialmente, em aportar uma orientação de resultado à construção das soluções jurídicas, obrigando-as a coadunarem-se com modelos de comportamento experimentados nas ciências sociais<sup>27</sup>.

Trata-se, no fundo, de um critério de decisão que, norteado por objectivos de optimização de resultados, pretende auxiliar na construção ou revelação de soluções jurídicas que consubstanciem um compromisso reflectido entre a liberdade individual defendida pelo direito e a promoção do bem comum enquanto tarefa estadual paternalista<sup>28</sup>.

Aplicado ao sector energético, o princípio da eficiência traduz a necessidade de solucionar de acordo com os parâmetros e objectivos antes enunciados alguns problemas concretos, dos quais destacamos três: 1) a determinação do preço da electricidade fornecida; 2) a sustentabilidade económica e ambiental das fontes de produção; 3) a gestão da rede. Expliquemos, sucintamente, os pressupostos em cada assenta cada uma das questões.

#### 5.1.1. A determinação do preço

A resposta à primeira questão – *determinação do preço da electricidade fornecida* – depende da conjugação de vários factores: custos fixos e custos variáveis, risco público e risco privado e custos administrativos e custos de geração.

Na verdade, vimos que a energia eléctrica é um bem que não pode ser armazenado em quantidades expressivas, o que significa que a geração de electricidade tem de adequar-se, em cada período de tempo, à respectiva procura. Vimos também que a capacidade de geração instalada tem de ser suficiente para fazer face à procura máxima. Significa, portanto, que os custos fixos (instalação e manutenção de centrais produtoras) são os mesmos quer se trate de um período de grande procura, quer se trate de um período de menor procura. Já os custos variáveis (bens consumíveis utilizados na produção de energia eléctrica ex. fuel ou o gás natural), como o próprio nome indica, variam consoante a menor ou maior produção de electricidade.

Por outro lado, o preço de venda da electricidade deve também ser suficiente para cobrir os riscos privados emergentes do esforço de investimento privado na construção das centrais de produção e o risco público que se traduz na necessidade de assegurar o fornecimento universal do serviço.

Assim se explica que um dos domínios de eleição na regulação no sector eléctrico seja, precisamente, a *regulação do preço*. O objectivo é encontrar um valor que cubra os riscos

<sup>27</sup> Sobre o sentido e alcance do princípio da eficiência vide, por todos, HORST EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

<sup>28</sup> Sobre a emergência actual de um “Estado paternalista” vide “The state is looking after you – soft paternalism” e “The avuncular state” in, *The Economist*, April 8th, 2006, p. 15.

privados e público, assegure a atracitividade do investimento no sector e dê cumprimento às obrigações de serviço público, designadamente, a universalidade no acesso ao bem. Trata-se, no fundo, de um valor fixado entre as regras de direito privado ditadas pelo mercado e as imposições de direito público<sup>29</sup>. O carácter essencial do bem impede que na passagem do modelo monopolista público – onde o preço era fixado administrativamente, correspondendo, na realidade a uma tarifa –, para o modelo liberalizado, privatizado e concorrencial, a fixação do preço da electricidade venha a ser ditada por oscilações correspondentes à elasticidade da procura (sistema de preço real) ou exclusivamente pelas regras do funcionamento do mercado (*preço spot*).

Entre as várias propostas, destaca-se o sistema de *price cap*, que consiste na fixação de um limite superior do preço por referência a uma unidade fixa (ex. €/KW), tendo como base a remuneração da capacidade instalada. O sistema de *price cap* pretende constituir-se como um modelo situado entre os dois extremos: a tarifa e o *preço spot* da electricidade. Trata-se de um mecanismo público de interferência no mercado.

Outro dos mecanismos encontrados para minorar os riscos da liberalização, agora de cariz privado, consiste na celebração de *contratos a prazo* entre produtores e comercializadores ou clientes finais. Os contratos de compra e venda de energia eléctrica não são verdadeiros contratos de transmissão de bens, mas antes uma forma de assegurar o valor económico das transacções. Trata-se, quase sempre, de um instrumento financeiro que visa garantir o risco do preço da electricidade no mercado<sup>30</sup>.

A doutrina identifica duas subespécies destes contratos: os contratos diferenciais ou «a duas vias» e os contratos a diferença ou «a uma via».

No primeiro tipo, produtor e adquirente fixam um valor para a venda de electricidade num determinado período, o preço de venda da electricidade a prazo (*preço strike*) com referência ao que esperam que venha a ser o preço de mercado (*preço spot*). Caso, no prazo fixado, o preço de prezzo de venda estipulado pelo contrato seja superior ao preço de mercado, o adquirente paga essa diferença ao produtor. Já se o preço de mercado for superior ao preço fixado no contrato, é o produtor quem pagará a diferença ao adquirente.

Nos contratos «a uma via», uma parte do risco é cedida por um sujeito a outro contra o pagamento de um prémio. O contrato será de tipo *call* quando o adquirente tenha o direito à diferença positiva entre o *preço spot* e o *preço strike*, não se reconhecendo ao produtor o direito à diferença negativa. Será de tipo *put* quando apenas caiba ao produtor o direito a receber a diferença positiva entre o *preço strike* e o *preço spot*.

A solução privada com base na celebração de contratos a prazo tem a vantagem de ser mais flexível que a solução pública resultante da regulação. Ao passo que o *price cap* fixado se aplica de forma igual a todos os produtores, podendo para alguns ser superior ao custo marginal de produção<sup>31</sup> e para outros inferior, no contrato a prazo, a fixação do preço (*preço strike*) é formulada pelas partes (produtores e comercializadores ou clientes

<sup>29</sup> Sobre este ponto vide, por todos, GABRIELE BRABAND, *Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle*, Beck, München, 2003.

<sup>30</sup> Cf. SALVATORE LANZA/FRANCESCO SILVA, *I servizi pubblici in Itália*, ob. cit., 2006, p. 62. e Hack, Energie - contracting, Beck, München, 2003.

<sup>31</sup> O *custo marginal de produção* é o custo que o conjunto das unidades de produção suporta para produzir uma unidade adicional de potência. Este valor é utilizado como referência para optimizar os *mix de produção*.



finais) que o podem adaptar melhor às suas condições específicas, designadamente, aos seus custos marginais de operação. Os modelos adoptados optam, em regra, por conjugar as duas soluções.

#### 5.1.2. A sustentabilidade económica e ambiental das fontes de produção

A segunda grande questão que devemos ter em consideração na escolha e critica do modelo de organização do sector eléctrico prende-se com a sustentabilidade das fontes de produção. A *sustentabilidade económica* que nos conduz à discussão entre planificação e livre concorrência e a *sustentabilidade ambiental* que remete para a discussão do papel das FER.

Quanto ao primeiro ponto – *sustentabilidade económica* – cabe recordar, mais uma vez, que a electricidade não é um bem armazenável e que a capacidade de geração instalada deve ser suficiente para assegurar o fornecimento nas horas de pico da procura. Apesar de a electricidade ser um bem homogéneo, as fontes de produção não são substituíveis entre si.

De facto, a economia do sector eléctrico baseia-se num sistema de *mix de fontes de geração* capaz de garantir a minimização dos custos totais da produção, i.e., a combinação ideal entre *custos fixos* (custos de construção das centrais, também denominados *strained costs*)<sup>32</sup> e *custos variáveis* (custos de matéria prima utilizada na produção de electricidade). O *mix de fontes de geração* constitui não apenas um instrumento económico, mas também um instrumento de segurança do sector eléctrico. A diversidade das fontes de geração constitui, pois, um elemento de segurança e garantia do aprovisionamento eléctrico. Assim se justifica que muitos sistemas liberalizados optem pela sua regulação através de sistemas de planificação das fontes de geração, cuja execução é garantida através da exigência de controlo administrativo (licenciamento) prévio na instalação de novas unidades de produção<sup>33</sup>.

Com base no critério dos custos, as unidades de produção podem ser agrupadas em três tipos: 1) as *unidades de base*, caracterizadas por custos fixos elevados e custos variáveis baixos, onde se incluem as centrais nucleares, as centrais termoeléctricas tradicionais

<sup>32</sup> O reconhecimento da importância destes custos e do peso que a respectiva amortização representa sobre as empresas justificou o reconhecimento às empresas tradicionais – as que resultaram da transformação e desmembramento das empresas monopolistas verticalmente integradas –, mesmo após a respectiva privatização, de uma compensação. Esta compensação, denominada *custos de transição para a concorrência (CTC)* – entre nós, custos para a manutenção do equilíbrio contratual, definidos nos termos do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro – foi adoptada em quase todos os países da UE em que se observou uma passagem de uma empresa monopolista verticalmente integrada para uma solução de mercado ou quase-mercado. As dúvidas quanto à respectiva compatibilidade com os princípios e as regras de direito da concorrência foram esclarecidas pela Comissão Europeia que as consideram conformes aos parâmetros e exigências comunitárias, por representarem não um subsídio, mas antes uma compensação pelos elevados custos fixos ainda não amortizados. Recorde-se que em todos os ordenamentos jurídicos estes custos são repercutidos na tarifa e, em última instância, suportados pelo consumidor final. O reconhecimento CTC tem sido apontado pela doutrina como um facto de desequilíbrio e de atraso na implementação de um mercado no sector, pois não só é responsável pela não descida das tarifas, como ainda coloca as empresas que a eles têm direito numa posição de superioridade face a novos operadores. Sobre estas questões vide GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2003 e JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

<sup>33</sup> No caso inglês a garantia do mix estende-se à relação entre electricidade e gás natural. Sobre esta questão vide, por todos, JENS-PETER SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft ...*, 1999, p. 168-170 e 224.

a carvão e as centrais hidroeléctricas; 2) as *unidades de modulação*, caracterizadas por custos fixos e variáveis médios, incluem-se aqui as centrais a fuel; 3) e as *unidades de pico*, caracterizadas por baixos custos fixos e elevados custos variáveis, onde se incluem as centrais de turbogás<sup>34</sup>.

Desta forma, o *custo médio de geração* é o resultado da soma dos custos da laboração das diferentes unidades de acordo com um plano racional, no qual as unidades de base são as que asseguram a produção em todas as horas, as unidades de modulação nas horas em que o consumo aumenta em termos médios e as unidades de pico nas horas de maior consumo.

O princípio da eficiência obriga à gestão económica do sistema de produção, bem como a tomar em consideração a localização de cada um dos centros electroprodutores em relação à rede de transporte de forma a minimizar as perdas daí decorrentes e a garantir a respectiva capacidade de transporte.

Neste contexto, cabe perguntar se deve ser o Estado (através de serviços da Administração ou mediante entidades reguladoras) a garantir a racionalidade e sustentabilidade do *mix de produção* através da *planificação* ou se, pelo contrário, o mercado, num sistema de livre concorrência, acabará por conduzir a esta solução. Não temos dúvida que as próprias empresas que operam no sector da produção de energia eléctrica irão procurar diversificar a sua oferta e estruturar-se segundo os critérios económicos da eficiência. Todavia, entendemos que o Estado não pode ser privado do poder de definir questões estruturantes como a planificação da rede e da localização das unidades de produção, a composição da capacidade mínima (unidades essenciais) de produção instalada garantidora da segurança do sistema, a melhor articulação possível entre a preservação dos recursos e a optimização da produção ou mesmo a política de incentivos à promoção das FER<sup>34a</sup>.

A eficiência deve ser entendida não no sentido restrito da optimização económica dos recursos, mas num sentido amplo, enquanto optimização global dos recursos<sup>35</sup>. Isto significa que à sustentabilidade económica se deva adicionar uma nota de *sustentabilidade ambiental*, precisamente para promover as FER no âmbito da actividade de produção. De resto, a própria liberalização do sector tendo em vista a criação de um mercado único para a energia tem também em consideração, segundo alguns especialistas do sector, a necessidade de articular entre todos os Estados os níveis de emissões poluentes, de forma a cumprir os critérios do Protocolo de Kyoto<sup>36</sup>.

As unidades de produção que utilizam FER apresentam custos fixos muito elevados e custos variáveis muito baixos ou quase nulos (ex. a construção de um parque eólico pressupõe custos fixos – iniciais – elevados associados, desde logo, ao preço dos aerogeradores, a que correspondem custos variáveis quase nulos). Aos elevados custos fixos soma-se a baixa rentabilidade destas instalações quando comparadas com outro

<sup>34</sup> Cf. SALVATORE LANZA/FRANCESCO SILVA, *I servizi pubblici in Italia*, ob. cit., 2006, p. 35.

<sup>34a</sup> Sobre estes incentivos vide, MARTIN ALTROCK, «Subventionierende» Preisregelungen, Beck, München, 2002.

<sup>35</sup> Sublinhe-se que a sustentabilidade ambiental da produção de energia eléctrica é também promovida pelos Estados através da política fiscal, que assim promovem o princípio da compensação através da tributação. Sobre o princípio da compensação e a utilização do direito fiscal como um instrumento de promoção do ambiente vide ANDREAS VOSSKUHLE, *Das Kompensationsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

<sup>36</sup> Cf. MAGDALENA MUIR, “European Energy Liberalisation and Emissions Trading”, *Utilities Law Review*, Vol.12, 2001, p. 15-28.



tipo de centrais electroprodutores, factos que justificam a necessidade de as reconduzir a um regime jurídico especial.

A promoção das unidades de produção que utilizam FER deve-se, sobretudo, à necessidade de assegurar a sustentabilidade ambiental na produção de electricidade. Assim se justifica a adopção pelos Estados, em grande medida decorrentes das imposições comunitárias, de medidas administrativas e económico-financeiras de promoção destas unidades de produção. Entre elas conta-se: 1) a estipulação de regras garantísticas da recuperação dos investimentos (como acontece com o Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, que garante um prazos mínimos para a exploração deste tipo de unidades de produção); 2) vantagens na comercialização da energia eléctrica produzida (ex. garantia de aquisição pelo comercializador de último recurso nos termos do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 29/2006); 3) a consagração de procedimentos céleres e simplificados em matéria de licenciamento das unidades de produção (ex. Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março, relativa ao licenciamento de pequenas centrais hidroeléctricas).

Em suma, a produção de energia eléctrica apresenta características muito específicas, o que aliado ao carácter estratégico do sector nos levam a questionar da conveniência da respectiva abertura à concorrência. De facto, trata-se de um domínio que, também pelo seu papel central na economia dos Estados, requer, a par com o estímulo à iniciativa dos privados, uma intervenção pública<sup>37</sup>.

#### 5.1.3. A gestão da rede

Por último, cabe-nos ainda explicitar o papel estrutural da rede no sector. Com a decomposição do sector em várias fases de um processo e a proibição do modelo de empresa verticalmente integrado, autonomizou-se a *infra-estrutura de rede*, dando origem a uma nova categoria jurídica<sup>38</sup>.

Não cabe desenvolver aqui o tema das infra-estruturas, sua natureza jurídica e tipologias essenciais, mas sempre devemos esclarecer que a rede de transporte de energia eléctrica constitui um monopólio natural com características especiais.

<sup>37</sup> Neste sentido LUIGI DE PAOLI, "Blackout, sviluppo delle reti e liberalizzazione del settore elettrico", *Mercato, concorrenza e regole*, VI, n.º 1, 2004, p. 103.

<sup>38</sup> A doutrina vem distinguindo diversas categorias no âmbito das infra-estruturas de rede. Assim, enfatizando a sua característica de suporte de um serviço surge a designação de *essential facilities*. As *essential facilities* são, no fundo, as infra-estruturas de rede que servem de suporte (*facilities*) a um serviço essencial (*essential*). A sua autonomização como objecto de estudo surge associada ao direito da concorrência e à necessidade de impedir que as empresas detentoras das mesmas permitam a formação de cartéis. Recorde-se as infra-estruturas de rede funcionam como "gargalos de garrafa", fazendo "afunilar" a actividade (os serviços) dos diversos operadores em elementos físicos de capacidade limitada (as redes) o que inviabiliza a livre operação no mercado. Sobre a teoria das *essential facilities* (EFD) vide, JOACHIM HAAS, «*Essential Facilities Doctrine und offene Netze*», Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000 e HOLGER HOMANN, *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.

É também possível encontrar alguma doutrina que se refere às infra-estruturas essenciais através da designação anglo-saxónica de *public utilities*. Trata-se, nestes casos, de uma acepção mais ampla do conceito de infra-estrutura que dá particular relevo ao carácter de serviço público/colectivo/essencial a que as mesmas servem de suporte. No sentido referido CABALLERO SÁNCHEZ, *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2003, p. 149.

Para aqueles que, como é o nosso caso, entendem que as infra-estruturas mais que um bem acessório e instrumental da prestação de serviços devem ser entendidas como bens de importância estratégica cujo regime jurídico deve ser cuidadamente discutido, propõem a sua autonomização como *bens regulados*.

A rede de transporte de energia eléctrica, tal como outras *redes não duplicáveis*<sup>39</sup> (transporte de água ou gás natural), constitui um monopólio no transporte dos respectivos bens até aos pontos de distribuição, embora no caso da rede eléctrica essa característica seja mais acentuada. Senão vejamos. Por um lado, a água e o gás natural podem, em alternativa, ser transportados por outra via, na electricidade não existem alternativas ao transporte através da rede, por outro, a água e o gás natural podem, em maior ou menos medida, ser acumulados e a electricidade nunca pode acumulada em quantidades expressivas, o que significa que a rede garante não apenas o transporte entre um ponto físico e outro, mas também o transporte no momento que o bem é solicitado no ponto de chegada.

Em outras palavras, podemos concluir que para além do transporte da electricidade, a rede assegura ainda um serviço de coordenação entre oferta e procura. Este serviço reveste natureza de serviço público, independentemente da propriedade pública ou privada da rede, e é gerido em regime de monopólio pelo operador do sistema. As soluções até agora adoptadas pelos diferentes países quanto à gestão da rede são muito diversas: a França optou por manter a RTE no controlo da empresa ex-monopolista, criando apenas um operador independente para a gestão do sistema; a Itália criou um ente independente (GRTN) que apenas gere o acesso à rede, sem deter a propriedade da mesma; a Alemanha criou uma entidade jurídica diferente para ficar com a propriedade da rede e com a função de operador do sistema.

No caso português o operador do sistema é a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte (RNT) a quem cabe, de acordo com o art. 24.<sup>º</sup> do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 29/2006, não apenas “assegurar a exploração e manutenção da RNT em condições de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço”, mas também “gerir os fluxos de electricidade na rede, assegurando a sua interoperacionalidade com as redes a que esteja ligada”.

Estas tarefas estão sujeitas a regulação atribuída à ERSE (a quem compete aprovar os competentes regulamentos, designadamente, o regulamento de acesso às redes e às interligações, o regulamento de operação das redes, o regulamento da qualidade de serviço, regulamentos da rede de transporte, regulamento de relações comerciais, regulamento tarifário, regulamento do despacho), sem prejuízo dos poderes atribuídos a outras entidades, especialmente, à Direcção Geral de Geologia e Energia em matéria de segurança e abastecimento.

Saliente-se que um dos principais desafios decorrentes da separação das actividades, da liberalização da produção e da privatização das empresas do sector, prende-se com a gestão e manutenção da rede<sup>40</sup>. A gestão da infra-estrutura, reconhecida na Directiva 2003/54/CE como uma tarefa essencial à segurança e qualidade do fornecimento, requer investimentos contínuos e avultados na manutenção e expansão da rede, bem como na preservação de valores urbanísticos e ambientais (ex. obrigação de enterramento de cabos para protecção da paisagem), cuja sustentabilidade se não pode basear exclusivamente

<sup>39</sup> A dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de racionalmente promover a *duplicação das redes pelos novos operadores* decorre dos elevados custos intrínsecos e das limitações quanto à respectiva implantação, seja pela necessidade de impor limites ao uso do domínio público e ao direito a constituir servidões sobre bens de propriedade privada, seja por razões urbanístico-ambientais relacionadas com a paisagem.

<sup>40</sup> Sobre este problema LUIGI DE PAOLI, “Blackout, sviluppo delle rete e liberalizzazione del settore elettrico”, *Mercato, concorrenza e regole*, VI, n.<sup>º</sup> 1, 2004, p. 123-125.



nas tarifas de acesso à rede. Pergunta-se, pois: a expansão da rede deve ser planificada com base em critérios de segurança ou também de expansão do mercado? Quem deve suportá-los? <sup>41</sup>

### 5.2. Um sector especial

Apontámos questões complexas e intrincadas no âmbito do sector eléctrico que justificam as dificuldades sentidas pelos Estados que pretendem introduzir nele um regime de livre concorrência. Os três exemplos que seleccionámos para ilustrar as especificidades da economia do sector eléctrico visam, sobretudo, demonstrar a necessidade da intervenção do Estado no sector <sup>42</sup>, a qual, contrariamente ao que é definido como objectivo dos domínio regulados, não parece assumir um carácter transitório até que o mercado “ganhe maturidade”, mas antes um carácter necessário e permanente porque as tarefas são, substancialmente, de serviço público (entendido aqui sobretudo como tarefa ou missão de interesse geral) <sup>43</sup>.

De resto, os economistas do Banco Mundial anunciaram, em 2004, as suas dúvidas quanto à incondicional bondade da liberalização e privatização deste sector <sup>44</sup>. Temos, por isso, reticências em reconduzir sem reservas, como faz grande parte da doutrina, o sector eléctrico à categoria de *serviços essenciais económicos em rede* <sup>45</sup> ou de *serviços económicos de interesse geral*. A proposta de directiva relativa a medidas destinadas a garantir a segurança do fornecimento de electricidade e o investimento em infra-estruturas indica precisamente uma inflexão da política comunitária no sentido de propor uma maior intervenção do Estado no sector <sup>46</sup>.

## 6. O impasse na implementação do MIBEL

Para além das necessárias transformações no sector português, a integração do modelo espanhol e português num mercado comum (ibérico) tem encontrado ainda, ao longo do processo, desfasamentos importantes que impediram, até à presente data, a

<sup>41</sup> Cf. LUIGI DE PAOLI, “Blackout, sviluppo delle rete e liberalizzazione del settore elettrico...”, 2004, p. 124.

<sup>42</sup> No mesmo sentido, LUIGI DE PAOLI, “Blackout, sviluppo delle rete e liberalizzazione del settore elettrico...”, 2004, p. 103-124 e STEVE THOMAS, “Electricity liberalisation: The beginning of the end”, September, 2004, [www.psiru.org](http://www.psiru.org).

<sup>43</sup> O conceito de *serviço público*, originário do direito francês, suscita actualmente muitas dúvidas, quer quanto ao sentido correcto em que deve ser interpretado, quer quanto à sua validade no actual modelo de intervenção do Estado na economia. Por outro lado, o direito comunitário aportou ao debate um conjunto de novas categorias que têm contribuído para aumentar a complexidade. Assim, uma avaliação correcta da realidade pressupõe hoje um recorte prévio rigoroso entre os significados de conceitos como: serviços de interesse geral, serviços económicos de interesse geral, serviços essenciais, serviço universal e obrigações de serviço público. Trata-se de uma tarefa que apesar de essencial é complexa, extrapolando os objectivos do presente trabalho. Neste concreto, mais do que autonomizar e densificar os conceitos é nosso objectivo alertar para as especificidades do sector eléctrico e sublinhar a necessidade de promover a respectiva compreensão num quadro organizativo, funcional e económico autónomo. Por outras palavras, reclamar uma análise prudente deste sector estratégico, que apresenta características distintas em cada Estado e que, também por essa razão, merece especial atenção.

<sup>44</sup> Cf. World Bank (2004) “Credible Regulation Vital for Infrastructure Reform to Reduce Poverty, Says World Bank”, Press Release, June 14, 2004 e Ioannis N. Kessides (2004) “Reforming Infrastructure Privatization, Regulation and Competition”, co-publication of the World Bank and Oxford University Press apud STEVE THOMAS, “Electricity liberalisation: The beginning of the end”, September, 2004, [www.psiru.org](http://www.psiru.org)

<sup>45</sup> Neste sentido vide, na doutrina espanhola, por último, YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP, Madrid, 2003.

<sup>46</sup> Cf. <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0740:PT:HTML>.

sua entrada em funcionamento. As entidades portuguesas e espanholas com competência no sector efectuaram um levantamento das principais diferenças que publicaram como documento de trabalho <sup>47</sup>.

Um dos primeiros aspectos salientados prende-se com a *desigualdade na capacidade de produção instalada* num país e outro. Espanha dispõe de um *mix de produção* muito rico, que integra centrais de produção a carvão, nucleares, hidráulicas, a fuel/gás, sistemas de co-geração, parques eólicos, pequenos aproveitamentos hidroeléctricos, centrais de biomassa e fotovoltaicas e ainda de aproveitamento de resíduos. Das fontes de produção acabadas de referir, as centrais nucleares representam a segunda mais importante em termos de capacidade de geração (61.848 GWh) <sup>48</sup>, apenas ultrapassada pelas centrais a carvão. No caso português, a inexistência de centrais nucleares <sup>49</sup> empobrece o *mix de produção*, o que determina, entre outros factores, um aumento do preço da produção de electricidade <sup>50</sup>.

Para além de aspectos técnicos, relacionados sobretudo com a capacidade de trocas transfronteiriças de energia eléctrica através da rede ou das modificações necessárias à criação de um despacho centralizado, subsistem inúmeras barreiras jurídicas e económicas que dificultam a entrada em funcionamento do MIBEL.

A *falta de harmonização fiscal* é também apontada pelas referidas entidades como mais um elemento impeditivo da integração. No estudo comparativo dos sistemas eléctricos nacional e espanhol, elaborado pela Comissão Nacional de Energia (entidade reguladora do sector eléctrico espanhol) e pela Entidade Reguladora do Sector Energético Português (ERSE) é visível a disparidade de critérios no que se refere à tributação e sintomática a qualificação que estas entidades fizeram das “rendas”. Enquanto que em Espanha os impostos sobre o sector eléctrico se resumem, basicamente, ao IVA e ao imposto sobre a electricidade, em Portugal contam-se o imposto sobre produtos petrolíferos, o IVA, o IRC (e as possíveis derramas municipais sobre a colecta deste imposto, nos termos referidos anteriormente), os impostos sobre o património (IMI e IMTI) a que somam ainda, no entender das entidades antes mencionadas, as “rendas” de centros electroprodutores e a “renda” de produção eólica <sup>51</sup>. Podemos concluir deste documento, não só que a tributação do sector eléctrico é mais complexa em Portugal e que sobre ela incidem mais impostos

<sup>47</sup> Estudo publicado em <http://www.dge.pt>.

<sup>48</sup> Dados relativos ao ano de 2003, disponibilizados pela Comisión Nacional de Energía no seu site: <http://www.cne.es>.

<sup>49</sup> De acordo com notícia publicada no *Diário Económico*, de 7 de Março de 2006, os reguladores europeus defendem a criação de sete seções para ultrapassar as barreiras à interligação entre as redes. Uma das seções propostas é constituída por Portugal, Espanha e França.

<sup>50</sup> A produção de energia eléctrica a partir de centrais nucleares é uma parte fundamental do *mix energético*, não apenas por razões de diminuição do custo médio, mas também como garantia do aprovisionamento perante a anunciada crise do petróleo. Sobre a importância das centrais nucleares no âmbito da produção de energia eléctrica vide, JORGE FABRA UTRAY, *Un mercado para la electricidad...*, 2004, p. 396. A produção de energia eléctrica a partir de centrais nucleares suscita dúvidas e temores que têm justificado amplos debates em todos os países, bem como a intervenção da comunidade internacional ao nível da certificação e controlo da construção e funcionamento deste tipo de unidades de produção. Problemas como a segurança e a durabilidade das centrais ou mesmo a redução da quantidade de resíduos nucleares têm merecido a atenção dos investigadores, constituindo hoje campos onde a evolução tecnológica obteve um avanço decisivo. Sobre a discussão destes problemas vide AA.VV., *11. Deutsches Atomrechtssymposium*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.

<sup>51</sup> A renda de produção eólica está actualmente prevista no ponto 27 do anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro.



(o que pode significar um entrave em termos de construção do mercado ibérico, na medida em que as empresas nacionais podem ficar prejudicadas no âmbito da concorrência), como ainda que no entender da Entidade Reguladora do Sector Energético Português as “rendas” dos centros electroprodutores têm natureza fiscal.

Os sucessivos adiamentos da entrada em funcionamento do MIBEL, a par com as notícias mais recentes da necessidade de alargamento deste “mercado regional” também a França, da entrada em funcionamento da “bolsa ibérica de energia” sem portugueses ou o reduzido número de membros com que iniciou o OMIP, fazem-nos mesmo suspeitar que estamos perante o primeiro embuste do projecto de mercado interno energético.

## 7. Conclusão

Em suma, acreditamos que não existem motivos ponderosos que nos façam acreditar na verificação de condições suficientes para implementar um mercado eléctrico. Trata-se, em nosso entender, de uma ficção que a União Europeia, na senda das experiências americana e britânica, vem impondo aos diferentes países e que a “duras penas” vai introduzindo modificações nas diversas organizações nacionais do sector.

Uma vez adquiridos alguns pontos de partida comuns entre os diferentes países – a liberalização da produção e da comercialização –, começam as dúvidas que não querem calar: será tecnicamente viável a importação e exportação de electricidade através de grandes redes? Para quando a verdadeira liberalização da produção, sem subsídios permitidos às empresas tradicionais, com a desculpa de amortização dos custos fixos? Existem investidores capazes de suportar as especificidades/adversidades do sector? Lucrará os utentes com estas alterações? Haverá uma efectiva redução do preço da electricidade no consumidor final? Estará suficientemente garantida a segurança no abastecimento? E o investimento nas infra-estruturas? Casos como o *blackout* californiano e italiano não se repetirão?

Para já fica apenas uma certeza: o debate sobre a produção de energia a partir de centrais nucleares está reaberto em Portugal.

É um erro pensar sobre o sistema eléctrico sem o articular com os grandes desafios actuais da política energética como a crise do petróleo, a pouca produtividade/rentabilidade das FER, o investimento envergonhado no biodiesel e a miopia perante os limites das reservas de gás natural e outros combustíveis fósseis.

Oxalá os espíritos adormecidos, entretidos na “fabricação do mercado” e na discussão da melhor organização do mesmo não acordem um dia sem produto para as trocas.



(Suzana Tavares da Silva)

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



# Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

## Resumo

A manutenção de “obras” de raiz ilegal configura um dos principais problemas do nosso direito do ordenamento do território e do urbanismo, pelo que urge encontrar e operacionalizar formas de reposição da legalidade urbanística. Este artigo tem como escopo a análise dos principais instrumentos que o ordenamento jurídico português coloca à disposição das entidades públicas administrativas para prosseguir tal desiderato, pretendendo evidenciar a sua utilidade ou, ao invés, a sua insuficiência.

### 1. Caracterização Geral das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

As medidas de protecção ou tutela da legalidade, se entendidas em sentido genérico, têm por finalidade prevenir e impedir qualquer forma de transgressão à legalidade jus-urbanística e, no caso de esta se chegar a produzir, remover, com a necessária prontidão, os efeitos danosos para os objectivos que a legislação urbanística visa prosseguir.

No entanto, seguindo a opção do nosso legislador, presente nos artigos 102.<sup>º</sup> a 109.<sup>º</sup> do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação<sup>1</sup>, não consideraremos como *medidas de tutela da legalidade urbanística*, os mecanismos legais que, de forma anterior à efectivação de operações urbanísticas, isto é de maneira preventiva, visam acautelar o respeito das exigências legais (formas de controlo *a priori*), mas apenas aqueles que visam reintegrar a ordem jurídica violada. Verdadeiramente, debruçar-nos-emos, neste artigo, apenas sobre as *medidas de reposição da legalidade urbanística*, isto é, sobre os instrumentos administrativos a que se recorre após a ocorrência de um ilícito urbanístico, com o intuito de eliminar a sua contradição com esta “parcela” do ordenamento jurídico nacional<sup>2</sup>.

De facto, apesar de se reconhecer a essencialidade de um controlo prévio administrativo da actuação dos particulares ou da Administração, não pode descurar-se as situações

<sup>1</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho e pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

<sup>2</sup> Não nos referiremos, deste modo, à violação de exigências constantes do ordenamento jurídico civil, destinadas a regular relações jurídico-privadas de vizinhança, uma vez que estas não são, em princípio, tocadas pela definição que os instrumentos urbanísticos fazem do seu objecto de regulamentação. Neste sentido, em especial no que se refere à emissão de licenças sob reservas de direitos de terceiros, cfr. António Pereira da COSTA, “Os direitos de terceiros nos licenciamentos de operações urbanísticas”, in Revista do CEDOUA, n.º 7, 1-2001, p. 103 e ss, e Fernanda Paula OLIVEIRA, “As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colecção *Studia Iuridica, Ad Honorem*, Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

em que estes poderes não são exercidos ou não o são da forma devida, o que, aliado à gravidade das consequências decorrentes da consolidação de situações ilegais, conduz, inevitavelmente, à questão da sua “eliminação” da ordem jurídica.

Os poderes de protecção da legalidade urbanística assumem-se, nesta vertente, como verdadeiros *poderes-deveres* e não meras faculdades da Administração, na medida em que o seu exercício é essencial para a promoção de um adequado ordenamento do território e urbanismo, como o reconhecem os artigos 4.º e 6.º, em especial na sua alínea j), da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto.

Nestas hipóteses, sempre que se torne necessário dar execução a um acto administrativo que vise a reposição da legalidade — por aquele carecer de uma intervenção material subsequente que o concretize e a mesma não ter sido voluntariamente desencadeada pelo responsável — a lei permite, expressamente, o uso da coacção no plano da execução coerciva ou forçosa de actos administrativos que a Administração edita, sem necessidade de recurso prévio a órgãos jurisdicionais<sup>3</sup>; aliás, deve entender-se, em face desta possibilidade, que a Administração apenas pode propor acções administrativas comuns contra particulares e desencadear a execução judicial da sentença respectiva quando não disponha de poderes de autoridade, caso em que deverá exercitá-los.

Inclusivamente, confere a legislação urbanística expedientes técnicos e financeiros para dotar a entidade exequente de mecanismos suficientemente operativos para concretizar as medidas de tutela da legalidade que edita: pense-se na possibilidade de a execução ser feita por administração directa ou em regime de empreitada por ajuste directo, com consulta prévia a três entidades (artigo 107.º, n.º 9)<sup>4</sup>, ou no estabelecimento, para assegurar o crédito do município em face do infractor, de um privilégio creditório imobiliário sobre o lote ou terrenos onde se situa a edificação (artigo 108.º, n.º 3).

Mais, o recente Código de Processo nos Tribunais Administrativos<sup>5</sup>, para além de admitir a condenação da Administração à prática de acto administrativo legalmente devido (artigo 66.º e seguintes), prescreve, no seu artigo 157.º, n.º 3, que as regras do processo administrativo se aplicam à execução de actos administrativos inimpugnáveis a que a Administração não dê a devida execução e dos quais decorrem direitos dos particulares.

<sup>3</sup> Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1978, p. 203 e seguintes, entende deverem os actos administrativos gozar da característica da executoriedade apenas nos casos inequivocamente previstos na lei ou em situações de urgência devidamente fundamentada. Já Afonso Rodrigues QUEIRÓ, “Coacção Administrativa”, *Estudos de Direito Público*, Vo. II, Tomo I, Coimbra, 2000, p. 71, ainda antes da aprovação do Código do Procedimento Administrativo, entendia que, mesmo na falta de lei especial a determinar o recurso à coacção directa, ela era possível por aplicação de princípios comuns ao direito administrativo e ao direito privado. O Código do Procedimento Administrativo estabelece igualmente esta possibilidade geral de imposição coerciva pela Administração das obrigações ou limitações que derivam de acto administrativo sem recurso prévio aos tribunais, desde que cumpridas determinadas exigências legais, como resulta do disposto no artigo 149.º Neste sentido, cfr. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo — Comentado*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2005, p. 709-710.

<sup>4</sup> Neste, a adjudicação ao empreiteiro não segue, pelo menos em termos de escolha do procedimento, o regime previsto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março que estabelece o regime jurídico de empreitadas de obras públicas, mas um regime particular, o que se justifica pois estamos em regra perante obras cuja responsabilidade é apenas subsidiariamente assumida pela Administração, pelo que seria excessivo sujeitá-la a toda a tramitação prevista naquele Decreto-Lei.

<sup>5</sup> Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

Admite-se, assim, que terceiros, que não são os destinatários do acto, possam desencadear o procedimento de execução judicial de actos desfavoráveis, por a Administração se ter vinculado a “produzir no plano dos factos um resultado *no seu interesse*”<sup>6</sup>.

Esta incumbência de ordenar o território surge, assim, no que a edificações de raiz ilegal diz respeito, a partir do momento em que se detecta tal ilegalidade, pelo que com este se formam especiais deveres de actuação por parte da Administração. Porém, em face da dificuldade na actuação sobre situações ilegais pelo circuito vicioso que por elas é gerado — por um lado, a consolidação de expectativas de facto na manutenção da situação de ilegalidade, em especial pelo decurso do tempo<sup>7</sup>, por outro, a ausência de reacção administrativa em tempo devido<sup>8</sup> —, casos há em que o próprio legislador definiu *tempus* para que essa actuação tenha lugar. Tal sucede com os regimes excepcionais de legalização (parte 5 do presente artigo), em cujas situações de base o conflito entre os interesses públicos e privados no correcto ordenamento do território é mais evidente. Nas demais situações, discute-se ainda hoje se o poder de escolha entre a legalização e a demolição é discricionário desde logo quanto ao *tempo* da decisão<sup>9</sup>.

Esta apresentação relativamente ao nosso objecto de estudo permitir-nos-á definir, em termos dogmáticos, com maior clareza, a natureza, procedimento e efeitos das medidas de tutela da legalidade urbanística que são, em geral: o embargo; a autorização ou licenciamento das operações urbanísticas; a realização de trabalhos de correcção ou alteração; a demolição; a reposição do terreno na situação anterior e a cessação de utilização.

<sup>6</sup> Neste sentido, Mário Aroso de ALMEIDA e Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Comentário ao Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 784. José Carlos Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 415-416, enquadra claramente nestas hipóteses a situação de um vizinho de uma obra cuja demolição foi ordenada e não é legalizável, mas duvida da extensão da legitimidade para iniciar estes procedimentos executivos à ação popular. Note-se que, essencial a este propósito, é determinar a deverosidade da actuação da Administração, caso contrário estas possibilidades de condenação ou de substituição da actuação da Administração serão em concreto vedadas pelo princípio da separação dos poderes (artigo 3.<sup>º</sup> do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

<sup>7</sup> A consolidação destas expectativas, do ponto de vista do particular, pode decorrer do facto de o prédio em causa se encontrar descrito na Conservatória do Registo Predial e/ou inscrito na matriz, o que implica que, para efeitos registrais e financeiros e fiscais, se trata de um prédio existente, e ao qual se aliam efeitos legais nada despicados. A este propósito, o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão de 18 de Março de 2003, entendeu que o facto de a edificação ilegal ter sido transaccionada em cartório notarial, não implica a legalização da mesma. No caso, o facto de o notário ter dispensado erradamente a exigência de exibição da licença no acto da celebração da escritura não sanou o seu cariz clandestino da obra objecto de transacção, ainda que não se tenha vedado a hipótese de esta sua actuação gerar responsabilidades.

Apesar de ser deseável a articulação entre a política de solos e a definição da sua situação registal, a política fiscal e financeira e o direito do urbanismo, os pressupostos de cada uma destas disciplinas são diferentes, pelo que a ilegalidade urbanística não é passível de suprida por qualquer uma daquelas vias. O que não significa, porém, a total irrelevância de tais estados, na medida em que podem servir de elemento indiciário para fundar a boa fé ou a existência de legítimas expectativas do proprietário do bem.

<sup>8</sup> Em múltiplas hipóteses, a ausência de reacção deve-se ao facto de a situação de ilegalidade se dever a uma actuação da Administração, pelo que, levando esta a cabo o dever de reposição da legalidade urbanística, tal implicará a assunção dos correspondentes encargos indemnizatórios. Noutros casos, aquela omissão é devida à especial fragilidade sócio-económica ou à ausência de alternativa de quem depende da edificação ilegal.

<sup>9</sup> Em sentido negativo, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987 e, em sentido positivo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Maio de 1998 e de 11 de Maio de 1999. Note-se, porém, que a demora da Administração em adoptar medidas de tutela da legalidade pode dar origem a responsabilidade administrativa. Neste sentido já Nemésio Rodríguez MORO, “La Facultad de suspension y demolicion de obras realizadas sin licencia o contraviniendo las condiciones de la licencia otorgada”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1974, p. 523-531.

## 2. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Figuras Relacionadas

### 2.1. Medidas de Tutela da Legalidade e Polícia Administrativa

Por *pólicia* entende-se o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício de actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir<sup>10</sup>.

Do artigo 272.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa resulta que a polícia e, dentro desta, a polícia administrativa, tem como funções “defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”, o que implica que esta função, muito embora envolva o exercício de poderes discricionários (que conferem um elevado grau de liberdade de conformação à Administração), seja balizada em termos jurídicos, através da concessão da competência por lei e da realização de fins legalmente fixados, não podendo a Administração de polícia intervir senão quando esteja perante verdadeiras *tarefas de polícia*.

Outro sintoma desta vinculação jurídica resulta do n.º 2 do artigo 272.º da Constituição, ao inscrever que “as medidas de polícia são as previstas na lei”, sendo que qualquer actuação de polícia, independentemente da natureza das medidas a adoptar (regulamentos, actos administrativos, medidas de coerção ou operações de vigilância), deve ser assegurada por medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo *sufficientemente* definido por lei (princípio da tipicidade legal).

Nessa medida, a função policial está intimamente ligada ao respeito do cumprimento das leis em geral no que se refere à vivência comunitária, pois só aquilo que constitua perigo susceptível de se projectar na vida pública (*i.e.* que ultrapasse a mera esfera privada dos indivíduos) lhe diz respeito<sup>11</sup>.

A finalidade própria da função policial será, portanto, a da prevenção da ocorrência ou ampliação dos danos sociais ou a minimização dos riscos da sua ocorrência (e não apenas a mera prevenção de atentados à ordem pública estabelecida).

Ora tratando-se da salvaguarda de finalidades de cariz administrativo, a função de polícia da Administração projecta-se igualmente na esfera urbanística, pelo que as medidas de tutela da legalidade integram tal âmbito *policial*. Todavia, não o esgotam, uma vez que, tendo propósitos essencialmente preventivos, a função de polícia não comprehende apenas medidas reactivas contra a verificação de ilícitos *in casu* urbanísticos, mas engloba, inclusive preferencialmente, mecanismos permissivos (como sucede com a emanacão de

<sup>10</sup> Neste sentido, Marcello CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, Reimpressão da Edição Brasileira de 1977, p. 267 e seguintes.

<sup>11</sup> Deste modo, veda-se, por exemplo, a possibilidade de recurso à via do despejo administrativo para a salvaguarda de interesses meramente privados, designadamente por não pagamento da renda. Neste sentido, cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA, “Novos rumos para a acção de despejo”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 20, 2003, p. 197-238. No entanto, quando esteja em causa um despejo administrativo fundado na necessidade de prossecução de um interesse público, de repressão da violação da legalidade urbanística e não, em primeira linha, na resolução de um conflito de pretensões entre particulares (excepto se as pretensões destes estiverem acoberto de normas administrativas) será o recurso ao mesmo legítimo (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Outubro de 1998).



autorizações e licenças para a realização de operações urbanísticas), e impositivos (como acontece com a necessidade de realização de obras de conservação nos imóveis de oito em oito anos, prevista no artigo 89.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Note-se, ainda, que o recurso a medidas *policiais* reactivas não é apenas legítimo em situações de ilegalidade, mas, inclusivamente, em hipóteses em que uma determinada conduta, mesmo que conforme à lei, possa, com suficiente probabilidade e segundo critérios objectivos, produzir um resultado lesivo para bens jurídicos cuja tutela incumbe à Administração. Hipóteses deste tipo serão, designadamente, as formas de actuação previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 89.º daquele regime jurídico<sup>12</sup>.

## 2.2. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Actividade de Fiscalização

A fiscalização é uma das dimensões da Administração pública de controlo, sobretudo da actividade desenvolvida por particulares, visando apurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares ou com o eventual acto administrativo que a preceda, bem como prevenir os perigos que da sua realização possam resultar para a saúde e segurança das pessoas. Corresponde, assim, ao desenrolar de uma tarefa de controlo a *posteriori*, que visa a recolha de elementos de informação que permitam concluir por um juízo de legalidade da actuação visada, ou, concluindo-se em sentido inverso, é também ela que justifica o desencadear de procedimentos de legalização do ilícito verificado ou de sancionamento contra-ordenacional ou, mesmo, disciplinar.

As operações de fiscalização são, em regra, efectuadas por intermédio de acções inspectivas que podem incidir sobre pessoas, coisas (móveis e imóveis) ou locais, dependendo da finalidade da actividade de controlo em causa, mas sempre com respeito dos direitos constitucionalmente garantidos dos particulares<sup>13</sup>.

Para além das inspecções, as operações de fiscalização podem consistir na realização de exames (que incidem sobre pessoas e coisas móveis) e vistorias (que incidem sobre bens imóveis), correspondendo estas a diligências instrutórias que devem ser desencadeadas sempre que seja necessária a intervenção de perito com conhecimentos especializados necessários às averiguações que constituam o respectivo objecto. No âmbito urbanístico estas vistorias são particularmente relevantes, na medida em que, como dispõe o artigo 96.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, “as suas conclusões são obrigatoriamente seguidas na decisão a que respeita(m)”.

<sup>12</sup> Sobre a consideração das medidas de tutela da legalidade com efeitos essencialmente repristinatórios e não preventivos, como sucede com a demolição enquanto medida de polícia, cfr. André Folque de OLIVEIRA, “A ordem municipal de demolição de obras ilegais”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.os 5/6, 1996, p. 45-46.

<sup>13</sup> Designadamente, a realização de uma inspecção ao domicílio de qualquer pessoa, considerado este como o local da sua habitação, sem o seu consentimento, exige que seja obtido um prévio mandado judicial (cfr. o disposto no artigo 34.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e o artigo 95.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Contudo, como defendeu já o Provedor de Justiça, em casos devidamente ponderados, onde se verifique iminente agressão da saúde pública e sem que de outro modo seja possível evitar a consumação ou impedir a sua continuação, poderá ser lícito aos agentes administrativos, desde que evitando todo e qualquer excesso, fazer executar coercivamente ordens legítimas, entrando no domicílio dos particulares sem essa autorização judicial (Recomendação n.º 91/A/95).

Precisamente por se tratar do exercício de uma função essencialmente técnica, mas de importância considerável, a actividade de fiscalização, a que corresponde a Secção V do Capítulo III daquele diploma, integra, para além de disposições gerais, uma Subsecção, a segunda, sobre sanções e uma outra, a terceira, sobre medidas da tutela da legalidade urbanística. Esta divisão sistemática denota a natureza instrumental desta actividade aliada ao seu carácter determinante na abertura dos procedimentos que no caso caibam, sempre que forem detectadas situações irregulares no decurso de uma acção de fiscalização.

Além disso, aliando-se às disposições sobre fiscalização administrativa, tal permite que concluamos que as medidas de tutela da legalidade urbanística também se referem a todas as operações urbanísticas, mesmo aquelas que não estão sujeitas a prévio licenciamento ou autorização (artigo 93.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Assim, tal como as actividades de fiscalização podem incidir sobre quaisquer operações urbanísticas, independentemente do seu promotor, as medidas de tutela da legalidade serão aplicadas em relação a operações urbanísticas promovidas pelas entidades públicas, havendo também aqui uma coincidência de princípio entre a entidade com competência fiscalizatória e a entidade competente para decretar tais medidas; o Presidente da Câmara (artigos 94.º, n.º 1 e 102.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação)<sup>14</sup>. Isto ainda que o n.º 2 do artigo 94.º estabeleça — numa óptica que visa promover o paralelismo de competências fiscalizadoras da Câmara Municipal com as suas competências licenciadoras, mas que faz adivinhar uma profusão de conflitos entre órgãos municipais —, a possibilidade daquele órgão colegial suspender ou revogar os actos praticados pelo presidente da câmara que, com recurso a medidas de tutela de legalidade, suspendam ou ponham termo à eficácia dos actos por ela praticados<sup>15</sup>.

Porém, nem sempre se verifica uma completa coincidência entre fiscalização e recurso a medidas de tutela da legalidade, uma vez que, por um lado, estas não poderão ser chamadas a intervir senão quando os seus pressupostos próprios, que versaremos,

<sup>14</sup> Porém, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, a competência fiscalizatória compete à Câmara Municipal [artigo 64.º, n.º 5, alínea b)], enquanto a competência para decretar medidas de tutela da legalidade compete ao Presidente da Câmara [artigo 68.º, n.º 2, alínea m)].

<sup>15</sup> No que se refere à competência fiscalizatória e para decretar medidas de tutela da legalidade por parte de órgãos outros que não os municipais, tal resulta, essencialmente, do disposto em legislação especial. Em particular, as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, nos termos da alínea ff) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 104/2003, de 23 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 117/2004, de 18 de Maio, assumem responsabilidades quanto à fiscalização do domínio hídrico, dos resíduos, das substâncias perigosas, da qualidade do ar, do ruído e da conservação da natureza, áreas intimamente ligadas com o ordenamento do território e urbanismo. No âmbito paralelo do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 53/2000, de 7 de Abril e n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, e pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, a norma competencial neste âmbito encontra-se estabelecida no artigo 105.º. No entanto, mostram-se algumas reservas quanto a estas duplicações de competências, pois podem conduzir a conflitos de competências ou, no limite, à desresponsabilização das entidades, daí que as regras especiais de competência devam valer apenas no âmbito material dos respectivos regimes (Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, Rede Natura, por exemplo). No âmbito dos regimes jurídicos previamente aplicáveis à promoção de obras públicas e de obras particulares propendia-se para uma interpretação restritiva da possibilidade de imposição de medidas de tutela da legalidade por parte de órgãos da Administração central, sempre que estivessem em causa obras licenciadas ou obras em execução de plano municipal, por homenagem aos princípios da autonomia local e da descentralização. Neste sentido, cfr. António Duarte de ALMEIDA e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo —Anotada e Comentada*, Lisboa, Lex, 1994, p. 725 e 939.



estiverem preenchidos, e, por outro lado, nem sempre o recurso às mesmas se encontra dependente do exercício prévio de actividades de fiscalização. Pense-se, por exemplo, em obras iniciadas ou concluídas sem licença, em que a imposição de medidas de tutela da legalidade se funda em dados, ou na ausência deles, que se encontram na integral disponibilidade do município.

### 2.3. *Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Sanções Administrativas*

Apesar de apenas nos referirmos às medidas de protecção da legalidade de que se lança mão após a ocorrência de um ilícito urbanístico, as mesmas não se confundem com a faculdade sancionatória da Administração, uma vez que a finalidade daquelas medidas é a reintegração da ordem administrativa violada, e não a repressão de uma infracção administrativa típica, mediante a imposição de sanções administrativas<sup>16</sup>. Tal como as restantes medidas de polícia, aquelas têm uma finalidade essencialmente preventiva e, mesmo quando assumem uma faceta repressiva, não lhes é inerente o intuito sancionatório<sup>17</sup>.

Assim sendo, não é necessário que se desencadeie um procedimento sancionatório para se proceder à aplicação destas medidas de tutela da legalidade, já que estas têm, como veremos, um procedimento e pressupostos próprios. Pode, todavia, haver lugar a uma tramitação paralela e a uma aplicação cumulativa destes dois tipos de medidas, operando conjuntamente os seus efeitos jurídicos, ainda que sejam, entre si, distintas (com pressupostos de aplicação, finalidades, efeitos e vias de reacção diversos), quando a conduta, além de ilegal, tenha sido objecto de uma tipificação como sanção administrativa. No entanto, a apreciação e valoração das condutas respectivas, porque orientadas para a salvaguarda de valores distintos, implica que, naturalmente, não se forme caso julgado da decisão que transitar em primeiro lugar relativamente à outra (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Fevereiro de 2004).

Esta distinção não é meramente teórica, isto é atinente às finalidades destes institutos, antes releva quando se pretende discernir quais os condicionamentos materiais e procedimentais de recurso a estas medidas e que resultam acrescidos ou mais exigentes em matéria de aplicação de sanções administrativas.

<sup>16</sup> As sanções administrativas revestem primacialmente um carácter retributivo de condutas anti-jurídicas, isto é, que violam os deveres fixados para a defesa de valores tipicamente administrativos, visando, muito embora também, a reintegração do interesse público violado. A acentuação desta sua última dimensão leva a que se coloque de novo na ordem do dia a possibilidade de recurso a sanções administrativas gerais, autonomizando de novo esta figura dos dois domínios “típicos” de incidência do ilícito administrativo: o ilícito disciplinar (ligado à violação de deveres de caráter funcional) e ilícito de mera ordenação social (que corresponde a um fenômeno de descriminalização ou de retracção do direito penal e que se analisa na prática de uma contraordenação punida com uma coima). Tal poderá contribuir, sobretudo pela admissibilidade de sanções não pecuniárias principais com intuito marcadamente reparatório ou mesmo persuasivo, para uma mais ampla comunhão de interesses e de resultados entre as medidas sancionatórias e as medidas de tutela da legalidade no plano urbanístico. Sobre esta problemática, cfr. Rosendo Dias JOSÉ, “Sanções Administrativas”, *Revista de Direito Público*, n.º 9, Janeiro/Julho, 1991, p. 46, e Marcelo Madureira PRATES, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Almedina, 2005, em especial p. 145 a 165.

<sup>17</sup> Neste sentido, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, p. 956.

Em qualquer caso, salvo quando o recurso a medidas de tutela da legalidade revista carácter urgente, a garantia do direito de audição é assegurada em ambos os domínios, tal como o será o recurso das decisões que apliquem tais sanções ou adoptem aquelas medidas para um órgão imparcial (ainda que o recurso da aplicação de sanções administrativas continue a ser cometido aos tribunais judiciais, enquanto a impugnação das medidas de tutela da legalidade caiba à ordem dos tribunais administrativos).

A título de exemplo, no que se refere à diferenciação em causa, note-se a necessidade de tipicização das sanções administrativas (como resulta do disposto no artigo 98.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) em comparação com a indeterminação das cláusulas referidas às medidas de tutela da legalidade (artigo 102.º, n.º 1 do mesmo diploma), bem como a aferição do momento relevante para a definição de quais as medidas a aplicar que, no caso das sanções administrativas se referirá ao momento em que ocorreu o facto ilícito e, no caso das medidas de tutela da legalidade será o momento em que se adopta o acto administrativo em questão (mesmo que o ilícito já exista previamente)<sup>18</sup>.

Igualmente, a regra da intransmissibilidade das sanções administrativas não se aplica quando se trata do recurso a medidas de tutela da legalidade urbanística, uma vez que, estando estas ligadas à defesa da legalidade objectiva e ao respeito de normas de cariz real, a posição do titular do prédio não é um elemento que, em princípio, assuma relevância, mesmo que aquele prove a aquisição de boa fé do bem em data posterior ao início da situação de ilegalidade<sup>19</sup>.

Esta distinção permite, desde logo, fundar a ilegalidade e inconstitucionalidade de regulamentos municipais de taxas que oneram excessivamente as operações de legalização, por referência às de licenciamento ou autorização *a priori*. De facto, os montantes das taxas devem ser referidos, em termos de respeito pelo princípio da proporcionalidade, aos factos que motivaram o seu pagamento: a remoção de um obstáculo à actividade de construção, visível pelas condições e o tipo de construção permitida, de tal modo que, mantendo-se estas inalteradas, o montante das taxas também não deverá variar sobremaneira. Ora, mesmo admitindo que este possa não referir-se a um juízo de estrita equivalência económica, o montante das taxas não pode variar tendo por objectivo a consecução de outras finalidades não financeiras, mas iminentemente sancionatórias, o que se fará por intermédio da instauração de um procedimento contra-ordenacional (e da sua efectiva conclusão), culminando com a aplicação de coimas e, eventualmente, de sanções acessórias. Deste modo, o uso de taxas urbanísticas para conseguir este escopo não pode senão ser considerado um meio ilegítimo de obtenção de receitas e de sancionamento de condutas ilícitas<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Esta nota não é senão decorrência do princípio geral de que os actos administrativos se regem pela lei vigente à data da sua prática, exigência do princípio da legalidade da administração (cfr. artigo 67.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, cfr. José Manuel ARREDONDO GUTIÉRREZ, “Demolición de Edificaciones Ilegales y Protección de la Legalidad Urbanística”, Editorial Comares, Granada, 2000, livro recenseado pela ora autora na Revista do CEDOUA n.º 2/2001, p. 117 a 122.

<sup>19</sup> Sobre o carácter ambulatório das obrigações de facere para assegurar a correspondência entre a obra executada e o projecto aprovado, por oposição ao princípio da pessoalidade ou da intransmissibilidade das sanções, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Junho de 1997.

Na sequência do exposto, não pode, de modo algum, a reposição da legalidade urbanística servir como fundamento para a não imposição de qualquer sanção administrativa, uma vez que tal não “apaga o desvalor do acto inicialmente praticado em violação de comando legal”, muito embora possa ser um elemento a tomar em consideração na graduação da mesma.

De igual modo, o decurso do prazo prescricional, previsto para a imposição de sanções administrativas, não pode servir para eximir a Administração das suas responsabilidades em matéria de imposição de medidas de tutela da legalidade urbanística<sup>21</sup>.

### **3. Objecto das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística**

#### *3.1. Hipóteses incluídas*

Adoptando a formulação do artigo 102.<sup>º</sup> do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação — que, apesar de tudo, restringe expressamente o seu âmbito de aplicação a situações em que o embargo pode ser mobilizado e, portanto, a obras que ainda se encontram em execução —, pode retirar-se que o recurso a medidas de tutela da legalidade se coloca perante obras de urbanização, edificação, demolição, ou quaisquer trabalhos de remodelação de terrenos, executados ou em execução, bem como demais operações urbanísticas (v.g. utilização de edifícios) que se encontrem em alguma das seguintes situações:

##### *a) Desprovidos da necessária licença ou autorização*

Neste caso, podem incluir-se, para além das situações óbvias em que inexista acto autorizativo, as hipóteses em que a licença ou autorização tenha existido, mas caducou ou foi revogada, bem como as situações em que tal acto não é eficaz (pois sujeito a uma condição suspensiva que ainda não se verificou), como sucede com as hipóteses em que não é efectuado o pagamento das taxas de que depende a emissão do alvará de licenciamento ou autorização<sup>22</sup>.

##### *b) Em desconformidade com o respectivo projecto ou com as condições de licenciamento ou autorização*

Nesta hipótese, inclui-se a realização de operações urbanísticas em execução ou concluídas contra o acto autorizativo que as precedeu, salvo o disposto no artigo 83.<sup>º</sup>, nos seus n.<sup>os</sup> 1 e 2, segundo o qual é possível que, durante a execução das obras, sejam feitas alterações ao projecto aprovado, o que se justifica em face da necessidade tantas vezes sentida de, no momento da sua execução, lhe introduzir ajustamentos ou alterações mais profundas.

<sup>20</sup> Estes juízos encontram-se bem fundamentados na Recomendação do Provedor de Justiça n.<sup>º</sup> 12/A/03 que acrescenta o carácter pernicioso destas normas na medida em que podem gerar por parte do município uma excessiva complacência relativamente à legalização de obras, na medida em que elas constituiriam uma fonte de recursos considerável dos municípios.

<sup>21</sup> Neste sentido, cfr. as Recomendações do Provedor de Justiça n.<sup>º</sup> 77/A/96 e n.<sup>º</sup> 63/A/97. Como forma de clarificar esta distinção entre medidas de tutela da legalidade e sanções administrativas, foi igualmente emitida uma Informação pela Provedoria de Justiça (n.<sup>º</sup> 5/MF/2004), enviada à Associação Nacional de Municípios Portugueses, sobre a não confusão entre a sanção acessória de encerramento de estabelecimento e restauração e a possibilidade de decretar a cessação da utilização do mesmo.

<sup>22</sup> Neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Maio de 1997. Sobre a distinção destas relativamente às situações em que não seja cumprido um modo, caso em que o acto é eficaz, salvo se for revogado cfr. André Folque de OLIVEIRA, “A ordem municipal de demolição de obras ilegais”, *cit.*, p. 30-31.

Note-se, porém, que, nestas hipóteses, sempre que as obras excedam o projecto aprovado e não sendo este passível de ser alterado, será apenas de as “reduzir”, se possível, até ao disposto no acto autorizativo, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

### c) Em violação das normas legais e regulamentares aplicáveis

Nesta última hipótese, podem incluir-se quer situações em que a autorização ou licença ou aprovação da operação urbanística inexista, tenha sido dispensada ou não seja exigida, bem como as situações em que o acto administrativo tenha sido anulado ou seja considerado nulo, com fundamento em tal violação<sup>23</sup>.

De facto, a violação de normas legais e regulamentares é particularmente relevante nas hipóteses em que tenha havido licenciamento, autorização ou aprovação da operação urbanística em causa, uma vez que tal gerará, dependendo do vício de que enferma tal acto e da sanção para ele prevista, a nulidade, como sucede com a violação de planos municipais ou planos especiais de ordenamento do território, ou a sanção-regra da anulabilidade, como sucede no caso da violação de normas de direito administrativo da construção plasmadas no Regime Geral das Edificações Urbanas.

Note-se, porém, que não é qualquer infracção de normas legais e regulamentares que deve dar origem ao recurso a medidas de tutela da legalidade, uma vez que é necessário que as mesmas se reflectam no desrespeito de parâmetros *substanciais* da decisão: por exemplo, não será legítimo recorrer a tais medidas se, existindo licenciamento, apenas faltar a publicitação do alvará ou se, sendo emanado um acto em desrespeito de um parecer em princípio vinculativo, o mesmo não for recebido no prazo legal para o efeito, perdendo, assim, a característica da vinculatividade, nos termos do artigo 19º, n.º 11 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Nestas hipóteses ainda, a imputação de responsabilidades decorrentes da adopção de medidas de tutela da legalidade — incluindo o valor da perda total ou parcial do bem no caso do embargo, da sua diminuição no caso da realização de algumas obras de correcção ou alteração, ou da sua não utilização no caso de cessação desta e as despesas advinentes do recurso coercivo a tais medidas ou de danos provocados a terceiros pela sua execução — não é tão clara como pareceria à partida.

<sup>23</sup> Havendo acto administrativo autorizativo, só após a sua anulação ou declaração de nulidade poderão ser decretadas medidas de tutela da legalidade urbanística, como defende André Folque de OLIVEIRA, “A ordem municipal de demolição de obras ilegais”, *cit.*, p. 48-52. Posição contrária, de que, por exemplo, a ordem de demolição implica a revogação implícita do acto de licenciamento, bafe com a precedência do procedimento de legalização para que aquela possa ser decretada (e que depende, por seu turno, da afirmação da ilegalidade da licença em causa), bem como com as disposições sobre repartição de competências na edição de tais actos.

<sup>24</sup> Cfr., neste sentido o disposto no artigo 95º do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro e alterado pelas Leis n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro. A lei não esclarece, porém, no artigo 108º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, quem é que se considera *infrator* para efeitos de pagamento das despesas com a execução coerciva das medidas de tutela da legalidade. Se nos pronunciássemos já pela inadmissibilidade de arguição do facto de a situação ilegal ter surgido anteriormente à titularidade do bem pelo seu actual proprietário, não tendo a Administração de o indemnizar pela perda do

De facto, na hipótese de realização de operações urbanísticas ilegais, a responsabilidade-regra corre por conta do infractor<sup>24</sup>, sendo ele que deve suportar os prejuízos e encargos decorrentes da sua actividade ilícita. Neste sentido vai claramente o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2 de Abril de 1998, que considera que os prejuízos materiais e o sofrimento com a demolição não são causados (em termos de causalidade adequada) pela demolição, mas pela conduta negligente do proprietário que não, no caso, apresentou o projecto de legalização.

Naturalmente que, se a infracção não for imputada ao particular, mas total ou parcialmente à Administração municipal — ou central, por exemplo quando se trate de pareceres vinculantes eles próprios inquinados de um vício invalidante —, deve ser ela a responsável pelo pagamento das despesas decorrentes da mobilização de medidas de tutela da legalidade, bem como de uma indemnização ao particular pelos danos causados. De facto, quando a vulneração da legalidade urbanística tem a sua raiz no próprio título legitimador, seja ele uma licença ou autorização, a violação pode ser imputada à Administração o que, muito embora não confira direitos à manutenção da situação criada em conformidade com os títulos em questão, pode fundar pretensões de responsabilidade relativamente à mesma (tendo, no entanto, de se averiguar igualmente qual o grau de conformação, culposa ou não, do interessado, para se aferir da medida ou de uma possível diminuição da responsabilidade da Administração)<sup>25</sup>.

Trata-se, em qualquer dos casos enunciados, de actividades levadas a cabo ilegalmente pelo particular ou pela Administração, pois resultam da violação de deveres urbanísticos que impendem sobre os mesmos, o que nos permite distinguir estas hipóteses daquelas outras em que a Administração toma opções que implicam a revogação de actos anteriormente praticados por motivos relacionados com a sua inconveniência em face, designadamente, do novo enquadramento urbanístico daquela zona. Esta hipótese, normalmente decorrente da aprovação ulterior ou modificação de planos municipais e especiais de ordenamento do território implica que estes assumam claramente tais efeitos retroactivos e identifiquem as situações legalmente constituídas que afectam, para que, sendo emitido o acto revogatório, o recurso a medidas de tutela de legalidade, diríamos superveniente, seja possível, acompanhado sempre de medidas indemnizatórias fundadas na responsabilidade por actos licítios da Administração.

bem, decorrente do recurso a medidas de tutela da legalidade, o mesmo já não sucede de forma tão óbvia para as despesas realizadas com a execução coerciva. No primeiro caso, estaremos num âmbito puramente privado de apuramento das responsabilidades entre transmitente e adquirente do bem; no segundo, porém, parece que o legislador imputou à Administração o encargo de reagir sobre o infractor e não sobre adquirentes de boa-fé (ao invés de imputar a estes tais encargos, admitindo que estes exercessem direito de regresso sobre o infractor). Esta solução, porém, não nos parece totalmente congruente com a natureza das medidas de tutela da legalidade, desde logo porque pode “encravar” os processos de execução coerciva, pela delonga e dificuldade em determinar quem foi o responsável por tal situação de ilegalidade (sendo que a ilegalidade pode ter sido agravada ao longo dos anos), e porque o n.º 3 do mesmo artigo estabelece um privilégio creditório imobiliário sobre os terrenos ou lotes onde se situa a edificação, pelo que, executando-se este, os seus efeitos far-se-ão sentir na esfera jurídica do actual titular do mesmo.

<sup>25</sup> Esta questão encontrava-se expressamente equacionada no âmbito do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, que se referia às ordens de embargo e demolição, devendo hoje recorrer-se aos termos em que se regula, em geral, a responsabilidade civil por actos de gestão pública ilícitos.

### 3.2. Hipóteses marginais

As medidas de tutela da legalidade têm sido erroneamente confundidas com figuras que lhes são próximas e que parecem assemelhar-se a mecanismos de legalização, de entre as quais ressalta o disposto no artigo 60.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, que consagra, entre nós, o princípio da garantia do existente passiva e activa<sup>26</sup>.

A dimensão passiva deste instituto corresponde à regra geral, prevista no artigo 67.º daquele Regime Jurídico, segundo a qual a validade das licenças ou autorizações depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática. Deste modo, o que se pretende clarificar, com o disposto no n.º 1 do artigo 60.º, é que as edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são em regra perturbadas por normas legais e regulamentares supervenientes, a não ser que estas expressamente o determinem. A este propósito, as edificações erigidas *ao abrigo* do direito anterior referidas neste artigo são apenas aquelas que, no momento da respectiva construção, cumpriram todos os requisitos materiais e formais exigíveis<sup>27</sup>.

A contrário, se uma edificação que apesar de até poder cumprir, à data da respectiva construção, todas as normas *materiais* em vigor, designadamente as dos instrumentos de planeamento, mas em relação à qual o interessado não obteve a licença ou autorização então exigível, não pode considerar-se “erigida ao abrigo do direito anterior” para efeitos de aplicação do regime instituído neste normativo, devendo respeitar todo o quadro normativo vigente à altura da pretensão de legalização, nos termos que analisaremos.

Este mesmo artigo 60.º, agora na sua vertente activa, presente no n.º 2, permite, no entanto, a realização de algumas obras — de reconstrução, alteração e, sustentamos, igualmente de ampliação — nas edificações “erigidas ao abrigo do direito anterior” que não cumpram na íntegra as regras em vigor no momento da decisão sobre a realização de tais obras. No entanto, esta possibilidade é limitada às hipóteses em que as mesmas não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança ou salubridade da edificação.

<sup>26</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este instituto, que integra o princípio da garantia constitucional do direito de propriedade privada, vide Fernando Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2.ªed, 2004, p. 495-497.

<sup>27</sup> Significa isto, por exemplo, que às edificações que foram construídas anteriormente ao Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, não é exigível qualquer tipo de licenciamento, nem de obras, nem de utilização, dado que não existia na época nenhum diploma legal que exigisse o licenciamento de obras (mesmo após a entrada em vigor do Regulamento Geral de Edificações Urbanas, essa exigência valia apenas nos termos do seu artigo 1.º, com a redacção dada pelo decreto-lei n.º 44.258, de 31 de Março de 1962). Muito menos era exigível uma exigência de loteamento dos prédios em que tais edificações se inscrevem, já que foi com o Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965, que se veio a estabelecer, inequivocamente, a sujeição a licenciamento municipal das operações de loteamento urbano e das obras de urbanização. A questão prática que se coloca a este propósito prende-se, sobretudo, com a prova destes factos. Generalizou-se o recurso a certidões passadas pelas Juntas de Freguesia em conforme a construção é anterior a 1951. Apesar do valor certificativo deste acto, pensamos que o órgão competente para decretar medidas de tutela da legalidade pode recorrer a meios próprios, designadamente de fiscalização, para comprovar tal dado, podendo impugnar, se assim o entender, aquele acto certificativo.

#### 4. Tipos e Procedimento de Adopção das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

##### 4.1. O Embargo Administrativo

O embargo é uma medida de tutela de legalidade cuja finalidade não é a de sancionar o comportamento, designadamente de privados, que tenham violado as normas urbanísticas em vigor, mas a de contribuir para a restituição da situação de facto à legalidade.

Assume-se, neste âmbito, como medida meramente *cautelar* e, por isso, *provisória*, já que não visa fornecer a solução definitiva para a situação de irregularidade detectada, mas apenas paralisar, no todo ou em parte, uma operação urbanística que esteja em curso<sup>28</sup>.

Não está em causa a prática de um acto em situação de incerteza, que permita posteriormente a reapreciação dos pressupostos do acto final, mas que em certa medida os antecipa (caso em que estaríamos perante um acto provisório), mas apenas o assegurar da eficácia e operatividade do conteúdo da decisão final, enquadrando-se, assim o embargo, ainda que com especificidades, no âmbito da figura prevista genericamente no artigo 84.<sup>º</sup> e seguintes do Código do Procedimento Administrativo<sup>29</sup>.

De facto, o embargo não condiciona a decisão final do procedimento de legalização, podendo inclusivamente este procedimento ser desencadeado sem que o embargo haja sido decretado.

No entanto, note-se que, quanto ao embargo, a existência de um receito fundado de violação grave do interesse público que decorre da manutenção ou agravamento da situação de facto, reúne que fundamenta a necessidade de garantir a operatividade do acto final, apenas existe no que se refere à incerta “possibilidade” de legalização daquela operação e não no que à verificação actual e real de uma situação de ilegalidade diz respeito. De facto, o artigo 102.<sup>º</sup> deixa claro que a adopção do embargo apenas é possível quando esteja em causa uma operação urbanística efectivamente ilegal, sendo eventual, agora sim, a sua legalização ou o recurso a outras medidas de tutela da legalidade.

O embargo consiste, nos termos do artigo 103.<sup>º</sup>, numa ordem de paralisação imediata de trabalhos, motivo pelo qual não pode ser aplicada a obras que já se encontram concluídas, embora ilegalmente, uma vez que o seu propósito é evitar o agravamento da irregularidade ou a tornar a sua reposição na legalidade mais difícil ou gravosa, mesmo do ponto de vista do particular, nas hipóteses em que seja ele o responsável por tal situação e deva suportar a totalidade dos encargos dela decorrentes. De igual modo, se a obra se fundar numa licença ou autorização, o embargo determina a suspensão da eficácia das mesmas, de modo a evitar uma contradição entre actos administrativos se a produção dos efeitos por parte destas não fossem afectados (artigo 103.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2). Nestes casos, o

<sup>28</sup> A possibilidade de embargo parcial de uma obra encontra-se expressamente prevista no artigo 102.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 5, estando em consonância com o princípio da proporcionalidade, na sua máxima da necessidade em termos espaciais, princípio este que rege todas as actuações da Administração, em especial se de caráter restritivo.

<sup>29</sup> Cfr., sobre estas figuras, Filipa Urbano CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo – Sua Natureza e Admissibilidade. As Garantias do Particular*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 63-64, e Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 401.

embargo pode ser efectivamente considerado um acto de segundo grau, que intervém, ainda que provisoriamente, sobre um acto administrativo precedente, no caso, mesmo que de imputação subjectiva diferenciada, fazendo cessar os seus efeitos<sup>30</sup>.

Contudo, em virtude de se tratar de um instituto cautelar, podendo algumas das situações em causa ser legalizadas (e portanto ser reintegrada a violação verificada), o legislador entendeu que não deveria implicar uma qualquer oneração para o particular, suspendendo o embargo o prazo que tiver sido fixado para a execução das obras no respectivo alvará de licença ou autorização (artigo 104.º, n.º 4).

Este acto de embargo, de origem quase desprocedimentalizada<sup>31</sup>, é notificado ao responsável pela direcção técnica da obra, bem como ao titular do alvará de licença ou autorização e, quando possível, ao proprietário do imóvel no qual estejam a ser executadas as obras ou seu representante. Esta notificação, seja dirigida ao director técnico da obra seja ao titular do título autorizativo, é um elemento essencial para a imposição de efeitos para que este acto propende: a suspensão dos trabalhos (artigo 102.º, n.º 2). Se assim o é, afigura-se-nos de criticar, numa perspectiva de promoção da efectividade deste acto, que se tenha deixado de permitir a notificação do embargo a quem se encontrava na obra a executá-la, (nos termos anteriormente admitidos no artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio), pois pode ser inclusivamente de difícil determinação qual é o seu director técnico e mesmo o seu proprietário (o prédio pode encontrar-se omissa), nem ter havido previamente lugar a qualquer autorização ou licenciamento de tais operações.

Após o embargo é imediatamente lavrado o respectivo auto em duplicado com as menções constantes do artigo 3.º, n.º 3, devendo fazer-se referência às cominações legais para o incumprimento de tal ordem [que configura uma contraordenação, nos termos da alínea h), do artigo 98.º e crime de desobediência, de acordo com o disposto no artigo 100.º do RJUE, que remete para o artigo 348.º do Código Penal]. Este auto é particularmente relevante nas situações que o embargo não haja sido precedido de actos de fiscalização que definam o estado da obra, uma vez que o controlo do respeito de tal acto apenas é possível após aquela definição. O embargo e o respectivo auto serão ainda notificados, nos termos dos n.os 6 e 7 ao requerente ou titular da licença ou autorização ou autorização, ao seu proprietário (caso as mesmas não hajam sido requeridas) ou à pessoa colectiva encarregada da execução da obra. Pareceria desnecessária esta segunda notificação em face de uma coincidência quase absoluta entre os destinatários da notificação referidos no n.º 2 e aqueles ora mencionados; porém, esta insistência deve-se, a nosso ver, ao facto de, na maioria das situações a notificação

<sup>30</sup> A este propósito assinala-se uma diferença relativamente ao embargo como medida cautelar atípica do contencioso administrativo, que apesar de ter também natureza conservatória (e continuar a seguir, supletivamente, o regime previsto na lei processual civil), só pode ser decretado se estiver em causa uma pura actuação material e não uma actuação ao abrigo de um acto administrativo, uma vez que a via idónea será, nestes casos, a da suspensão da eficácia dos actos. Sobre estes “outros” embargos, cfr. Vasco Pereira da SILVA, “Os denominados embargos administrativos em matéria de ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 5/6, 1996, p. 201-223, e Mário Aroso de ALMEIDA, O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 18/19, 2002/2003, p. 113-132.

<sup>31</sup> De facto, apesar de estar normalmente ligado ao exercício de poderes de fiscalização, e de o início do mesmo poder ser precedido de denúncia de particulares, o acto que decreta o embargo pode não ser precedido de diligências instrutórias próprias, sobretudo quando a ilegalidade for evidente, como sucede com a ausência de autorização ou licenciamento prévio de uma obra que a um deles se encontra sujeita, nem sequer o ser de audiência prévia dos interessados (na medida em que se trata de uma diligência cautelar, por natureza urgente).

“inicial” ser feita apenas ao director técnico da obra, que subscreve o auto de embargo, pelo que se mantém a necessidade de notificação do mesmo aos demais interessados directos, desde logo para que eles possam, sa assim o entenderem, reagir contenciosamente contra a ordem de embargo. Naturalmente que, tendo estes sido notificados e participado no auto de embargo, não haverá necessidade de duplicar esta exigência.

Para evitar ainda que, apesar da ordem de embargo, as obras pudessem prosseguir de facto, determina o n.º 3 do artigo 103.º do RJUE, a interdição de fornecimento de energia eléctrica, gás e água às obras embargadas. Para tal, impõe o mesmo tanto a obrigação de notificação pela entidade que decretou o embargo às entidades que prestam tal fornecimento e, a partir desse momento, uma obrigação de abstenção destas<sup>32</sup>.

De igual modo, como cautela no âmbito do comércio jurídico e para terceiros, o embargo é objecto de registo na conservatória do registo predial, constando de um averbamento feito ao mesmo, que funciona como forma de publicitação do estado de indefinição da caracterização daquele prédio (artigo 102.º, n.º 8).

O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação veio, por seu turno, acentuar o carácter cautelar e provisório do embargo ao afirmar que ao mesmo se deve suceder-se uma decisão definitiva sobre a situação de irregularidade, aliando-lhe a fixação de um prazo para a regularização da mesma.

O prazo supletivo previsto na legislação é de seis meses, prorrogável uma única vez por igual período, no caso de ausência de fixação expressa de um prazo diferente que pode ser superior ou inferior ao prazo supletivo legalmente definido, mas que terá sempre de ser adequado à concreta situação que lhe está subjacente. Em ambos os casos, decorrido o prazo caduca a ordem de embargo se não for proferida decisão definitiva sobre a situação ilegalidade objecto de apreciação (artigo 104.º). Caducidade esta que, ao contrário da maioria das situações no plano urbanístico, é uma caducidade que opera automaticamente (*ope legis*), sem necessidade de declaração por parte de órgão administrativo ou judicial, o que se comprehende na medida em que aqui para além da tutela provisória do interesse público se encontra em causa, igualmente, uma certa salvaguarda do interesse do particular, ao impedir-se o agravamento de uma situação de raiz ilegal<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Note-se que esta norma levanta inúmeros problemas, sobretudo em situações em que os mercados do fornecimento de tais serviços de interesse económico geral começam a ser liberalizados, e nas hipóteses em que são os próprios particulares, em regra vizinhos, a fornecer energia eléctrica, gás e água a uma obra em execução. Somos de opinião que a notificação a que se refere o artigo deve ser feita a quem, independentemente da sua natureza, se encontre a fornecê-los (lendo correctivamente o termo *entidades* inscrito no artigo em causa). No entanto, em face da interdição prevista no artigo, que abrange qualquer potencial fornecedor dos mesmos, entendemos que a mesma deveria ser acompanhada da imposição de sanções administrativas em caso de incumprimento. No entanto, esta solução implicaria igualmente uma publicitação mais alargada do acto de embargo, designadamente através da publicitação de um aviso para o efeito, o que poderia, por seu turno, ser considerado excessivo por estar ligada a um acto de caráter cautelar.

<sup>33</sup> Note-se que a nossa jurisprudência administrativa já decidiu, anteriormente à fixação legal da duração máxima do embargo, que a omissão no despacho de suspensão ou de embargo do respectivo prazo não poderia ser resolvida pelo recurso às regras da caducidade do plano civil, mas apenas ao regime dos vícios dos actos administrativos, uma vez que poderia indicar a violação do princípio da proporcionalidade que apenas geraria a anulabilidade (permitindo-se, assim, a consolidação de actos administrativos de embargo por tempo indefinido) — nestes termos, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Janeiro de 1998. A nosso ver, após a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo e na ausência de regulamentação específica, seria defensável o recurso supletivo ao artigo 85.º do mesmo diploma.

Contudo, como forma de aferir dos termos em que deve ser efectivada a ordem de embargo deve tomar-se em consideração se a infracção em causa é apenas imputável ao particular ou se, pelo contrário, será também imputável parcial ou mesmo integralmente à Administração, e se, embora feita sem licença, a operação em causa é licenciável à luz dos normativos em vigor, designadamente de nível municipal, através de um procedimento de legalização (ou se, ao invés, tal regularização seria sempre impossível ou determinaria a alteração das normas urbanísticas aplicáveis).

Estes pressupostos variáveis poderão determinar a própria definição do tempo de duração do embargo, correspondendo a fixação dos mesmos a um poder discricionário da Administração, embora balizado por aqueles referentes normativos.

Caducando o embargo, tal não significa que o particular fique legitimado, sem mais, à continuação das obras e, muito menos, que tal operação se tornou regular, *rectius* legal, continuando sempre a ser necessário, como veremos, indagar da possibilidade da sua legalização.

## 4.2. Legalização

A noção de legalização responde, basicamente, à necessidade de estabelecimento de procedimentos que tendam para a definição estável de situações marcadas pela ilegalidade. Veremos a este propósito, inicialmente, a configuração geral deste instituto, para depois nos pronunciarmos sobre os procedimentos e mecanismos de legalização previstos no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

### 4.2.1. A legalização entre a vinculação e a discricionariedade

A evolução, legal e jurisprudencial, do instituto da legalização não foi sendo feita de uma forma linear e levanta, ainda hoje, dificuldades de caracterização.

Tendo por base o disposto no artigo 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que estabelecia que “*a demolição de obras referidas no artigo 165º só poderá ser evitada desde que a câmara municipal ou o seu presidente, conforme os casos, reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade*”, formou-se jurisprudência no sentido de reconhecer que a legalização de obras se assumia como uma faculdade discricionária da Administração.

Neste âmbito, o município detinha um amplo campo de discricionariedade, podendo mesmo optar pela demolição mesmo que as obras se conformassem (num juízo *ex post*), com as normas legais e regulamentares em vigor, i.e. nas situações em que, se a licença tivesse sido requerida antes da realização das obras, teria sido deferida.

Este entendimento pressupunha a existência de um dever de demolição (esse sim considerado como um acto vinculado), e não traçava uma linha suficientemente nítida entre sanções administrativas e medidas de tutela da legalidade. Neste sentido iam, desde logo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Dezembro de 1968, de 18 de Fevereiro de 1971, de 21 de Dezembro de 1972 de 25 de Outubro de 1973 e de 26 de Fevereiro de 1987.

Em alguns deles acentuou-se que a possibilidade de legalização cabe no âmbito do poder discricionário da Administração, apenas podendo ser impugnado o acto de

legalização se fundado em desvio de poder ou, eventualmente, em erro nos pressupostos. Equiparavam-se, assim os actos que determinam a legalização de obras aos actos revogatórios, afirmando-se a existência de uma opção entre executar a cominação normal da transgressão verificada — a demolição — e um possível aproveitamento da obra que se entenda conciliável com as necessidades públicas que à câmara cumpre defender.

No entanto, tal entendimento começou a evoluir no sentido de se entender que, se determinação a demolição de obras ilegais configurava o exercício de um poder vinculado, tal apenas poderia ser afirmado nas hipóteses em que a entidade competente deliberasse a impossibilidade da sua legalização de acordo com as regras urbanísticas aplicáveis, designadamente de estética urbana. Neste, sentido vejamos, designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987, de 6 de Novembro de 1990 e de 11 de Maio de 1999.

Neste sentido, ainda, nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Outubro de 1990 e da mesma data do ano subsequente, a legalização de obras executadas sem licença continua a ser configurada como um poder discricionário, mas reconhece-se que, para se não ordenar a demolição, se tem de reconhecer que é susceptível que a obra venha a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, de segurança e de salubridade, referindo-se, assim, o juízo discricionário à susceptibilidade de poder ser licenciada a construção.

Mais, no Acórdão do mesmo Tribunal de 6 de Maio de 1998, reduz-se a faculdade discricionária da opção entre demolição e legalização apenas ao momento de actuação da Administração, eventualmente limitada pelo princípio da confiança dos administrados, entendendo aquele órgão judicial que, mesmo após o início de tal procedimento de legalização, não há um prazo fixado para o seu termo.

Em termos legislativos, o Decreto-Lei 445/91, de 20 de Novembro, poucas indicações comportava quanto a esta questão, uma vez que o seu artigo 58.º, n.º 1, estabelecia que “o presidente da câmara municipal, sem prejuízo das atribuições cometidas por lei a outras entidades, pode ainda, quando for caso disso, ordenar a demolição da obra e ou a reposição do terreno...”, nada clarificando quanto às condições em que a legalização poderia ou deveria ocorrer. O Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, que se lhe seguiu, nada inscreveu a este propósito, deixando em aberto a natureza desta actividade administrativa.

O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, por seu turno, pretendeu, em face da evolução jurisprudencial ocorrida, esclarecer os termos de funcionamento desta figura, desde logo a sua articulação com as medidas designadas expressamente de tutela da legalidade. Para tal, revogou expressamente o artigo 167.º do Regime Geral das Edificações Urbanas e, no artigo 106.º, n.º 2, determinou que “*a demolição pode ser evitada se a obra for*

<sup>34</sup> Este acórdão é equívoco e parece opor, segundo Carla Amado GOMES (“Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 19, 2000), dois procedimentos: a legalização e a demolição, quando a demolição deve ser, para a autora, o culminar do procedimento de legalização. No mesmo sentido, cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Maio de 1998 e de 11 de Maio de 1999, segundo os quais o poder de escolha entre a legalização e a demolição é discricionário quanto ao tempo da decisão pois tal pode ser tomada a todo o tempo, mas esse funciona na base de um pressuposto vinculado: a inviabilidade da legalização das obras, caso em que a demolição surge como acto vinculado.

*susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração”.*

Estaremos, assim, para Carla Amado GOMES, não perante um fenómeno de verdadeira discricionariedade de escolha mas tão-só perante “uma decisão administrativa apoiada em normas técnicas”<sup>35</sup>.

De facto, a caracterização desta como uma faculdade discricionária apenas é, na falta de regulamentação específica em contrário, legalmente possível nos mesmos moldes que o seja o licenciamento ou autorização *a priori* da mesma ocupação urbanística, uma vez que os parâmetros normativos para a decisão são os mesmos. Ora, apesar de uma das principais características das licenças e das autorizações urbanísticas ser o carácter taxativo dos fundamentos para o respectivo indeferimento, elencados nos artigos 24.<sup>º</sup> e 31.<sup>º</sup> daquele diploma, afirmando-se, por este motivo, o carácter vinculado ou regulado daqueles actos<sup>36</sup>, a verdade é que a Administração dispõe de uma *margem de discricionariedade* na apreciação dos pedidos de licenciamento, margem essa que decorre ou de os fundamentos de indeferimento estarem enunciados com recurso a conceitos *abertos* ou *indeterminados*, como sucede com o facto de a obra ser “susceptível de manifestamente afectar a estética das povoações” ou de se tratar de fundamentos que, quando verificados, apenas *permitirem* (e não imporem) o indeferimento. Nota-se, na prática urbanística, no entanto, alguma “benevolência” na apreciação dos projectos de legalização, desde logo pelo mais ténue controlo que se faz de conceitos indeterminados como o enunciado ou o da correcta inserção na envolvente o que pode configurar um “benefício” do infractor que se exime, assim, a uma apreciação rigorosa do projecto realizado.

No entanto, a versão originária do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, parecia impor à Administração o dever de legalização de todas as obras conformes com as normas legais e regulamentares, não podendo aquela ordenar a demolição se a legalização fosse possível, mesmo havendo conduta negligente ou desinteressada do proprietário.

Para evitar esta asserção, que poderia concorrer para a manutenção de um estado de coisas se pretendia evitar: a manutenção da situação de indefinição *ad aeternum* de obras ilegais ou a insusceptibilidade da sua demolição, a alteração que foi introduzida no n.<sup>º</sup> 2, do artigo 106.<sup>º</sup>, pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 177/2001, de 4 de Junho, aponta no sentido de a legalização de obras corresponder a um ónus dos interessados, devendo estes desencadear os procedimentos tendentes à legalização das operações urbanísticas ilegais ou responder ao repto lançado pela Administração nesse sentido.

<sup>35</sup> Carla Amado GOMES, “Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade”, cit., p. 49. Note-se que esta referência às normas técnicas não implica qualquer concordância com o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Novembro de 1991, segundo o qual não é sindicável contenciosamente por pertencer ao domínio da discricionariedade técnica, o juízo do valor dos peritos quanto à legalização de obras.

<sup>36</sup> Este carácter vinculado assume uma dupla veste: por um lado, a Administração *apenas pode indeferir* a pretensão urbanística do particular quando esteja perante um dos fundamentos tipificados na lei; por outro lado, verificando-se uma das causas de indeferimento legalmente previstas, a Administração é *obrigada a indeferir* aquela pretensão.



Ao inscrever, de facto, que “*a demolição pode ser evitada*”, ao invés de “*a demolição não pode ser ordenada*”, denota a imprescindibilidade do interessado actuar e actualizar as suas pretensões no prazo razoável que, para tal, lhe seja dado pela administração, quer seja um prazo para a realização de trabalhos de correcção e de alteração que permitam a conformação das obras com o acto autorizatório ou com as disposições legais e regulamentares que estão a ser infringidas, quer seja um prazo para apresentar os projectos necessários ao licenciamento ou autorização<sup>37</sup>.

Recentemente, pronunciando-se muito embora no âmbito de aplicação do Regime Geral das Edificações Urbanas, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 2 de Fevereiro de 2005 e de 14 de Dezembro de 2005 foram neste sentido ao entender que a apreciação da satisfação ou possibilidade de satisfação dos requisitos legais e regulamentares deve ser fundada num juízo de prognose objectivo, que não depende do impulso processual do interessado. Mais claramente ainda, o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 457/01, decidiu que não é inconstitucional, designadamente por não restringir desproporcionadamente o direito de propriedade privada e o direito à habitação, o facto de se interpretar a norma relativa a demolição no sentido de ser o particular que tem o ónus de provar que a obra podia ser autorizada. Refere este Tribunal que, partindo do princípio que a demolição no caso de construções sem prévia autorização só excepcionalmente poderá ser evitada, é ao sujeito responsável pela construção ilegal que, “*pela natureza das coisas*” caberá provar estar a mesma em condições de ser autorizada (e actuar, administrativa ou contenciosamente nesse sentido). Caso contrário, premiar-se-ia o infractor com a inversão do ónus da prova, impondo-se este à Administração<sup>38</sup>.

Apesar destas precisões sobre a natureza dos actos de legalização, assiste-se, hodiernamente, ao lançamento de alguma confusão sobre os termos em que os mesmos podem ou devem ser praticados. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Fevereiro de 2004, foi decidido que, como o efeito meramente devolutivo do recurso previsto no artigo 115.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação — isto é da impugnação de decisões que ordenem a demolição, —, apenas deve ter lugar em casos de manifesta improcedência do pedido, o que não acontece, para aquele órgão judicial, quando aquela afectação se inclui em área destinada pelo plano director municipal a zona

<sup>37</sup> No entanto, mesmo à luz de normativos anteriores, já se ia firmando o afastamento da viabilidade da legalização não apenas por um juízo objectivo de impossibilidade de legalização mas também pela inércia e desinteresse manifesto do proprietário na sua legalização e conservação, como decorre do Parecer do Provedor de Justiça n.º 77/A/96. No sentido referido no texto, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Direito do Urbanismo — Casos Práticos Resolvidos*, Coimbra, Almedina, 2005, Caso prático n.º 39, p. 174 e seguintes.

<sup>38</sup> Note-se que o procedimento de legalização é, a mais das vezes, desencadeado pela Administração que dá um prazo razoável para o particular promover os trâmites necessários para o efeito. No decurso desse prazo, perante a inércia do particular, estará a Administração habilitada a lançar mão de ulteriores medidas de tutela da legalidade mais gravosas. Deste modo, vemos com particular desconfiança o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Fevereiro de 1992, segundo o qual o prazo para o início do procedimento de legalização não é cominatório mas ordenador, por isso poderia o interessado apresentar o pedido posteriormente ao termo daquele. De facto, tal poderia levar a novos e sucessivos adiamentos dos prazos fixados pela Administração, pelo que pensamos que, nas hipóteses em que esses pedidos sejam sistematicamente renovados, pode a Administração furtar-se à sua apreciação, lançando mão designadamente do disposto no artigo 9.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo.

verde e edifícios de utilização colectiva. Isto porque, continua aquele tribunal, no caso, para além daquela opção do plano não ser inalterável, a moradia foi construída antes daquele ter sido aprovado e o município partiu do princípio de que aquela área era sua, o que ainda não é certo, pois sobre isso existe litígio judicial.

Apesar de estas considerações se enxertarem cautelarmente no processo de impugnação judicial de uma decisão administrativa que ordene a demolição ou a reposição do terreno, nos termos do artigo 106.º, correspondendo, por isso, a uma apreciação meramente provisória e revisível da situação em causa e a que correspondem especiais exigências de proporcionalidade<sup>39</sup>, a argumentação aduzida pelo Tribunal remete para um controlo jurisdicional da actuação de Administração que parece exceder a margem de apreciação que lhe cabe. De facto, apesar de se estar a apreciar a existência de *indícios* da improcedência do pedido, e não a questão principal (a da sua *efectiva* procedência ou improcedência), as variáveis mobilizadas para o efeito — referidas aos procedimentos de planificação urbanística — entroncam, por um lado, na possibilidade de alteração do plano director municipal, e, por outro, na razoabilidade das suas opções (em função da discutível titularidade do terreno). Ora, se esta segunda argumentação ainda poderia orientar o juízo contencioso, na medida em que poderia firmar-se incidentalmente a violação de exigências materiais de *ponderação de interesses* na formulação de opções de planeamento e, portanto, da sua ilegalidade, a primeira variável — a da possibilidade genérica de alteração do plano —, corresponde a uma apreciação que compete em primeira linha à Administração fazer sem que para tal possa ser substituída pelo juiz, sob pena de diluição do princípio da separação de poderes. Aliás, a utilização de planos como instrumentos de legalização deve ser, como veremos, excepcional, ao que deve corresponder uma fundamentação clara, esta sim passível de sindicância judicial (agora no sentido de um controlo, em concreto, da possibilidade de legalização por via de alteração do quadro normativo aplicável, e não de uma admissibilidade generalizada desta hipótese).

Note-se, *in fine*, que o discurso dos direitos fundamentais pode introduzir alguma modelação nos termos em que é concebido o instituto da legalização, na medida em que pode e tem servido como argumento para rejeitar soluções que, respeitando os pressupostos para recurso a medidas de tutela da legalidade, *maxime* à demolição da obra ou à cessação da utilização, por impossibilidade de legalização das mesmas, são consideradas como violadoras de direitos e princípios fundamentais, atentando contra a própria dignidade da pessoa humana. A este propósito dois exemplos: a consideração da inadmissibilidade da deliberação camarária que invocou o respeito por disposições administrativas em matéria de campismo selvagem ou e construção clandestina para

<sup>39</sup> Em face da gravidade e da onerosidade destes actos para os seus destinatários, alia a lei a imediata suspensão da eficácia do acto impugnado ao abrigo do disposto no artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, tornando desnecessário o recurso a um meio processual acessório para o efeito [meio esse tipificado no artigo 112.º, n.º 2, alínea b) daquele código]. Em face da aludida suspensão de eficácia dos mesmos, a autoridade administrativa tem, após a sua citação, e abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 115.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a obrigação de, com urgência, impedir a execução ou a continuação da execução do acto em causa, solução que actualmente se encontra genericamente consagrada no artigo 128.º do referido Código de Processo, funcionando como uma providência cautelar da providência cautelar.

justificar a expulsão de determinadas comunidades ciganas em Ponte de Lima, na medida em que este comportamento foi considerado como indirectamente discriminatório (neste sentido, Recomendação n.º 72/A/96 do Provedor de Justiça); e o disposto no artigo 29.º, n.º 1 da Lei da Liberdade Religiosa — Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho —, que determina que, havendo acordo do proprietário ou da maioria dos condóminos na utilização para fins religiosos do prédio ou fracção destinados a outros fins, essa utilização não pode ser fundamento de objecção nem de aplicação de sanções pelas autoridades administrativas enquanto não existir uma alternativa viável à realização dos mesmos fins (isto apesar de do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Maio de 1998 e da Recomendação n.º 11/A/00 do Provedor de Justiça, decorrer que o direito fundamental de liberdade religiosa não deve constituir obstáculo ao cumprimento de deveres legais, designadamente resultantes de normas urbanísticas, desde que estas passem o crivo do princípio da proporcionalidade).

#### 4.2.2. Instrumentos de legalização

A legalização, se possível, manifestar-se-á, em regra, na prática de um acto administrativo permissivo já não de cariz cautelar, mas definitivo, sendo-lhe apontados os mesmos efeitos que aos actos de autorização ou licenciamento *a priori*, geralmente caracterizados como efeitos definitórios, tituladores, procedimentais e contenciosos.

Este acto, para ser emanado, dependerá do desencadear de procedimentos de vária ordem, tendo em consideração os motivos aos quais se liga a operação urbanística ilegal, podendo, assim, revestir caracterizações diversas.

Desde logo, pode ser necessário desencadear um procedimento de *autorização ou licenciamento de legalização*<sup>40</sup>, consoante os casos, ou um pedido de *alteração à licença ou autorização* existentes (como admite expressamente o artigo 105.º, n.º 5), de modo a enquadrar o construído nos ditames urbanísticos aplicáveis ou refazer o acto autorizativo tendo em conta a obra realizada.

Nesta hipótese, em termos procedimentais, a legislação opera uma remissão automática para os procedimentos de licenciamento e autorização prévios que seriam, *in casu*, aplicáveis, caso esta não se tratasse de uma obra ilegal. Nestes moldes, os trâmites procedimentais, a competência, os prazos, as exigências instrutórias, os motivos de indeferimento e os efeitos do silêncio serão os mesmos daqueles procedimentos.

Esta é uma diferença relevante relativamente ao tratamento anterior da questão de legalização, na medida em que prevalecia o entendimento que o pedido de legalização não equivalia a deferimento tácito, a regra em matéria de licenciamento de operações urbanísticas, uma vez que se defendia que os diplomas que associavam esta consequência jurídica ao silêncio da Administração, não regulavam a questão da legalização (que continuava prevista no artigo 167.º do Regime Geral das Edificações Urbanas), sendo-lhe aplicável a regra geral do indeferimento tácito. Neste sentido, cfr. os Acórdãos do Supremo

<sup>40</sup> Ou mesmo da sanação, no caso dos actos anuláveis, ou renovação da prática de um acto, no caso de nulidade, sem que o novo acto padeça do vício que afectava o acto previamente emitido (designadamente, não se alterando o conteúdo do acto, mas fazendo-o preceder das aprovações ou pareceres exigíveis).

Tribunal Administrativo de 14 de Outubro de 1993, de 3 de Março de 1994, de 25 de Setembro de 1997, de 27 de Novembro de 1997 e de 7 de Junho de 2005.

Actualmente, esta solução, para além de contrariar o próprio regime legal, que se refere expressamente a autorização ou licenciamento tanto no artigo 105.º, n.º 5, como no artigo 106.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação [remetendo, assim, para as consequências previstas no artigo 111.º, alíneas a) e b) daquele regime], não é a mais adequada tendo em consideração o regime jurídico do silêncio administrativo, que considera as situações de omissão como de pura não pronúncia, com relevo apenas para o desencadear de mecanismos processuais condenatórios, excepto nas hipóteses em que a lei expressamente lhes associe a consequência jurídica do deferimento tácito.

Esta equiparação em bloco pode eventualmente ser criticável no que diz respeito a determinados aspectos da tramitação e instrução dos procedimentos de autorização ou licenciamento, nomeadamente a exigência de apresentação de projectos de arquitectura e de especialidades que podem tornar-se de difícil cumprimento no momento da legalização. Porém, somos de parecer que tais projectos e o respectivo termo de responsabilidade devem ser apresentados em todas as hipóteses, até porque pode haver lugar a obras de correcção e de alteração para que a sua apresentação seja possível, o que será relevante sobretudo para efeitos de apuramento de responsabilidades.

Solução diferente acontecerá, a nosso ver, com o termo de responsabilidade do director técnico da obra, salvo quanto às obras de correcção ou alteração que venham a ser efectuadas, uma vez que os projectos apresentados já se referem à situação final da obra. Assim, na falta de regimes jurídicos particulares (como acontece com o disposto no artigo 50.º do diploma relativo às áreas urbanas de génese ilegal), a conclusão não pode ser senão o da igual exigência relativamente aos pedidos de licenciamento (formulados *a priori*)<sup>41</sup>.

Uma outra hipótese de legalização terá a ver com a adaptação da situação de facto ao acto administrativo de licenciamento ou autorização praticado ou às normas legais e regulamentares vigentes, mediante a realização de *trabalhos de correcção ou alteração* da obra (isto muito embora o mesmo diploma não defina com precisão, no seu artigo 2.º, o que entende por trabalhos de correcção).

Estes devem ter lugar no prazo razoável que, para o efeito, tiver sido ordenado pelo presidente da Câmara Municipal (artigo 105.º, n.º 1), tendo em consideração a complexidade e a natureza dos trabalhos a realizar, suspendendo aquele o prazo fixado na licença ou autorização que eventualmente exista, salvo se forem requeridas alterações àqueles actos (artigos 105.º, n.os 4 e 5).

A responsabilidade pela realização de tais trabalhos é do titular da obra, ainda que os termos da mesma constem de acto administrativo praticado pelo Presidente da Câmara Municipal — a ordem de realização de trabalhos —, desenhada de acordo com a fiscalização

<sup>41</sup> Não somos, porém, insensíveis ao estabelecimento de um procedimento com especificidades para as situações de legalização, designadamente quanto aos requisitos instrutórios, por exemplo, exigindo a realização de vistorias que possam substituir a apresentação de alguns daqueles projectos, mas tal deverá, em princípio, resultar de disposições legais.

municipal efectuada. No entanto, o n.º 3 do artigo 105.º, admite que a câmara municipal possa promover directamente a realização de trabalhos de correcção ou alteração, sempre por conta do titular da licença ou autorização, mas apenas de forma supletiva e quando estejam em causa relevantes interesses públicos (a realização de obras de urbanização e de outras obras indispensáveis para assegurar a protecção de interesses de terceiros ou o correcto ordenamento urbano), e não em quaisquer situações em que tais obras sejam exigíveis para regularização de situações ilegais.

A este propósito, há que considerar qual o momento em que, nas situações em que o licenciamento ou autorização dependa da realização de trabalhos para conformar a obra executada com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, a legalização ocorre: se tal acontece no momento em que o acto seja aprovado e produz efeitos ou apenas quando se confirmar que as obras foram efectivamente realizadas de acordo com o licenciamento ou autorização deferidos. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Abril de 1996, o reconhecimento da susceptibilidade da legalização, pela aprovação do projecto e emissão do alvará, não se traduz numa automática legalização de obras já realizadas, pois a licença tem apenas como alcance diferir para momento posterior a apreciação final da legalidade da obra, em função da vistoria e confirmação do respeito pelo projecto aprovado. Se esta argumentação parece convincente, de forma a assegurar o efectivo respeito do acto de legalização, a verdade é que estaremos, caso as obras de alteração não sejam realizadas ou não o sejam de acordo com o projecto aprovado, perante uma outra situação ilegal, fundada em pressupostos diferenciados.

#### *4.3. Demolição da obra e reposição do terreno*

Apesar da sua remota origem histórica, estes instrumentos continuam a configurar um modo dos mais típicos de actuação policial, autoritária e ablativa.

Ainda assim, os mesmos, em ligação com a evolução ocorrida nos procedimentos de legalização, foram objecto de um exercício de recomprensão jurídica, ao mesmo tempo que desempenham funções acrescidas, com o alargamento e multiplicação das intervenções que relevam no domínio urbanístico.

O conceito de demolição é, tido, genericamente, quer para o direito administrativo quer para o direito privado, como a destruição total ou parcial de edifícios já existentes [cfr. artigo 2.º, alínea g) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação], enquanto a reposição do terreno tem ínsita uma obrigação de restauração do terreno à situação anterior à actuação ilegal (na estrita medida da possibilidade dessa restituição). Não se trata, assim, de conceitos idênticos, na medida em que podem ser ordenados tanto conjunta (nos casos em que se trate de obras em solos que não eram objecto de aproveitamento urbanístico) como separadamente (nas hipóteses de operações urbanísticas que não envolvam obras de edificação, como sucede com a realização de obras de urbanização ou trabalhos de remodelação de terrenos)<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> António Duarte de ALMEIDA e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo*, cit., p. 949.

Mas, ainda que a definição inicial destas medidas seja consensual ou, pelo menos, não problemática, mais difícil se torna a dilucidação das situações-tipo, ou pressupostos, que, uma vez verificados, permitem o recurso à demolição por motivos urbanísticos<sup>43</sup>.

Neste âmbito, pode-se distinguir entre as demolições:

1. Efectuadas voluntariamente pelo proprietário da edificação;
2. Requeridas para a execução de planos urbanísticos;
3. Subsequentes à revogação de actos de autorização e de licenciamento precários de usos ou de realização de obras provisórias;
4. Posteriores à declaração de ruína dos edifícios (ou motivadas por razões de necessidade pública);
5. Ordenadas pela Administração no exercício dos seus poderes legais de protecção da legalidade urbanística.

Na primeira situação, está em causa, primordialmente, o exercício de uma faculdade por parte do proprietário mas que, no entanto, não se encontra na sua inteira disponibilidade, sendo antes alvo de condicionamentos de natureza urbanística, na medida em que, desde logo, tal demolição carece, em regra, de um acto autorizativo prévio.

A segunda hipótese apela para a função de instrumento de execução das disposições do plano, uma vez que regulamentação por eles efectuada não se conforma, muitas vezes, com o edificado preexistente, o que implica, quando tal seja imprescindível para a correcta execução dos ditames inscritos nos planos urbanísticos, o recurso à demolição. Aliás, a menção dos edifícios a demolir, a manter e a reabilitar figura como uma das menções materiais que devem constar do conteúdo típico dos planos de pormenor, para além de o artigo 127.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial se referir à demolição como instrumento de execução de planos nas hipóteses em que tal seja necessário para a execução de planos de pormenor ou quando os imóveis careçam de requisitos de segurança e salubridade indispensáveis ao fim a que se destinam e a respectiva beneficiação ou reparação seja técnica ou economicamente inviável.

A terceira situação-tipo constitui, muito provavelmente, o pressuposto mais recente de recurso à demolição, pois estão em causa situações em que tenham sido concedidas licenças ou autorizações precárias mediante as quais se permite a manutenção provisória de certas obras ou usos, em princípio incompatíveis com o destino do ordenamento urbanístico, mas que só quando interfiram efectivamente com a execução do plano serão objecto de demolição. Veremos, mais tarde, em que termos é admitido, no nosso ordenamento jurídico, o recurso a esta hipótese.

O quarto pressuposto actua face a um estado de ruína constatado e declarado pela Administração, em que os edifícios, não respeitando os requisitos essenciais de habitabilidade, devem ser objecto de demolição.

<sup>43</sup> Seguimos a classificação proposta por José Manuel ARREDONDO GUTIÉRREZ, "Demolición de Edificaciones Ilegales y Protección de la Legalidad Urbanística", *cit.*

Nesta hipótese, prevista no artigo 98.º, n.º 3, é a Câmara Municipal que tem competência para ordenar, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, a demolição total ou parcial das construções que ameacem ruína ou ofereçam perigo para a saúde pública e a segurança das pessoas (seja por não cumprimento do dever de conservação, seja por ocorrência de uma calamidade pública, seja por defeito de construção, etc.)<sup>44</sup>.

A última tipologia de situações, que mais se assemelha a uma cláusula geral de recurso a esta medida como *último remédio* da reposição da legalidade urbanística, abrange aquelas que decorrem do facto de o proprietário, mesmo que o pudesse ter feito, não ter evitado a demolição ou das hipóteses em que a mesma decorre da constatada, com suficiente incerteza, impossibilidade de legalização da operação urbanística em causa.

Do exposto, retira-se a vinculação estrita do recurso à demolição ao *princípio da proporcionalidade*<sup>45</sup>. Isto tanto a um nível instrumental já que o recurso à demolição deve ser precedido de um procedimento de legalização, para saber se estas edificações se acomodam ou não à ordenação urbanística aplicável, tanto em termos materiais, uma vez que, mesmo que se decida pelo recurso à demolição, deve dar-se prevalência à demolição parcial, quando ela seja suficiente para promover a reposição da legalidade — “*princípio da menor demolição*”.

Este princípio, tem no ordenamento jurídico vizinho, um grande relevo e assenta numa ponderação equitativa dos interesses privados (nomeadamente a perda de riqueza mobiliária) e dos interesses públicos co-envolvidos na sua adopção. Reconhecendo, muito embora, o carácter casuístico da aplicação deste princípio, a doutrina e jurisprudência espanhola formulam alguns critérios, que jogam no sentido da manutenção dessas construções, como sejam o alcance da ilegalidade cometida por referência a parâmetros de

<sup>44</sup> O conceito de ruína é inherentemente controverso e complexo, sendo aceite na nossa legislação o de ruína técnica e o de ruína urbanística, tendo o de ruína económica alguma, embora parcelar, consagração legal, doutrinal e jurisprudencial, pecando muito embora por excessiva indeterminação dos seus pressupostos. Neste sentido, cfr. António Pereira da COSTA, *Direito dos Solos e da Construção*, Braga, Livraria Minho, 2000, p. 135-138. A ruína técnica envolve as situações em que sejam afectados os elementos fundamentais ou estruturais do edifício, sendo inviáveis obras que não sejam de ou muito próximas das de reconstrução. A ruína económica envolve um juízo custos-benefícios entre o custo das obras de beneficiação e o valor do próprio edifício e o valor das obras de demolição, devendo ser aferida numa perspectiva essencialmente objectiva e não subjectiva. Por último, a ruína urbanística compreende as situações em que a demolição se torna necessária para a execução do disposto em instrumentos de planeamento e aquelas em que as obras não possam ser autorizadas à luz do ordenamento urbanístico.

Nesta última situação, estaremos perante a demolição como medida de tutela da legalidade urbanística, relativamente à qual as considerações atinentes ao estado de ruína física e económica do edifício não configuram um pressuposto para a sua mobilização (muito embora possam intervir, no âmbito discricionário da actuação da Administração, para fundar o seu juízo de ponderação). Pelo que não podemos concordar com Maria Celeste CARDONA, “Defesa e Conservação do Património Imobiliário”, in. *Direito do Urbanismo*, Lisboa, INA, 1989, pp. 452 e 453, segundo a qual a demolição apenas pode ser ordenada verificados cumulativamente estes três tipos de ruína, o poderia tornar excessivamente restritivo o recurso à demolição, com desprezar para a salvaguarda do interesse público.

<sup>45</sup> Note-se, porém, que este princípio não impede, em qualquer circunstância, o recurso à demolição. Bem, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 484/00, entendeu que a demolição de obras ilegais não ofende os três subprincípios do princípio da proporcionalidade, quer se entenda que o direito a construir uma dimensão essencial do direito de propriedade ou não, uma vez que o recurso àquela medida corresponde a uma tarefa de ponderação entre bens jurídicos, fazendo prevalecer uns sobre os outros em face da vinculação situacional dos solos. O Supremo Tribunal Administrativo, no seu acórdão de 18 de Março de 2003, entendeu igualmente que a ordem de demolição sujeita a licenciamento urbano e que não foi licenciada, não ofende o direito de propriedade, em face da natureza dos actos autorizativos em matéria urbanística.

edificação adequados ou mesmo a margens de tolerância (imagine-se um desvio mínimo ainda aceitável relativamente ao polígono de implantação definido no Plano, sem que tal cause prejuízo a privados ou ao interesse público, sendo respeitados todos os outros parâmetros e indicadores urbanísticos), e a consideração de expectativas de facto já consolidadas.

Entre nós, porém, urge a adequada consideração legal destas situações, de molde a se proceder, se tal se considerar justificado e conforme ao interesse público, ao tratamento diferenciado do binómio legalização/demolição, admitindo o recurso a critérios de ponderação definidos que possam ser importantes na tomada de decisão sobre a possibilidade de manutenção de uma obra. Na ausência desses critérios, em especial no âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, as *medidas preferenciais* à demolição a que se referem Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA serão sempre pouco claras, sobretudo quando nos referimos à atendibilidade das consequências financeiras para os privados e para o município no âmbito do procedimento de tomada de decisão<sup>46</sup>. Note-se ainda que esta tarefa de ponderação, a ser levada a cabo, deve sê-la no momento da legalização, pelo que, em regra, a decisão de demolição decorre vinculadamente do desfecho daquele procedimento.

No entanto, o acto que ordena a demolição, tal como não é confirmativo da ordem de embargo, também não o é do acto que indeferiu o pedido de legalização, uma vez que tem um alcance lesivo próprio, pelo que pode, desde logo, ser impugnado autonomamente por vícios próprios<sup>47</sup>. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Abril de 2000, o acto administrativo de demolição não é um acto de mera execução da prévia denegação do licenciamento, devendo ser cabalmente fundamentado em razões que imponham a demolição da construção e obstem à sua eventual legalização ou que tornem essa legalização *completamente* inviável. Para nós, no entanto, a generalidade dos termos em que este Acórdão se encontra formulado poderia levar a uma repetição sucessiva da apreciação sobre a possibilidade de legalização da obra, pelo que somos de opinião que, salvo nas hipóteses em que o indeferimento do pedido de legalização não teve por base a impossibilidade de a obra vir a satisfazer os requisitos legais ou regulamentares ou foi fundamentado em meras razões de ordem formal (como referido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Janeiro de 1998); ou de alteração superveniente do quadro legal ou regulamentar vigente, a demolição se configura como um acto devido da Administração<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", *Revista do CEDOUA*, n.º 4, 1999, p. 18-19. Note-se, desde logo, que a hipótese equacionada pelos autores que a demolição possa ser evitada em sede de execução de sentença designadamente por a demolição representar um grave prejuízo para o interesse público (serem incomportáveis os custos decorrentes da demolição) e de a Administração invocar causa legítima de inexecução da sentença, terá de ser reequacionada em face da reforma do contencioso, designadamente da possibilidade dos contra-interessados poderem intervir nesta sede (p. 28-29).

<sup>47</sup> Cfr., neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Maio de 2000 e de 12 de Dezembro de 2002. Sobre a distinção entre a ordem de embargo e a ordem de demolição como dois actos com autonomia funcional, ainda que o primeiro previna que o segundo se torne mais gravoso, *vide* Fernanda Paula OLIVEIRA, "Ordem de demolição: acto confirmativo da ordem de embargo", *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 1998, p. 113-126.

<sup>48</sup> Note-se, porém, que, ainda quanto à relação entre legalização e demolição, entendemos que esta última medida deve ser determinada apenas após o termo do primeiro processo, isto é, quando se resolva efectivamente a questão da possibilidade de legalização de obras, sob pena de violação, desde logo, do princípio da propor-

No que diz respeito especificamente à medida de demolição, note-se que esta é uma medida de carácter real uma vez que produz os seus efeitos mesmo face a terceiros alheios à criação da situação que a impõe, i.e. opera independentemente do estatuto dos proprietários da obra a demolir, no momento em que é dada a ordem de demolição, bem como independentemente do título aquisição da mesma. Com base nesta ideia, não procede a oposição a uma ordem de demolição com fundamento no facto de se ser titular de boa fé das obras ou construções ilegais e o desconhecimento da sua ilicitude. Todavia, tanto os proprietários como os ocupantes das edificações são considerados interessados para se pronunciarem em sede de audiência prévia dos interessados, exigida nos termos do artigo 106.º, n.º 3, excepto em relação a ordens que preencham algumas das situações de inexistência ou dispensa previstas no artigo 103.º do Código de Procedimento Administrativo, como refere expressamente o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Outubro de 2004.

#### 4.4. Cessação da utilização

Esta última medida de tutela da legalidade encontra-se prevista no artigo 109.º e liga-se, em termos de importância, à necessidade de apresentação da licença de utilização no momento da celebração das escrituras públicas que envolvam a transmissão da propriedade de prédios urbanos ou de suas fracções autónomas<sup>49</sup>.

Os pressupostos legais para esta cessação referem-se, por um lado, à ausência da licença ou autorização de utilização ou, por outro, às situações em que edifícios ou suas fracções autónomas estejam a ser afectos a fim diverso do previsto no referido alvará (ao que se acresce a hipótese de o edifício carecer dos requisitos legais e regulamentares para acolher uma determinada utilização, mesmo a nosso ver, que haja sido emitida correspondente licença ou autorização de utilização).

Neste caso, quando os ocupantes de tais edifícios ou fracções não cessem a sua utilização indevida no prazo razoável fixado para o efeito, deve ser decretado o despejo administrativo de tal imóvel (agora pela Câmara Municipal), aplicando-se, com adaptações, o disposto no artigo 92.º.

Ainda assim, por concessão a valores ligados à dignidade da pessoa humana e do seu direito à vida, que se encontram intimamente ligados ao direito à habitação de cariz económico-social, os n.os 3 e 4 do artigo 109.º estabelecem regulamentação especial das situações de despejo quando o ocupante mostre, por atestado médico, que a execução do mesmo o põe em risco de vida, por razão de doença aguda. Nestes casos, há um dever administrativo de realojamento, ainda que a expensas do responsável pela utilização indevida do imóvel.

cionalidade. Deste modo, não podemos concordar com a posição sustentada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Dezembro de 2003, segundo a qual a circunstância de correr processo de legalização, a pendência do mesmo não coarcta o município de agir em conformidade com as prescrições do ordenamento urbanístico, designadamente ordenando a demolição de obras que excedem a área de construção autorizada.

<sup>49</sup> Salvo nas situações em que tal apresentação possa ser substituída pela exibição do alvará de licença de construção do imóvel, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho

Note-se que a medida da cessação de utilização tanto pode ser concebida como uma medida transitória ou cautelar (neste caso, à semelhança do embargo) como uma medida de tutela da legalidade definitiva. A primeira situação terá lugar nas hipóteses em que utilização para os fins definidos possa ser assegurada pela emanação da licença ou autorização em falta ou pelo desencadear de um procedimento de alteração de utilização, se tal for admissível à luz do quadro normativo vigente. A segunda hipótese acontecerá nos casos em que essa adequação não seja possível, caso em que a cessação da utilização se converte em medida definitiva (ainda que não impeça a utilização do bem para outras finalidades admitidas pelo ordenamento jurídico urbanístico).

## 5. Regimes excepcionais de legalização

### 5.1. Razão de ser

O regime de legalização nos termos do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação apenas é aplicável, nos termos analisados, se, por seu intermédio, se conseguir assegurar a conformidade da obra com o ordenamento jurídico vigente, mas não nos dá resposta àquelas situações em que um rigoroso respeito pelas mesmas não é, de todo, possível, pelo menos sem alteração do quadro normativo vigente à altura da pretensão de legalização.

Daí que o legislador português tenha criado expressamente alguns regimes excepcionais de legalização, para enquadrar a realidade das áreas cobertas de forma relevante, senão mesmo predominante, por construções ilegais mas relativamente às quais, apesar das insuficiências em termos de espaço exterior urbano, ainda se pode reconhecer alguma qualidade de construção<sup>50</sup>.

Esta realidade começou já a fazer sentir-se nos anos sessenta, como o demonstra o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46673, de 29 de Novembro de 1965 — ao referir o crescendo de actividades especulativas visando o aproveitamento indiscriminado de terrenos para construção urbana que, para além de lesarem os interesses de compradores de boa fé, criam encargos de variada ordem para a Administração —, mas assumiu particular relevo nos anos seguintes à Revolução de 25 de Abril, muito devendo à fragilidade da Administração pública de então e à dificuldade de realojamento dos cidadãos nacionais que regressaram, em massa, das ex-colónias.

E não basta, para evitar estas situações de ilegalidade, como a experiência demonstrou, que se comine uma multa para o incumprimento da exigência de menção da licença em situações que se considerem de loteamento (como fazia o Decreto-Lei n.º 46673, de 1965), uma vez que os benefícios que se retiram da celebração desses negócios compensam, em muito, os prejuízos decorrentes do seu pagamento. Mas, mesmo a exigência de loteamento, sob cominação da nulidade do acto (introduzida pelo Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho),

<sup>50</sup> Estes diplomas de legalização, ressalvadas as necessárias distinções, assemelham-se aos regimes excepcionais de legalização de imigrantes, pois, apesar de se pretender fechar a porta à imigração ilegal, quando esta assume proporções escandalosas, tem sido frequente iniciar procedimentos específicos desta índole que amaciam, mas não resolvem o problema de uma maneira integral.

apesar de ser bastante gravosa em termos de efeitos<sup>51</sup>, não foi suficiente para acautelar as situações de “fraccionamento” físico dos prédios em lotes, na medida em que se começou a generalizar a técnica de parcelamento de prédios rústicos em quintinhos, nos termos admitidos na portaria n.º 202/70, de 21 de Abril, e na alienação de parcelas em avos, que permitiram a constituição de situações complexas de compropriedade<sup>52</sup>.

Para efeitos deste estudo, porém, mais do que estas motivações iniciais que, ainda assim, relevam no sentido de se tomar em consideração não só as condições de precariedade em que tais actos negociais e construções eram feitas, sem o necessário enquadramento urbanístico, mas também as circunstâncias de fragilidade pessoal e familiar que nelas estavam co-envolvidas, interessa estudar os mecanismos que pretendem tornar estas situações periclitantes mais conformes com um ordenamento urbano racional.

### 5.2. Áreas de construção clandestina

O Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março, que regula as áreas de construção clandestina, aplica-se a zonas em que se verifique uma acentuada percentagem de construções efectuadas sem a licença legalmente exigida, incluindo as realizadas em terrenos loteados sem a respectiva licença (artigo 1.º)<sup>53</sup>. Esta delimitação do âmbito de aplicação material do diploma merece, desde logo, críticas, uma vez que não define, pelo menos balizando parâmetros, quais as percentagens consideradas suficientes ou relevantes nem o estatuto de tais áreas em face do disposto nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis, bem como, no artigo final do diploma (artigo 17.º), refere, de maneira algo indeterminada, que não podem ser englobadas as situações constituídas em fraude à exigência legal de licença de loteamento depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril (o que torna muito difícil, após esta data, dilucidar situações passíveis de ser incluídas no âmbito de aplicação deste diploma).

Este diploma prevê três tipos de medidas passíveis de ser aplicadas numa área prenhe de construções clandestinas

1. a sua legalização;
2. a sua manutenção temporária;
3. a sua demolição.

<sup>51</sup> De facto, caso não haja lugar a uma operação de loteamento, também não se poderá conseguir obter a devida licença ou autorização de construção, nem a subsequente licença ou autorização de utilização, o que inviabiliza qualquer acto de compra e venda, arrendamento, *constituição de hipoteca*, obtenção de empréstimos, etc., que se pretenda levar a cabo.

<sup>52</sup> Outras formas de evitar a proliferação destes lotes clandestinos residem na exigência de emissão do alvará de loteamento e sua menção em quaisquer instrumentos notariais e judiciais relativos a esses prédios (artigo 49.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) e na consagração de medidas preventivas conservatórias, como as referidas no artigo 54.º do Regime das Áreas Urbanas de Génese Ilegal. Sobre estas questões cfr. António José RODRIGUES, *Loteamentos Ilegais – Áreas Urbanas de Génese Ilegal* – AUGI, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2002, e Ângela Carvalho FERREIRA, “A adopção de medidas preventivas no âmbito da reconversão urbanística de áreas urbanas de génese ilegal”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 21/22, 2004, p. 57-71.

<sup>53</sup> Apesar da sua diminuta relevância, este diploma ainda continua em vigor pois, para além de não ter sido expressamente revogado, tem um âmbito de aplicação que não se confunde com o diploma que rege as áreas urbanas de génese ilegal, o que é confirmado pelo facto de este último remeter expressamente, no seu artigo 34.º, n.º 1, para os institutos previstos no Decreto-Lei n.º 804/76.

Como não poderia deixar de ser, formula-se uma clara opção pelas medidas de legalização, sobretudo tendo em consideração os interesses privados prementes que para ela apontam (número de construções existentes e a especial protecção devida aos agregados familiares de recursos escassos – n.<sup>º</sup> 4 do artigo 2.<sup>º</sup>), mas também aos interesses públicos que a justificam (montante de encargos e de tempo necessários para a deslocação daquelas pessoas).

No entanto, tal só é possível se estiver assegurado um respeito de *base* dos ditames urbanísticos, desde logo: que esta solução seja aceitável do ponto de vista do ordenamento do território (ainda que possa não configurar a melhor alternativa possível); que seja técnica e economicamente viável a implantação ou melhoramento das infra-estruturas urbanísticas e a instalação de equipamento social indispensável; e que, em significativa percentagem, na área considerada, as construções satisfaçam ou possam vir a satisfazer os requisitos de direito da construção. Saliente-se que estes requisitos de construção são menos exigentes do que os que resultam em termos gerais, encontrando-se fixados na Portaria n.<sup>º</sup> 243/84, de 17 de Abril, aplicável às condições de segurança e habitabilidade dos edifícios clandestinos de habitação susceptível de eventual reabilitação, bem como de edifícios que lhes fiquem contíguos.

O artigo 5.<sup>º</sup> refere que após verificada (*rectius delimitada*) uma zona de construção clandestina, se aplicam as normas relativas às áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, ficando a Administração local investida nos poderes que aí se reconhecem. Esta última é uma figura especificamente destinada à recuperação do parque habitacional quer de centros históricos, ou zonas velhas das cidades, quer de zonas degradadas, cuja situação, de tal modo precária e gravosa, só por intermédio de uma actuação expedita e firme por parte da Administração poderá ser revertida de forma eficaz (artigo 41.<sup>º</sup> do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 794/76, de 5 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 313/80, de 19 de Agosto, doravante Lei dos Solos).

Como efeito directo e imediato da delimitação destas áreas justifica-se a declaração de utilidade pública da expropriação *urgente* dos imóveis que a Administração necessite para a execução dos trabalhos de reconversão; a faculdade daquela tomar posse administrativa de imóveis situados na área, ou como forma de ocupação temporária de terrenos para instalação de infraestruturas ou equipamentos sociais ou como meio de realização das obras de beneficiação ou reparação que revistam carácter urgente; e, se estas não forem possíveis, a demolição de edifícios que apresente carácter de urgência.

A administração poderá ainda, nos termos do artigo 46.<sup>º</sup>, proceder ao despejo administrativo dos prédios a demolir, bem como ao despejo temporário daqueles que careçam de obras que não possam ser realizadas sem a sua desocupação<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Por último, o Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 105/96, de 31 de Julho, converte em automática a faculdade que já se encontrava prevista nos artigos 27.<sup>º</sup> e 28.<sup>º</sup> da Lei dos Solos, uma vez que não se torna necessária a menção expressa da atribuição do direito de preferência à Administração nas transmissões a título oneroso, bastando, para tal, a declaração de área crítica de recuperação e reconversão urbanística.

Segundo o artigo 6.º, compete à Administração a elaboração de um projecto para a urbanização ou reconversão da área de construção clandestina, devendo aquela inscrever os equipamentos sociais e infra-estruturas a implantar, o reordenamento dos lotes, descontando as áreas necessárias para aqueles fins, bem como a comparticipação a assumir pelos proprietários e possuidores das construções existentes na área — o que representa um alargamento do conceito da legitimidade para intervir em processos urbanísticos — e pelos loteadores clandestinos, na parte necessária à eliminação dos prejuízos e inconvenientes causados pelos mesmos. Além disso, este projecto deve inscrever concretas medidas de perequação ao estabelecer, no n.º 3 do artigo 6.º que o reordenamento dos lotes deverá ser, em princípio, proporcional às respectivas superfícies, bem como ao determinar que a comparticipação dos proprietários ou possuidores deve ser considerada socialmente justa (equitativa). Além disso, o artigo 14.º determina que, sempre que possível, a Administração deve facultar aos proprietários de lotes ou construções não susceptíveis de legalização, outros destinados a habitação.

Mais criticável parece ser o disposto nos artigos 9.º e 10.º, na medida em que não se define claramente qual o procedimento a seguir pela Administração. No entanto, parece-nos que este mecanismo deve actualmente ser reconduzido à figura dos planos de pormenor, tanto em moldes materiais como em termos procedimentais, ou a uma operação de loteamento, na modalidade de reparcelamento, de iniciativa municipal, sempre que não se vise alterar os parâmetros urbanísticos aplicáveis e desde que aquela seja precedida de discussão pública, em que se devem recolher e ponderar os interesses relevantes, e de um procedimento de concertação de interesses. De facto, é referido que a Administração deve procurar obter a concordância dos proprietários ou possuidores dos lotes ou construções para a execução do projecto e que estes podem sugerir alterações quanto ao reordenamento ou quanto ao pagamento das comparticipações que podem ser eventualmente aceites pela Administração.

A execução do projecto assim elaborado, poderá ser feita em dois moldes:

1. Em associação da Administração com os proprietários ou possuidores, situação que seguirá, com as necessárias adaptações, o regime da Lei dos Solos. Exige-se, no artigo 10.º, o acordo de parte significativa dos interessados, de forma a tornar viável o projecto, sendo defensável, porém, exigir os limiares previstos na Lei dos Solos: ou o acordo unânime daqueles ou de parte deles nas situações em que os que recusem o acordo não perfaçam 1/3 do conjunto da área e a associação revista interesse público. Os proprietários ou possuidores que não se conformem com o projecto elaborado pela Administração serão objecto de expropriação, ingressando os respectivos direitos na esfera jurídica desta para a qual, intercalarmente, também são transferidos os direitos dos demais interessados. Com esta associação visa-se a realização dos trabalhos de urbanização, o loteamento respectivo e a participação pelos interessados dos lotes; no entanto, a divisão não se faz de acordo com o valor dos lotes detidos anteriormente, mas de acordo com a sua área.
2. Quando não se mostre viável esta associação, a Administração poderá expropriar toda a área ou parte dela, e assim levar a cabo o projecto. Mas também poderá, sem que o

artigo 11.º mostre uma qualquer ordem lógica de preferência, optar pela manutenção temporária da área ou pela demolição de todas as construções clandestinas. Aliás trata-se esta de uma hipótese em que, em face da assunção da totalidade dos encargos pela Administração e do desinteresse dos principais destinatários desta actuação administrativa, a legalização não é expressamente configurada como uma via preferencial relativamente aos instrumentos que se afiguram mais onerosas para estes.

Por seu turno, a manutenção temporária dessas áreas configura uma regulamentação contingente, que desembocará muito provavelmente na demolição final das obras que são inaceitáveis sobre o ponto de vista do ordenamento do território, mas que no interregno não apresentem perigos para os ocupantes ou para o público, nem seja necessária a sua ocupação imediata ou em momento próximo, para a realização de qualquer empreendimento público. Trata-se, verdadeiramente, da prática de um acto precário pelo qual se permite a manutenção provisória de certas obras ou usos, em princípio incompatíveis com os destinos do ordenamento, mas que só quando interfiram efectivamente com a execução do plano serão objecto de demolição. Estes actos, apesar de produzirem efeitos jurídicos externos, possibilitam à Administração que se liberte da regulação assim estabelecida e fixe um outro conteúdo regulador da mesma hipótese, podendo ser revogado sempre que o interesse público justifique a adopção de uma outra solução<sup>55</sup>.

Por último, a demolição surge como o último grau de intervenção da Administração, nos termos do artigo 4.º e de acordo com o princípio constitucional da proporcionalidade.

### 5.3. Áreas urbanas de génesis ilegal

A Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, que estabelece o processo de reconversão das áreas urbanas de génesis ilegal<sup>56</sup> define-as como os prédios ou conjunto de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objecto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção, e que nos respectivos planos municipais de ordenamento do território estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável (artigo 1.º), ou maioritariamente classificado como tal, desde que a área sobrante esteja ocupada maioritariamente com construções destinadas a habitação própria (artigo 5.º).

O legislador, definiu, por um lado, que o âmbito de aplicação espacial-temporal deste diploma abrange os prédios ou conjunto de prédios parcelados (legitimamente) anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46673, de 29 de Novembro de 1965, desde que maioritariamente ocupados por construções não licenciadas e as situações cuja parcelarização em desconformidade com as exigências legais tenha tido lugar até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro.

Para se evitar o prolongamento da indefinição destas situações, o diploma fixou, desde o início, prazos para a delimitação e fixação dos modos de reconversão das áreas

<sup>55</sup> Sobre a caracterização destes actos, cfr. Filipa Urbano CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, cit., p. 24-25.

<sup>56</sup> Com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, e pela Lei n.º 64/2003, de 23 de Agosto. Cfr., sobre esta matéria, António José RODRIGUES, *Loteamentos Ilegalis*, cit., e Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Implicações Registais e Notariais das Normas Urbanística*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 87 a 95.



urbanas de génese ilegal, muito embora as alterações posteriores deste diploma tenham vindo a alargar tais prazos limite. Assim, o artigo 57.º determina que cessa a aplicação desta lei às áreas urbanas de génese ilegal delimitadas que não tiverem uma comissão de fiscalização constituída até 31 de Dezembro de 2004 e título válido de reconversão até 31 de Dezembro de 2007, podendo a Câmara municipal delimitar aquelas e estabelecer a modalidade de reconversão municipal sem apoio da administração conjunta até 30 de Junho de 2005. Deste modo, trata-se de um regime jurídico que, para além de enquadrar situações em que, pelo decurso do tempo, se pode falar esmagadoramente de consolidação de áreas ilegais, tem um âmbito temporal delimitado de aplicação, o que é consonante com a caracterização deste como regime excepcional.

Quanto às áreas que se reconheça insusceptíveis de reconversão urbanística, devem ser elaborados estudos de reafectação ao uso previsto no plano municipal de ordenamento do território até 2007 (artigo 1.º, n.º 7 e 48.º).

A delimitação da área e a modalidade de reconversão a adoptar será definida pelo município, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer interessado (artigo 1.º, n.º 4). Esta delimitação inicial não é inalterável, uma vez que, segundo o n.º 6.º do artigo 1.º, podem ser propostas alterações à mesma<sup>57</sup>.

Apesar desta conformação inicial municipal, a reconversão urbanística e a legalização das construções integradas na área urbana de génese ilegal constituem um dever dos proprietários e comproprietários actuais, tanto em termos de execução das prescrições previstas no título de reconversão — o que evidencia que se trata, também aqui, de actuações de natureza real —, como no que se refere ao financiamento das despesas de reconversão (artigo 3.º)<sup>58</sup>. Isto muito embora possa, em face do interesse público na reconversão e nos termos do artigo 56.º, haver comparticipação nas obras de urbanização em termos a regulamentar, por parte do Estado e Municípios.

O processo de reconversão urbanística pode ser, após a delimitação da área urbana de génese ilegal, prosseguido quer por iniciativa dos proprietários ou comproprietários<sup>59</sup>,

<sup>57</sup> Estes requerimentos, que têm de ser fundamentados, não geram um mero dever de resposta, mas um verdadeiro dever legal de decisão, ainda que o particular não tenha direito a que valha a sua proposta de delimitação ou redelimitação, mas apenas que haja lugar a uma delimitação com consideração dos argumentos que aduz. No entanto, se findo o prazo de 90 dias a Administração não houver decidido o pedido apresentado, considera-se o mesmo deferido.

<sup>58</sup> Note-se que, para assegurar o cumprimento destes encargos, estabelece o n.º 5 um privilégio creditório imobiliário e o n.º 6 a possibilidade de suspensão da ligação às redes de infra-estruturas já em funcionamento que sirvam as construções dos faltosos. Mais, a questão do direito de regresso sobre aqueles a quem o titular do bem o haja adquirido, *maxime* ao “loteador ilegal”, encontra-se a jusante da regulamentação estabelecida por este diploma, de modo a evitar distorções que possam minar a sua eficácia.

<sup>59</sup> Neste âmbito particular, o diploma em questão estabelece um regime especial, que visa assegurar que a administração conjunta das áreas urbanas de génese ilegal, em especial o seu órgão de cariz deliberativo — a assembleia de proprietários ou comproprietários — seja composta por quem efectivamente se comporta como proprietário dos prédios nela integrados. Esta intenção do legislador determina, assim, uma composição particular de tal assembleia, impedindo que os particulares que figuram como proprietários no registo predial mas que assumiram a posição de loteadores ilegais, se possam prevalecer desta sua actuação fraudulenta para dela retirar benefícios. Determina então o artigo 9.º, n.os 1 e 2 do regime jurídico das áreas urbanas de génese ilegal que têm assento na assembleia os proprietários ou comproprietários cujo direito esteja inscrito na conservatória, excepto nas situações em que são substituídos pelos donos das construções erigidas na área, devidamente participadas na matriz e dos promitentes-compradores das parcelas, havendo tradição do bem. Naturalmente que tal implica também um regime especial de legitimidade no plano urbanístico.

como operação de loteamento; quer ainda por iniciativa da câmara municipal, mediante operação de loteamento ou plano de pormenor (artigo 4.º).

Exigível será, porém, que, quando tais projectos não se conformem com os parâmetros urbanísticos em vigor, a reconversão assuma a forma de *plano de pormenor*, uma vez que se trata de um regulamento que, em determinadas circunstâncias, pode introduzir alterações ao plano director municipal ou plano de urbanização aplicáveis. Esta parece ser a solução visada no artigo 6.º, n.os 1 e 2, no que se refere à possibilidade das áreas de cedência, dos índices urbanísticos e das tipologias de ocupação serem diferentes das previstas nos planos municipais de ordenamento do território (ou do regime aplicável ao loteamento<sup>60</sup>), se a sua aplicação estrita inviabilizar a operação de reconversão. Em especial, também o n.º 3 do artigo 31.º refere que, caso seja necessário proceder à alteração do plano municipal, a Câmara pode promover esta alteração conjuntamente com a reconversão num único plano de pormenor.

Nestas hipóteses, a certidão do plano de pormenor pode substituir o alvará de loteamento para efeitos do registo predial. Esta corresponde, conjuntamente com o disposto no artigo 2.º, n.os 9 e 10 do Decreto-Lei n.º 354/93, de 9 de Outubro, que define as regras aplicáveis à Expo 98 — e que prevê que a divisão dos terrenos feita nos planos de pormenor valha como operação de reparcelamento e emparcelamento para todos os efeitos, constituindo título bastante para efeitos de registo predial e de inscrição matricial dos novos prédios — à criação de um regime de excepção ao princípio da não sujeição do plano de pormenor a registo<sup>61</sup>.

No entanto, não é suficiente, para efeitos registais, que haja lugar a este instrumento de reordenação e divisão jurídico urbanística dos solos, uma vez que, após a sua aprovação, outros passos há que se intercalam, quais sejam a divisão jurídico privada da coisa comum, se esta encontrava em compropriedade. Só com esta se determina a abertura da descrição de todos os lotes e das inscrições correspondentes<sup>62</sup>.

Com este diploma estabelece-se, comprehensivelmente, um regime especial de divisão da coisa comum aplicável às áreas urbanas de génese ilegal constituídas em regime de compropriedade, que será feito de acordo com a planta de síntese do plano de pormenor (ou com o alvará de loteamento), como forma de promover a correspondência da sua situação fáctica com a situação jurídica, uma vez que deixa de ser exigido a outorga de todos os comproprietários na escritura notarial de divisão da coisa comum, como é a regra geral dos actos notariais, mas que neste caso se poderia revelar excessivo.

<sup>60</sup> No caso, os parâmetros de dimensionamento decorrentes de forma supletiva da Portaria n.º 1136/2001, de 25 de Setembro, que, contudo, podem ser excedidos ou reduzidos, desde que tal esteja previsto e fundamentado em plano municipal de ordenamento do território. Neste sentido, cfr. *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, CEDOUA/ FDUC/ IGAT, Coimbra, Almedina, 2005, p. 104-110, que corresponde ao relatório final elaborado por um grupo de trabalho do CEDOUA, que integrámos.

<sup>61</sup> Neste sentido, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Implicações Registais e Notariais das Normas Urbanísticas*, cit., p.20 e seguintes.

<sup>62</sup> Tal sucede igualmente nas hipóteses em que a reconversão resulte de loteamento, caso em que a inscrição do alvará não determina, por si, o efeito da divisão fundiária, com a abertura da descrição em todos os lotes, a qual só tem lugar simultaneamente com a inscrição da aquisição (artigo 30.º, n.os 3 e 5 e Parecer da Direcção-Geral de Registos e Notariado de 27 de Março de 2003, proferido no âmbito do Proc. n.º R.P. 151/2002 DSJ-CT, publicado no *Boletim dos Registos e Notariado*, n.º 4/2003, p. 15 a 22).

Como refere o artigo 36.º, os prédios em compropriedade que integrem aquela área podem ser divididos em conformidade com o alvará de loteamento ou a planta de implantação do plano de pormenor, por acordo de uso, sem prejuízo do recurso à divisão por escritura pública — forma exigível para a divisão por intermédio de acordo, pelo que dela não se diferencia<sup>63</sup> — ou por decisão judicial.

A divisão por acordo de uso, que opera por intermédio de deliberação da assembleia de comproprietários, só é possível quando conste do alvará ou da deliberação que aprove o plano que o loteamento corresponde, *na sua essência*, à situação fundiária anterior à sua intervenção, critério este que se encontra no âmbito de apreciação do notário. Caso contrário, dever-se-á lançar mão de uma ação especial de divisão de coisa comum, prevista no artigo 40.º e seguintes, podendo o juiz adjudicar os lotes de acordo com critérios de equidade.

Note-se que, apesar de estes exercícios tenderem para a atribuição de lotes em função da área anteriormente detida pelos proprietários ou comproprietários, nem sempre tal será possível, uma vez que o reordenamento da área e a sua qualificação pode implicar a previsão de zonas verdes e de lazer, arruamentos e outras áreas de âmbito social, podendo tal implicar a diminuição de alguns direitos, que deverão ser objecto de compensação<sup>64</sup>.

Tratando-se de *operação de loteamento de iniciativa municipal*, aplicar-se-á o procedimento específico previsto no artigo 7.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, configurando esta uma das hipóteses em que a iniciativa pública não se confunde com a propriedade pública da área de intervenção mas remete para a noção de interesse público da mesma. Nesta hipótese, de facto, a câmara redefine os limites físicos dos prédios e sua titularidade e desencadeia o registo de tal loteamento incidente em boa parte sobre terrenos particulares, mesmo na ausência de interesse destes na reconversão de tal área, na medida em que visa responder a um interesse público premente.

A *reconversão por iniciativa dos particulares*, prevista nos artigos 17.º-A e seguintes do diploma das áreas urbanas de génese ilegal, implica, inicialmente, a aprovação de uma operação de loteamento.

Ora, nos termos do artigo 18.º, o pedido de loteamento deve ser instruído, designadamente, com a certidão do registo predial referente ao prédio ou prédios abrangidos e com a listagem dos possuidores de cada uma das parcelas em que se subdividiu o loteamento ilegal, com uma planta que evidencie a realidade actual da área com a indicação da repartição do solo emergente do loteamento de génese ilegal e com a planta de síntese do loteamento pretendido. Da conjugação destes elementos, retira-se, nos termos expostos,

<sup>63</sup> A divisão por acordo de uso encontra-se sujeita a escritura, realizada no cartório notarial ou no notário privativo da câmara municipal, sob pena de nulidade (artigo 38.º, n.º 5).

<sup>64</sup> Não resistimos a citar aqui o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Fevereiro de 2005, segundo o qual “a razão de ser do regime excepcional de reconversão de áreas urbanas de génese ilegal foi o de permitir que às pessoas, normalmente de parcos recursos económicos, ver legalizadas as construções que levaram a cabo para a sua edificação, evitando uma demolição que, em termos normais, seria muito provável, e, por outro lado, permitir a construção em parcelas de terreno adquiridas em que, normalmente, essa construção também não seria possível. Essa possibilidade, há-de, assim, de ser encontrada através da ponderação dos vários interesses em jogo, passando pelo acordo dos vários proprietários, através da cedência, voluntária, ou imposta pela viabilidade do processo, naquilo que seja necessário para a obtenção dos padrões urbanísticos (embora especiais – cfr. artigo 25.º da Lei) exigidos”.

a preocupação de articulação da situação jurídica e da realidade fáctica como elementos base para a definição do efectivo cenário da divisão dos prédios integrados na área urbana de génese ilegal em lotes.

A deliberação sobre este pedido de licenciamento deve ser proferida no prazo de 60 dias e só pode ser indeferida caso esteja desconforme com esta lei, com a delimitação da área urbana de génese ilegal ou com o plano municipal em vigor. Caso haja silêncio da Administração, o mesmo equivalerá a deferimento, fixando-se, supletivamente, em três o número de anos em que mantém provisoriamente as construções identificadas para sofrer obras de alteração ou demolição (n.º 5 do artigo 24.º).

O artigo 25.º estabelece o procedimento de pedido de licenciamento de obras de urbanização, só podendo o mesmo ser objecto de indeferimento quando não se conforme com a operação de loteamento aprovado, desrespeite normas legais e regulamentares ou haja manifesta deficiência técnica dos projectos. A falta de deliberação dentro do prazo legalmente fixado gera, também aqui, o deferimento da pretensão apresentada (n.º 7). Desta deliberação deve constar o montante da caução para boa execução das obras e a quota de comparticipação de cada lote nos custos de execução das obras e da caução, nos termos do artigo 26.º.

Segue-se a emissão do alvará de loteamento que, mesmo que nada se diga expressamente deve englobar também a licença das obras de urbanização, na medida em que o artigo 29.º exige que se tenha prestado garantia que só é fixada na licença das obras de urbanização. Neste alvará devem inscrever-se as especificações previstas no artigo 77.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e as menções particulares previstas naquele artigo 29.º.

Estando, nos termos gerais, tal autorização de loteamento sujeita a inscrição na conservatória do registo predial competente, não deixa de estar subordinada, em aspectos atinentes à especificidade da operação de reconversão em curso, a regras registrais particulares.

Neste sentido, para além de, como vimos, o registo do alvará não dar lugar, de imediato, à abertura das novas descrições, que serão abertas quando for requerida a inscrição de aquisição, o artigo 30.º admite rectificações na descrição predial da área do prédio integrado em área urbana de génese ilegal sem necessidade de prévia rectificação do título que serviu de base ao registo (desde que a diferença de área não seja superior a 15%).

Deslocada muito embora no procedimento relativamente às normais fases de audiência e de discussão públicas, apenas em momento posterior à adopção da deliberação da aprovação do projecto de loteamento é que a mesma é tornada pública, admitindo o artigo 28.º a formulação de reclamações à mesma. A decisão destas reclamações ou o decurso do prazo para a sua apresentação produz a suspensão da eficácia da deliberação reclamada, não sendo possível, até lá, emanar um instrumento que titule a operação (neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Setembro de 2003).

*In fine*, a legalização das construções, que será conseguida por via da obtenção da respectiva licença ou autorização, só pode ser feita após a entrada em vigor do instrumento que titule a operação da reconversão, uma vez que é nesse momento que se saberá

quais as construções que podem ser mantidas, mesmo sofrendo algumas alterações, ou que devem ser demolidas. Esta legalização só será possível se se preencherem requisitos mínimos de habitabilidade (atenuados, como decorre do disposto no artigo 46.<sup>º</sup>), sendo o respectivo procedimento, de acordo com o artigo 50.<sup>º</sup>, aligeirado em termos instrutórios, pela possibilidade de dispensa da apresentação dos projectos de especialidades e dos pareceres das entidades que já estejam a fornecer os seus serviços à edificação a realizar, e em termos de aferição do requisito da legitimidade, admitindo-se que o preencha o titular do rendimento de construção inscrita na matriz.

## 6. Legalização através da alteração do quadro de planeamento vigente

Coloca-se agora a questão quanto às demais situações de facto, violadoras de determinações jurídicas, e que se não enquadram nos pressupostos dos regimes normais e excepcionais analisados. À falta de previsão legal expressa que permita a legalização dessas operações urbanísticas, será a demolição a sua consequência necessária?

Nesta hipótese, terá de se indagar, desde logo, qual a possibilidade de utilização dos mecanismos de dinâmica dos *planos municipais de ordenamento do território*, para promover a regularização de situações ilegais.

A este propósito há que considerar vários aspectos: por um lado, a sua admissibilidade; por outro, os modelos possíveis de tal legalização; e, por último, a eventual insuficiência, em face do tipo de enquadramento normativo para uma área territorial determinada, daqueles procedimentos de imputação municipal.

Ora, quanto à primeira questão, é ponto assente que a legalização por intermédio de modificação do quadro de planeamento, se bem que admissível, deve ter-se como excepcional, uma vez que, como é bem notado por alguns autores, inverte a lógica do planeamento urbanístico: de um instrumento de enquadramento das transformações urbanísticas a operar, transforma-se o plano num mecanismo de ratificação das mudanças ocorridas, em regra sem concepção prévia de ordenamento do espaço. De facto, entronca esta possibilidade não na conformação da operação urbanística de génese ilegal com o direito aplicável, mas na alteração deste *i.e.* na aprovação de novos parâmetros urbanísticos, que permitam, num momento posterior, a legalização do edificado<sup>65</sup>.

Assim, só em *situações absolutamente excepcionais* deve a Administração municipal aprovar, alterar ou rever os seus planos com a intenção de, por essa via, “regularizar” situações urbanísticas criadas, em regra, feridas de nulidade, por violação dos instrumentos de planeamento então vigentes. Terá, porém, de se começar a fazer alguma diferenciação entre as situações em que a obra não satisfaz as exigências urbanísticas e aquelas em que a mesma é susceptível de vir a satisfazer tais exigências caso, em função da sua natureza e imperatividade, estas possam vir *razoavelmente* a ser alteradas.

<sup>65</sup> Neste sentido, Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, “O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas”, *cit.*, p. 23-24, bem como *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, *cit.*, p. 63-65.

Mais, é necessário que essa excepcionalidade seja cabalmente fundamentada tendo por base interesses públicos relevantes — ainda que a Administração não possa, nem deva, ser insensível, nesta tarefa aos interesses privados, também eles em regra conflituantes, na ocupação daquele espaço —, sob pena de, sem precedência desta tarefa de ponderação de interesses, se quebrar a regra geral da *inderrogabilidade singular dos regulamentos*, que impede que os planos municipais, como regulamentos administrativos que são, possam ser derrogados numa situação concreta, tendo em consideração apenas as suas características individuais desta<sup>66</sup>.

Concordamos, por isso, como o critério avançado por Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, segundo o qual esta via de legalização de operações urbanísticas apenas pode ser utilizada em situações excepcionais em que estão em jogo preponderantes interesses (de justiça, estabilidade das relações sociais e de salvaguarda do direito à habitação) e em que seja significativo o número de operações realizadas ao abrigo de actos de licenciamento nulos (designadamente, situações em que, numa dada área do plano, a totalidade ou a maior parte das operações urbanísticas foi licenciada em violação das respectivas normas, o que pode inclusivamente indicar que o instrumento de planeamento vigente foi elaborado de forma insensível às dinâmicas urbanísticas, públicas e privadas para o local, situação não tão pouco frequente entre nós, durante a primeira vaga de planificação municipal).

Entender esta possibilidade de legalização por intermédio de instrumento de planeamento como uma faculdade genérica, para além das críticas acima assinaladas, não permitiria compreender sequer o estabelecimento de regimes especiais de legalização como o aplicável às áreas urbanas de génese ilegal se esta regularização pudesse ser efectuada, sempre que não contivesse com demais regras legais e regulamentares, por via da aprovação, alteração ou revisão de um plano.

Como resulta do exposto, as vias de promoção desta legalização podem decorrer da alteração ou revisão de instrumentos de planeamento municipal, bem como da aprovação de planos municipais, normalmente de nível inferior [cumpridos, naturalmente, os requisitos para o efeito previstos no artigo 80.º n.º 3, alíneas d) e e) do RJIGT]<sup>67</sup>.

Por exemplo, pode ser razoável e justificado que, no âmbito dos planos directores municipais, se estabeleça um regime mais benevolente para legalização de edificações existentes (à data da entrada em vigor do plano em causa), em que os índices e parâmetros

<sup>66</sup> Note-se que, nas situações em que os actos sejam nulos por violação do plano vigentes, a alteração das suas normas não transforma, só por si, os actos nulos em actos válidos, já que a validade do acto é determinada segundo a norma vigente ao tempo da sua prática. Tal apenas assim não sucederá, e mesmo assim dependendo do desencadear do respectivo procedimento de legalização, se os planos em causa assumirem uma intenção expressa ou implícita de regularização de situações ilegais existentes, isto é assumirem eficácia retroactiva.

<sup>67</sup> Note-se, porém, que não nos referimos aqui a qualquer alteração sob regime simplificado (nos termos do artigo 97.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial), na medida em que o recurso àquela apenas é possível para alterações que não despontam de quaisquer momentos relevantes de discricionariedade das entidades competentes pela aprovação e modificação do plano pois ou traduzem meros ajustamentos do plano ou resultam de opções urbanísticas e de ordenamento do território que decorrem de outros instrumentos de gestão territorial ou não balem com interesses relevantes dos particulares, permitindo, assim, a dispensa de consulta a outras entidades públicas e a participação dos interessados.

sejam menos apertados do que os aplicáveis para as edificações ocorridas após essa data, mas desde que tal conste de um regime transitório, sob pena de potenciar o arrastamento indefinido destas situações (por exemplo, que o início do procedimento de legalização tenha lugar até dois anos após a entrada em vigor do plano, não sendo tais parâmetros especiais aplicáveis aos procedimentos iniciados subsequentemente).

Pode-se igualmente equacionar a suspensão dos planos municipais vigentes para uma determinada área como um mecanismo que promove a legalização de operações urbanísticas executadas naquela, caso em que os termos de apreciação do pedido de legalização seriam os do ordenamento urbanístico em geral. No entanto, quando se trate de uma suspensão de iniciativa municipal, esta determinará sempre a adopção de medidas preventivas, pelo que a possibilidade de legalização dependerá sempre da sua configuração das mesmas como medidas antecipatórias, isto é, que assumam a evolução do procedimento de revisão do plano como critério para decidir, activamente, sobre o destino de uma específica pretensão urbanística, não comprometendo, deste modo, a continuidade da gestão urbanística para aquela área<sup>68</sup>.

Porém, estes mecanismos de legalização apenas são viáveis nas hipóteses em que os instrumentos de planeamento especial ou os regimes legais de ocupação do solo não vedem a ocupação ou utilização que se pretende ver legalizada, isto é nos casos em que a formulação daquelas opções corresponda a uma verdadeira opção do plano municipal.

Sobre este ponto, porém, há que considerar que, para além de os planos especiais de ordenamento do território também se encontrarem sujeitos aos mecanismos de dinâmica dos planos, também são previstas hipóteses de exceção ou derrogação dos regimes legais de restrição por utilidade pública. Nestes casos, como a fundamentação da adopção das normas inscritas naqueles instrumentos é mais estrita — sendo correspondentemente mais graves as hipóteses da sua violação, senão em termos legais, que comina com nulidade quaisquer das situações enunciadas, pelo menos no que se refere à ponderação dos interesses em jogo<sup>69</sup> — uma vez que se trata, em grande medida, de normas que reconhecem características particulares do solo e da sua localização, apelando para a noção de vinculação situacional do solo, ou que estabelecem especiais regimes de salvaguarda de valores ambientais essenciais, será eventualmente mais difícil proceder à alteração do quadro normativo pretendida.

Admitindo já uma abertura relativamente a estas últimas hipóteses, muito embora apelando para situações em que estaria em causa uma incompatibilidade com o regime legal da Reserva Ecológica Nacional fundada em erros materiais cartográficos na sua delimitação

<sup>68</sup> Sobre esta possibilidade cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, “As medidas cautelares dos planos”, *Revista do CEDOUA*, n.º 10, 2-2002, p. 45-53.

<sup>69</sup> Sobre este ponto cfr. Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, “O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas”, *cit.*, p. 21. De facto, na sequência da análise dos autores, a indiferença das situações geradoras da nulidade no âmbito urbanístico tem sido uma das principais causas da consolidação de situações ilegais e da dificuldade na sua resolução, pelo que é urgente rever o regime das nulidades, prevendo sanções mais leves nas hipóteses em que a violação das regras administrativas não corresponda apenas a uma nulidade por determinação da lei, caso em que o desenho dos próprios mecanismos de reacção contra tais violações permitiria a resolução de grande número de situações ilegais.

e não uma verdadeira opção na desafectação dessas áreas, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Abril de 2003. Neste refere-se que, não sendo os órgãos autárquicos os competentes para decidir sobre a existência ou não de tais erros, deve ser suspenso, nos termos do artigo 31º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, o procedimento de apreciação sobre se deve ou não ser ordenada a demolição, até que seja apreciada aquela questão prévia pois só ela determinará se a incompatibilidade com os instrumentos de planeamento é injustificada e se “há forte probabilidade de que ela possa vir a deixar de existir”.

## 7. Jurisdic平ao de opera珲es urban韘ticas ilegais

Recorremos, neste último momento, a um conceito que se vem firmando como distinto da legalização, mas que permite a atribuição de certos efeitos jurídicos às operações urbanísticas ilegais. Este, pelas vias que apresentaremos, permite que uma realidade que se encontra “fora do direito” possa ser jurisdic平ada, isto é reconhecida, ainda que parcialmente, por aquele.

A este propósito, o Código de Procedimento Administrativo, no seu artigo 134º, n.º 3, admite e que se reconheça a situa珲es de facto decorrentes da prática de actos nulos e que não puderam ser legalizados por nenhuma das vias apontadas precedentemente alguns efeitos jurídicos. Trata-se esta de uma forma de *jurisdic平ao*, que opera apenas verificados certos pressupostos que, por seu turno, dependem de uma apreciação, necessariamente discricionária, por parte da Administração *in casu* municipal, uma vez que é essencialmente do âmbito de actuação desta que nos vimos referindo.

Desde logo, é necessário que tenha sido praticado um acto administrativo ferido de nulidade, logo esta “abertura” normativa apenas se aplica a uma parte das situa珲es *supra* mencionadas de ilegalidade, uma vez que o legislador considerou, a este propósito, que as únicas situa珲es dignas desta tutela excepcionalíssima deveriam ser aquelas em que a intervenção da Administração houvesse sido constitutiva (e sem que a tutela dos interessados que confiaram naquela pudesse ser assegurada razoavelmente por via da eficácia jurídica reconhecida, ainda que de forma limitada, aos actos anuláveis)<sup>70</sup>.

É igualmente exigido que tenha decorrido algum tempo desde a concretização da operação, o suficiente para que se possa afirmar que há interesses atendíveis na consolidação ou na estabilização daquela situação<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Para José Carlos Vieira de ANDRADE, “Validade (do acto administrativo)”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VII, 1996, p. 590 e seguintes, a regra do 134º, n.º 3 serve como forma de temperar a radicalidade das consequências que resultam da total improdutividade do acto nulo, sendo uma manifestação admissível de compressão deste regime legal.

<sup>71</sup> No entanto, não há a este propósito fórmulas mágicas, na medida em que não se aceita a analogia com a usucapião efectuada por Marcelo CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 10<sup>a</sup> Ed., 1980, p. 517. Como bem referem Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, “O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas”, *cit.*, p. 26 e nota de rodapé 27, não é possível essa fundamentação uma vez que este reconhecimento é constitutivo e não vinculado, não adquirindo o particular um direito à tutela da situação nula mas tendo apenas um interesse simples na conservação, que pode ser atendido ou considerado pela autoridade pública competente.



Por último, é igualmente necessário que esta possibilidade seja enquadrada juridicamente, uma vez que apenas é legítimo o recurso à jurisdição se a situação de base houver sido constituída em conformidade com os princípios gerais de direito administrativo, quais sejam o princípio da boa fé, da proteção da confiança, da igualdade, da proporcionalidade e da realização do interesse público<sup>72</sup>.

Tem-se aventado, a este propósito, que é necessário, embora possa não ser suficiente, que o interessado esteja de boa fé, portanto, que não tenha concorrido para a prática do acto ferido de nulidade, sob pena de esta provisão legal não poder ser mobilizada<sup>73</sup>.

Embora concordemos, em princípio, com esta posição, parece que ela pode conduzir, em casos contados, à não prossecução de outros princípios orientadores da actividade administrativa, desde logo a prossecução do interesse público — que, em certas situações, dependendo do tipo de normas violadas, pode apontar, em face de interesses públicos atendíveis, como a garantia do direito à habitação, ou a não destruição de riqueza económica e social, para a manutenção daquelas obras —, bem como de interesses fundamentantes da própria norma legal, que, teve igualmente em consideração as gravosas consequências financeiras que decorreriam para a Administração do desencadear dos efeitos legais de todas as declarações de nulidade de actos por ela praticados.

Deve-se, assim, operar uma concordância prática de todos estes interesses, que podem apontar em sentido inverso ou, pelo menos, não integralmente correspondentes<sup>74</sup>.

Assim sendo, entendemos que o órgão administrativo, competente para licenciar, autorizar ou aprovar aquela actuação urbanística, deve ponderar todos os interesses em jogo que apontem para a manutenção da situação de facto com os interesses que apontem em sentido contrário, tendo sempre como princípio rector o princípio da proporcionalidade, optando, se possível, por vias menos onerosas para os interesses preteridos.

No que se refere aos efeitos jurídicos que podem ser reconhecidos aos actos nulos, assenta a doutrina que a Administração pode certificar os actos de licenciamento, apesar de nulos, permitindo que as operações entrem no trângulo jurídico normal, podendo ainda emanar actos administrativos, desde que estes não impliquem alteração da situação

<sup>72</sup> Sobre este enquadramento, cfr. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., , p. 165.

<sup>73</sup> Neste sentido, vide Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", cit., p. 26, ligando esta possibilidade ao "ambiente de confiança" que a autoridade que praticou o acto que se veio a revelar nulo normalmente proporciona, o que é particularmente visível nos actos de gestão urbanística.

<sup>74</sup> No ordenamento jurídico espanhol, como forma "salomónica" de compatibilizar o imperativo de proteção da legalidade urbanística com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos interessados, estabelece-se um prazo máximo de reacção administrativa (quadriannual que se inicia com a conclusão total das obras), passado o qual a Administração perde a possibilidade de reagir contra o ilícito urbanístico praticado, não podendo sequer iniciar o procedimento de legalização, nem ordenar a demolição. Tal não significa, porém, que o interessado possa considerar a sua obra tacitamente legalizada, nem que tenha direito à manutenção da situação criada, sendo equiparada antes à situação de uma obra que, após a aprovação ou alteração das concepções de planeamento urbanístico, e não *ab initium*, recaia "fora de ordenação". Como se comprehende, não se estabelece prazo quando estas obras ilegais forem implantadas em zonas verdes, solo não urbanizável e espaços livres. Porém, quando se trate de uma infracção grave e manifesta do ordenamento urbanístico, conceitos esses densificados legal e jurisprudencialmente, estabelecem-se normas especiais de proteção da legalidade urbanística, quais sejam o acordo administrativo de suspensão dos efeitos das licenças ou ordens de execução e sua revisão jurisdicional, a revisão em via administrativa da licença ou ordem de execução em questão.

consolidada, designadamente a emissão de licenças de utilização, permitindo, assim, este regime, a conservação “definitiva” e a consolidação jurídica de uma operação urbanística originariamente ilegal”<sup>75</sup>.

No entanto, esta jurisdic平ao apesar de tender para a conserva平o sem data limite de uma situa平o ilegal, podendo, inclusivamente, ser um elemento de relevo a tomar em considera平o numa ulterior hipotese de legaliza平o, designadamente atraves da altera平o do quadro normativo vigente, n平o deixa de promover uma regulamenta平o precária da situa平o ilegal, admitindo, assim, a qualquer momento, desde que tal exercicio de pondera平o de interesses se altere, uma redefini平o da situa平o em causa.

## 8. Notas (in)conclusivas

No termo deste percurso pelo universo das medidas de tutela de legalidade urbanística existentes no ordenamento jurídico português, as conclusões poderiam, naturalmente, ser múltiplas e variadas, em face da dispersão e especificidade dos regimes jurídicos analisados. No entanto, porque aquelas ficariam sempre a dever muito a uma análise detida de cada ponto, limitamo-nos a apontar que, apesar de esta ter sido uma das matérias que mais reflexão doutrinal e, sobretudo, jurisprudencial tem merecido, a evolução na caracterização dos expedientes de legalização padece ainda hoje de sérias insuficiências. Foi nossa intenção, para além de fazer uma resenha das questões que se levantam — ou levantaram — a propósito daqueles mecanismos, chamar a atenção para os novos focos de “conflitualidade” que os mesmos suscitam e que, se já não se centram no correcto entendimento das medidas de tutela da legalidade relativamente a figuras que lhe são próximas, entroncam ainda nos limites da actuação da Administração — e paralelamente ao Juiz —, na concepção e concretização daquelas, sobretudo quando dependentes de uma actuação jurídica de planificação urbanística.



(Dulce Margarida de Jesus Lopes)  
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<sup>75</sup> Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, “O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas”, cit., p. 28. Entendemos que, para além de poder praticar actos que não agravem a situação de ilegalidade em causa a Administração não está igualmente impedida, por maioria de razão, de praticar actos que permitam desaggravar essa situação de ilegalidade.

# **lurisnrudênciâ**



## Avaliação de impactes: que sistema para que problema?

*Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, Processo C-117/02,  
Comissão das Comunidades Europeias contra República Portuguesa.*

### ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

29 de Abril de 2004

«Incumprimento de Estado – Directiva 85/337/CEE – Avaliação do impacto ambiental de certos projectos – Construção de aldeamentos turísticos e de complexos hoteleiros – Não submissão de um projecto de construção de um complexo hoteleiro a uma avaliação dessa natureza»

No processo C-117/02,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Caeiros, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Portuguesa, representada por L. Fernandes, M. Telles Romão e M. João Lois, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

que tem por objecto obter a declaração de que, ao viabilizar a aprovação de um projecto de empreendimento turístico, englobando urbanizações, hotéis e campos de golfe, situado na zona da Ponta do Abano, sem que tenha sido realizada uma avaliação adequada dos seus efeitos ambientais, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6 p. 9),

### O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: A. Rosas (relator), exercendo funções de presidente da Quinta Secção, A. La Perola e S. von Bahr, juízes,

advogado-geral: A. Tizzano,

secretário: R. Grass,

visto o relatório do juiz-relator,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

## **Acórdão**

1. Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 27 de Março de 2002, a Comissão das Comunidades Europeias propôs, nos termos do artigo 226.º CE, uma ação destinada a obter a declaração de que, ao viabilizar a aprovação de um projecto de empreendimento turístico, englobando urbanizações, hotéis e campos de golfe, situado na zona da Ponte do Abano, sem que tenha sido realizada uma avaliação adequada dos seus efeitos ambientais, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente (JO L 175, p. 40; EE 15 F6 p. 9).

### **Enquadramento jurídico**

*Legislação comunitária*

A Directiva 85/337/CEE

2. Nos termos do seu artigo 1.º, n.º 1, a Directiva 85/337 aplica-se à avaliação dos efeitos no ambiente de projectos públicos e privados susceptíveis de terem um impacto considerável no ambiente.

3. Nos termos do n.º 2 da mesma disposição, entende-se por projecto:

«– a realização de obras de construção ou de outras instalações ou obras,

– outras intervenções no meio natural ou na paisagem, incluindo as intervenções destinadas à exploração dos recursos do solo;».

4. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337 prevê:

«Os Estados-Membros tomarão as disposições necessárias para que, antes de concessão da aprovação, os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização, sejam submetidos à avaliação dos seus efeitos. Estes projectos são definidos no artigo 4.º»

5. O artigo 4.º da Directiva 85/337 dispõe:

«1. Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 2.º, os projectos que pertencem às categorias enumeradas no anexo I são submetidos a uma avaliação, nos termos dos artigos 5.º a 10.º

2. Os projectos pertencentes às categorias enumeradas no anexo II são submetidos a uma avaliação nos termos dos artigos 5.º a 10.º, sempre que os Estados-Membros considerarem que as suas características assim o exigem.

Para este fim, os Estados-Membros podem nomeadamente especificar determinados tipos de projectos a submeter a uma avaliação ou fixar critérios e/ou limiares a reter para poderem, de entre os projectos pertencentes às categorias enumeradas no anexo II, determinar quais os que devem ser submetidos a uma avaliação nos termos dos artigos 5.º a 10.º»

6. O anexo II da Directiva 85/337, relativo aos projectos referidos no artigo 4.º, n.º 2, da mesma directiva, indica na alínea a) do seu ponto 11, intitulado «Outros projectos»:

«Aldeias de férias, complexos hoteleiros».



7. No essencial, o artigo 5.º da Directiva 85/337 precisa quais as informações mínimas que o dono da obra deve fornecer. O artigo 6.º impõe aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para que as autoridades e o público a quem o projecto possa interessar sejam informados e possam exprimir a sua opinião antes de o projecto ser iniciado. O artigo 8.º impõe às autoridades competentes que tomem em consideração as informações reunidas nos termos dos artigos 5.º e 6.º. O artigo 9.º institui a obrigação de as autoridades competentes informarem o público da decisão tomada e das condições que eventualmente a acompanhem.

8. A Directiva 85/337 prevê, no seu artigo 12.º, que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para lhe darem cumprimento no prazo de três anos a contar da sua notificação. A directiva foi notificada aos Estados-Membros em 3 de Julho de 1985.

9. A Directiva 85/337 foi alterada pela Directiva 97/11/CE do Conselho, de 3 de Março de 1997 (JO L 73, p. 5), cujo artigo 3.º, n.º 1, prevê que a transposição seja efectuada o mais tardar em 14 de Março de 1999.

#### A Directiva 92/43/CEE

10. O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/43/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1992, relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens (JO L 206, p. 7), prevê a constituição de uma rede ecológica europeia de zonas especiais de preservação, denominada «Natura 2000», formada por sítios que alojam tipos de habitats naturais que constam do anexo I dessa directiva e habitats das espécies que constam do anexo II. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, da mesma directiva, nos três anos subsequentes à notificação da directiva, cada Estado-Membro enviará à Comissão uma lista dos sítios que designa como zonas especiais de conservação na acepção da directiva.

11. O artigo 6.º, n.º 3, primeiro período, da Directiva 92/43 prevê:

«Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo.»

12. Nos termos do artigo 23.º, n.º 1, da mesma directiva, os Estados-Membros deviam transpô-la no prazo de dois anos a contar da sua notificação.

#### Legislação nacional

13. A Directiva 85/337 foi transposta para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho (*Diário da República*, I série, n.º 130, de 6 de Junho de 1990, p. 2462).

14. O Parque Natural de Sintra-Cascais, onde está situada a zona da Ponta do Abano, foi criado pelo Decreto Regulamentar n.º 8/94, de 11 de Março (*Diário da República*, I série-B, n.º 59, de 11 de Março de 1994, p. 1226).

15. O Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais foi aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 9/94, adoptado igualmente em 11 de Março (*Diário da República*, I série-B, n.º 59, de 11 de Março de 1994, p. 1228).

16. Em 18 de Abril de 1996, na sequência de um parecer favorável da comissão directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais, a Direcção-Geral do Turismo aprovou a localização de um empreendimento turístico na zona da Ponta do Abano.

17. Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 142/97, de 28 de Agosto, as zonas do Cabo Raso e da Ponta do Abano foram incluídas no sítio de Sintra-Cascais, nos termos do Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto, que transpõe para o direito português a Directiva 92/43.

18. Tal como resulta do parecer fundamentado, a Câmara Municipal de Cascais publicou, em 9 de Março de 1998, o alvará de autorização da execução do projecto.

**Fase pré-contenciosa**

19. Por ofício de 4 de Janeiro de 2000, a Comissão chamou a atenção das autoridades portuguesas para uma reclamação que lhe fora dirigida, respeitante ao projecto de construção de urbanizações no interior do sítio de importância comunitária de Sintra-Cascais, mais precisamente nas zonas do Cabo Raso e da Ponta do Abano. Nesse ofício, a Comissão recordou que certos projectos susceptíveis de afectar de forma significativa um sítio de importância comunitária deviam obrigatoriamente ser submetidos a uma avaliação adequada de impacto ambiental, em conformidade com a Directiva 92/43. A Comissão pediu às autoridades portuguesas que lhe transmitissem as suas observações no prazo de dois meses.

20. Não tendo recebido qualquer resposta ao referido ofício, a Comissão enviou às autoridades portuguesas, em 4 de Abril de 2000, uma notificação para cumprir, nos termos do artigo 226.º CE, onde concluiu que, ao viabilizar a aprovação, em 1998, de dois projectos de empreendimentos turísticos, englobando urbanizações, hotéis e campos de golfe, situados no interior de uma zona que faz parte da lista nacional de sítios e que deveria ter sido proposta como sítio de importância comunitária na rede Natura 2000, sem que se tenha realizado uma avaliação adequada dos seus efeitos ambientais, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.os 2, 3 e 4, da Directiva 92/43 e, a título subsidiário, do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337.

21. Nomeadamente, alega que, mesmo que a avaliação de impacto ambiental não tivesse sido efectuada nos termos da Directiva 92/43, deveria tê-lo sido por força da Directiva 85/337. Apesar de os projectos em causa estarem mencionados no anexo II da Directiva 85/337, as autoridades portuguesas tinham ultrapassado a margem de apreciação que o artigo 4.º, n.º 2, desta directiva lhes reconhece, mas que, como o Tribunal de Justiça confirmou, está limitada pelo artigo 2.º, n.º 1, da mesma directiva (v., nesse sentido, acórdão de 21 de Setembro de 1999, Comissão/Irlanda, C-392/96, Colect., p. I-5901, n.º 64). Segundo a Comissão, não existem dúvidas de que os projectos produziriam um impacto significativo no ambiente, já que as zonas em causa incluíam tipos de habitats mencionados no anexo I da Directiva 92/43 e espécies referidas no anexo II da mesma directiva.

22. O Governo português foi convidado a apresentar as suas observações no prazo de dois meses a contar da recepção da notificação.

23. Por ofício de 30 de Março de 2000, recebido em 7 de Abril seguinte, as autoridades portuguesas comunicaram a sua resposta ao ofício de 4 de Janeiro de 2000 da Comissão.

24. Nesse ofício, as autoridades portuguesas forneceram as referências da legislação e das decisões administrativas pertinentes. Referiram que nenhum projecto havia sido aprovado para a zona do Cabo Raso. No que respeita ao projecto da Ponta do Abano, sublinharam que a sua localização fora decidida muito antes da aprovação da lista oficial dos sítios efectuada nos termos da Directiva 92/43.

25. As autoridades portuguesas reconheceram que o Decreto-Lei n.º 186/90, que transpõe a Directiva 85/337 para o direito nacional, estava em vigor aquando da aprovação do projecto. Contudo, segundo elas, os aldeamentos turísticos previstos para a zona da Ponta do Abano não preenchiam, pela sua dimensão, os requisitos legais que tornavam exigível a realização de uma avaliação do impacto ambiental.

26. Além disso, informaram a Comissão de que, pouco tempo antes, haviam decidido rever e suspender de imediato o Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, nas áreas preferenciais para turismo e recreio, e tomar medidas preventivas que proibiam, com efeitos imediatos, a construção de novos empreendimentos nessas áreas, incluindo na zona do Cabo Raso.

27. Por ofício de 14 de Junho de 2000, as autoridades portuguesas responderam à notificação

para cumprir de 4 de Abril de 2000, observando que a Comissão emitira essa notificação sem ter tido conhecimento do ofício de 30 de Março de 2000, o que justificava que, após análise das respostas fornecidas, a Comissão arquivasse o processo ou reiniciasse o procedimento pré-contencioso previsto no artigo 226.º CE.

28. Recordaram os elementos contidos no seu ofício precedente, salientando a sua estranheza relativamente às diversas referências à Directiva 92/43, quando a localização do projecto de construção havia sido autorizada em 1996 – e não em 1998, como afirmava erradamente a Comissão – com base no Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, isto é, antes da aprovação da lista dos sítios, nos termos da Directiva 92/43.

29. Sustentaram que, não sendo o regime jurídico da rede Natura 2000 aplicável quando a decisão sobre a localização do empreendimento turístico da Ponta do Abano foi tomada, o projecto apenas devia ser sujeito a uma avaliação do impacto ambiental se essa obrigação decorresse do Decreto-Lei n.º 186/90, que transpõe a Directiva 85/337. Ora, tal não era o caso, como resultava das explicações fornecidas no ofício de 30 de Março de 2000.

30. Por considerar insatisfatórias as respostas fornecidas pelo Governo português, a Comissão emitiu, em 25 de Julho de 2000, um parecer fundamentado que concluía, a título principal, por um incumprimento da Directiva 92/43 e, a título subsidiário, por um incumprimento da Directiva 85/337 e que fixava à República Portuguesa o prazo de dois meses para adoptar as medidas necessárias para lhe dar cumprimento.

31. No que respeita à margem de apreciação prevista no artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337, a Comissão repetiu que, no caso vertente, a mesma havia sido ultrapassada. Efectivamente, não existiam dúvidas de que os projectos produziriam um impacto significativo no ambiente, uma vez que as áreas em causa incluíam tipos de habitats mencionados no anexo I da Directiva 92/43 e espécies referidas no anexo II da mesma directiva.

32. A Comissão refutou o argumento das autoridades portuguesas segundo o qual a Directiva 92/43 não era aplicável quando foi tomada a decisão de localização do empreendimento. A este respeito, referiu que, de acordo com a legislação portuguesa, o licenciamento de projectos urbanísticos é da competência da autoridade municipal. No caso vertente, a Câmara Municipal de Cascais publicara o alvará de autorização da execução do projecto em 9 de Março de 1998, isto é, após a inclusão, em 1997, do sítio de Sintra-Cascais na lista dos sítios elaborada nos termos da Directiva 92/43.

33. A Comissão voltou a concluir que a República Portuguesa, ao viabilizar a aprovação de um empreendimento turístico, englobando urbanizações, hotéis e campos de golfe, situado na zona da Ponta do Abano, ou seja, numa zona que figura na lista nacional dos sítios e que deveria ter sido proposta como sítio de importância comunitária a integrar na rede Natura 2000, sem que tenha sido realizada uma avaliação adequada das suas incidências ambientais, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 6.º, n.os 2, 3 e 4, da Directiva 92/43 e, a título subsidiário, do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337.

34. Por ofício de 29 de Setembro de 2000, o Governo português pediu uma prorrogação de dois meses do prazo fixado pela Comissão para responder ao parecer fundamentado.

35. Por ofício de 20 de Novembro de 2000, o Governo português transmitiu a sua resposta ao parecer fundamentado. Esse governo registou o facto de o mesmo parecer já não fazer referência ao empreendimento turístico de Cabo Raso.

36. No que toca ao projecto na zona da Ponta do Abano, as autoridades portuguesas começaram por reafirmar que a Directiva 92/43 não era aplicável aquando da autorização do projecto. Precisaram a esse respeito que os empreendimentos turísticos estão sujeitos a uma legislação especial que confere à Administração Central, no caso concreto a Direcção-Geral do Turismo, competência

para decidir da localização desses empreendimentos. A competência da autoridade municipal está cingida ao licenciamento das obras de infra-estruturas e, posteriormente, das obras de construção, sempre dentro dos limites da localização aprovada pela Administração Central.

37. Alegam que a Comissão faz uma interpretação errada da legislação portuguesa na matéria. A decisão a tomar em consideração para avaliar a necessidade de um estudo do impacto ambiental é a decisão de aprovação da localização do empreendimento, tomada em 1996, isto é, antes da inscrição do sítio de Sintra-Cascais na lista nacional de sítios de importância comunitária, nos termos da Directiva 92/43.

38. Quanto ao incumprimento da Directiva 85/337, as autoridades portuguesas alegam que a acusação da Comissão assenta num único argumento: que os limites da discricionariedade reconhecida aos Estados-Membros pelo artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337 foram ultrapassados, pois não existiam nenhuma dúvidas de que os projectos produziriam um impacto significativo no ambiente, já que a área por eles abrangidas incluía tipos de habitats mencionados no anexo I da Directiva 92/43 e espécies referidas no anexo II da mesma directiva.

39. As autoridades portuguesas refutaram esta interpretação por duas razões. Alegaram, em primeiro lugar, que a fiscalização da utilização, pelos Estados-Membros, da margem de apreciação que lhes é conferida pelo artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337 só pode ser efectuada em sede de controlo da transposição da directiva. Não se pode, pois, pôr em causa a decisão tomada, em 1996 a propósito da Ponta do Abano, no respeito de uma transposição não contestada nesse aspecto, sob pena de total insegurança jurídica para a Administração Pública e para os cidadãos, sujeitos à incerteza de um quadro jurídico permanentemente ameaçado por uma subsequente fiscalização casuística pelas instâncias comunitárias.

40. Por outro lado, as autoridades portuguesas sublinharam que justificar a declaração de um incumprimento da Directiva 85/337 pelo facto de o projecto da Ponta do Abano ameaçar valores protegidos pela Directiva 92/43 equivale a aplicar esta directiva com efeitos retroactivos. Segundo aquelas autoridades, a Directiva 92/43 e a lista nacional de sítios elaborada posteriormente não podem ser invocadas para definir as regras processuais aplicáveis no momento da tomada da decisão relativa à zona da Ponta do Abano.

41. Por último, as autoridades portuguesas recordaram que, de qualquer modo, os empreendimentos turísticos figuram apenas no anexo II da Directiva 85/337, pelo que a não avaliação do respectivo impacto ambiental não pode consubstanciar uma violação do direito comunitário.

## Quanto à admissibilidade

### *Argumentação das partes*

42. Na contestação, a República Portuguesa alega que a acção não é admissível porquanto a Comissão alterou o objecto do litígio relativamente à fase pré-contenciosa. Com efeito, embora o parecer fundamentado refira, a título principal, um incumprimento da Directiva 92/43 e, a título subsidiário, um incumprimento da Directiva 85/337, a petição apenas refere o incumprimento da Directiva 85/337. Houve alteração, e não apenas redução, do objecto do litígio, uma vez que o centro do debate foi deslocado.

43. A República Portuguesa sustenta que a Comissão podia ter precisado o incumprimento reprimido aquando da emissão do parecer fundamentado, pois as autoridades portuguesas já haviam apresentado os argumentos que justificaram a retirada da acusação de incumprimento da Directiva 92/43 antes da emissão desse parecer, nomeadamente por ofícios de 30 de Março e 14 de Junho de 2000.



44. Recorda, por outro lado, que a Comissão sempre invocou o incumprimento da Directiva 85/337 a título subsidiário e no pressuposto único de que o projecto produziria um impacto significativo no ambiente, uma vez que a área em causa abrange tipos de habitats e espécies mencionados nos anexos I e II da Directiva 92/43. Neste contexto, a República Portuguesa centrou a sua argumentação na análise da acusação imputada a título principal. Consequentemente, ao alterar a acusação na petição, a Comissão deslocou o centro do debate para a questão do incumprimento da Directiva 85/337 e as autoridades portuguesas não tiveram a possibilidade de expor a sua defesa relativamente a esta acusação.

45. Segundo a República Portuguesa, a Comissão suscita na petição novos argumentos, não formulados na fase pré-contenciosa, para justificar a declaração do incumprimento da Directiva 85/337. Assim, a Comissão sustentou, nomeadamente, que as autoridades portuguesas consideraram os limiares estabelecidos pela legislação nacional como limiares absolutos, sem terem analisado a possibilidade da existência de um impacto significativo no ambiente, ligado à natureza, às dimensões e à localização do projecto.

46. Quanto a este último aspecto, a República Portuguesa alega que a Comissão deveria ter tido em consideração as respostas dadas pelas autoridades portuguesas ou emitir um parecer fundamentado complementar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, dando assim à República Portuguesa a possibilidade de apresentar a sua defesa relativamente ao alegado incumprimento da Directiva 85/337.

47. Considera, além disso, que a Comissão violou o seu direito de defesa, pois nunca pôs em causa de forma clara e directa, na fase pré-contenciosa, a aplicação da legislação nacional ao caso vertente. Em particular, a Comissão nunca explicou por que motivo a avaliação efectuada pelas autoridades portuguesas para verificar a existência ou não de impactos significativos, através da aplicação da legislação nacional, não foi correcta.

48. A Comissão contesta, na réplica, a questão prévia de admissibilidade suscitada pelo Governo português.

49. Sustenta que teve em conta as respostas do Governo português ao seu ofício de 4 de Janeiro de 2000 e à notificação para cumprir do mesmo dia. Segundo a Comissão, foi só devido às precisões feitas na resposta ao parecer fundamentado que as autoridades portuguesas forneceram indicações que lhe permitiram abandonar a acusação de incumprimento da Directiva 92/43, ao explicarem, mais particularmente, o alcance limitado da decisão de autorização das obras adoptada em 1998 relativamente à decisão de aprovação da localização do empreendimento, adoptada em 1996.

50. O facto de a acusação de incumprimento da Directiva 85/337 ter sido formulada, na fase pré-contenciosa, apenas a título subsidiário relativamente à acusação de incumprimento da Directiva 92/43 não impede a Comissão de manter unicamente aquela acusação na petição. Trata-se de uma redução do objecto do litígio e não da sua alteração.

51. A esse respeito, a Comissão contesta ter invocado, na fase pré-contenciosa, um argumento único, assente na Directiva 92/43. Segundo ela, tanto a redacção da notificação para cumprir como o parecer fundamentado continham uma exposição clara da argumentação justificativa da avaliação do impacto ambiental do projecto à luz das disposições pertinentes da Directiva 85/337, independentemente das considerações atinentes à Directiva 92/43. As afirmações formuladas pelas autoridades portuguesas no âmbito da fase pré-contenciosa revelavam que as mesmas autoridades tinham compreendido bem a argumentação da Comissão a esse respeito.

#### *Apreciação do Tribunal*

52. Há que referir que a fase pré-contenciosa não se desenrolou em condições que permitam um esclarecimento rápido das acusações feitas pela Comissão e dos fundamentos de defesa apre-

sentados pela República Portuguesa. Com efeito, por um lado, as acusações estavam formuladas de forma pouco precisa no ofício da Comissão de 4 de Janeiro de 2000 e, por outro, a resposta tardia das autoridades portuguesas a esse ofício não permitiu que a Comissão tomasse em consideração, na notificação para cumprir de 4 de Abril de 2000, certas resposta a essas acusações.

53. Elementos desta natureza não são, porém, susceptíveis de pôr em causa a admissibilidade da acção. Efectivamente, cabe recordar que a fase pré-contenciosa tem por objectivo dar ao Estado-Membro em causa a possibilidade de, por um lado, dar cumprimento às obrigações decorrentes do direito comunitário e, por outro, apresentar utilmente os seus fundamentos de defesa a respeito das acusações formuladas pela Comissão (acórdão Comissão/Irlânda, já referido, n.º 51).

54. No caso vertente, a Comissão teve oportunidade de formular as acusações imputadas à República Portuguesa e esta teve ocasião de apresentar as observações que entendeu serem pertinentes. Neste sentido, a fase pré-contenciosa atingiu o seu objectivo.

55. O fundamento de inadmissibilidade suscitado pela República Portuguesa baseado no facto de a Directiva 85/337 só ter sido mencionada a título subsidiário na fase pré-contenciosa, quando a acusação assente nesta directiva constitui a única acusação de incumprimento e o centro dos debates, não pode ser acolhido. Basta observar que a referida acusação fazia efectivamente parte das acusações mencionadas na notificação para cumprir e no parecer fundamentado, estando aí exposta de forma sintética mas suficiente. O carácter subsidiário da referida acusação em nada impedia a República Portuguesa de apresentar as suas observações a respeito da mesma.

56. Quanto à alegada falta de explicações da Comissão a propósito da violação, pelas autoridades portuguesas, da Directiva 85/337 aquando da aprovação de um projecto de empreendimento turístico na zona da Ponta do Abano, deve ser examinada juntamente com o mérito da acção.

## Quanto ao mérito

### *Argumentação das partes*

57. Na petição, a Comissão contesta a tese da República Portuguesa, expressa na fase pré-contenciosa, segundo a qual só é pertinente fiscalizar a margem de apreciação deixada aos Estados-Membros em sede de controlo da correcta transposição de uma directiva. Recorda a jurisprudência do Tribunal de Justiça a este respeito (acórdãos de 24 de Outubro de 1996, Kraaijeveld e o., C-72/95, Colect., p. I-5403, n.os 49 e 50; de 16 de Setembro de 1999, WWF e o., C-435/97, Colect., p. I-5613, n.º 44, e Comissão/Irlânda, já referido, n.º 64). Conclui que a transposição correcta das normas dos artigos 2.º, n.º 1, e 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337 não pode ser validamente invocada pela República Portuguesa para subtrair à obrigação de avaliação prevista no referido artigo 2.º, n.º 1, um projecto específico que, tal como o projecto relativo aos empreendimentos realizados na zona da Ponta do Abano, não obstante pertencer às categorias previstas no anexo II desta directiva, pode ter um impacto significativo no ambiente em virtude da sua natureza, dimensão ou localização.

58. A Comissão contesta que a avaliação do impacto ambiental de um projecto possa produzir uma «insegurança jurídica para a Administração Pública e para os cidadãos, sujeitos à incerteza de um quadro jurídico permanentemente ameaçado por uma subsequente fiscalização casuística pelas instâncias comunitárias». Começa por recordar que a acção por incumprimento permite determinar o alcance exacto das obrigações dos Estados-Membros em caso de divergências de interpretação.

59. Seguidamente, sublinha que, face a um projecto do tipo dos mencionados no anexo II da Directiva 85/337, mas que não preencha os critérios ou que não atinja os limiares fixados pela legislação nacional, as autoridades nacionais devem, tendo em conta a natureza, dimensão ou localização

do projecto, examinar concretamente a eventualidade de um impacto significativo no ambiente que justifique uma avaliação dos seus efeitos, em aplicação das disposições da Directiva 85/337.

60. Por fim, a Comissão recorda que, enquanto não tiver sido proferida decisão administrativa de autorização dos projectos apresentados, não existem direitos adquiridos para os donos da obra (conclusões apresentadas pelo advogado-geral J. Mischo, no processo que deu origem ao acórdão de 21 de Janeiro de 1999, Comissão/Portugal, C-150/97, Colect., p. I-259, n.º 22).

61. Tendo em conta a jurisprudência evocada, a Comissão entende que não é suficiente afirmar, como fizeram as autoridades portuguesas, que o projecto em causa não preenchia, pela sua dimensão, os requisitos legais que tornavam exigível uma avaliação do impacto ambiental. Alega que, pelo contrário, os Decretos Regulamentares n.ºs 8/94 e 9/94 descrevem o Parque Natural de Sintra-Cascais, onde está incluída a zona da Ponta do Abano, como um território:

- onde existem valores naturais de incontestável interesse que não podem deixar de constituir património nacional ou mesmo universal;
- que é uma zona de grande sensibilidade.

62. A Comissão conclui que, face a estas circunstâncias, mesmo que o projecto não atinja a dimensão prevista pela legislação nacional, as autoridades portuguesas deveriam ter procedido a uma avaliação do seu impacto ambiental antes de tomar uma decisão relativamente à aprovação da respectiva localização.

63. Na contestação, a República Portuguesa considera que a decisão de aprovação da localização do projecto não violou os termos da Directiva 85/337.

64. Efectivamente, as autoridades portuguesas tinham procedido à análise do eventual impacto significativo no ambiente, em conformidade com as prescrições do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337. Esta análise foi feita a dois níveis, através da apreciação:

- da natureza e da localização do projecto, à luz da legislação nacional que transpõe a Directiva 85/337, e
- da natureza, da dimensão e da localização do projecto, através da verificação da sua compatibilidade com o Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, isto é, o Decreto Regulamentar n.º 9/94.

65. A República Portuguesa precisa que a legislação nacional que procedeu à transposição da Directiva 85/337 definiu dois critérios de sujeição dos projectos de empreendimentos turísticos ao procedimento de avaliação do impacto ambiental, a saber, que os mesmos não sejam previstos no âmbito dos instrumentos de ordenamento do território e que apresentem determinadas características (dimensão ou índice de ocupação). Uma vez que o projecto se situa numa zona definida pelo Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais como preferencial para o turismo, as autoridades portuguesas estavam na posse de elementos que lhes permitiam concluir que, embora localizado numa zona de grande valor ambiental, o projecto não era susceptível de produzir efeitos ambientais significativos ligados à sua natureza e à sua localização.

66. A República Portuguesa explica que o Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais foi precedido de um plano de macrozonamento do território, em vigor de 1981 até 1994, e que estes dois planos foram, por sua vez, precedidos de inúmeros estudos de caracterização do património natural e de debates públicos bastante alargados que envolveram não só a sociedade civil e organizações não governamentais mas também várias instituições universitárias e diversos organismos públicos.

67. O Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais compreendia áreas prioritárias para a conservação da natureza, áreas de ambiente rural, áreas de ambiente urbano e áreas preferenciais para turismo e recreio. A República Portuguesa observa que os valores naturais importantes,

incluindo os que vieram a ser identificados pelas autoridades portuguesas como integrando espécies e habitats referidos nos anexos da Directiva 92/43, ficaram devidamente acautelados através da classificação das zonas com essas espécies e esses habitats como áreas prioritárias para a conservação da natureza, definidas no plano de ordenamento. Este plano é um instrumento adequado de gestão dos valores de conservação visados pela criação do Parque Natural de Sintra-Cascais. A aprovação do projecto pelas autoridades portuguesas devia ser apreciada à luz destes valores.

68. A área preferencial para turismo e recreio, onde os aldeamentos turísticos vão ser construídos, foi devidamente caracterizada do ponto de vista do património natural. Trata-se de uma área maioritariamente revestida por comunidades vegetais secundárias, degradadas e estruturalmente simplificadas, constituídas por arbustos mediterrâneos resultantes de regeneração natural de outras comunidades mais evoluídas, previamente destruídas por incêndios sucessivos ocorridos em épocas anteriores, bem como por pequenas manchas residuais de eucalipto, pinheiro bravo, pinheiro manso e pinheiro de alepo.

69. As autoridades portuguesas verificaram, deste modo, a compatibilidade do projecto com as especificações impostas pelo referido plano de ordenamento, nomeadamente através da obediência a critérios de qualidade ambiental, paisagística e arquitectónica e a conformidade com os parâmetros definidos para a sua dimensão e os seus índices de ocupação, de acordo com o artigo 21.º do Decreto Regulamentar n.º 9/94, que aprovou o plano de ordenamento. Só após o parecer favorável da comissão directiva do Parque Natural, que verificou que o projecto cumpria os critérios de qualidade ambiental, paisagística e arquitectónica, é que o mesmo foi autorizado, nos termos prescritos pelos artigos 20.º e 4.º do Decreto Regulamentar n.º 9/94.

70. A República Portuguesa contesta, portanto, a tese da Comissão segundo a qual o projecto teria necessariamente impactos significativos no ambiente pelo simples facto de se encontrar localizado no Parque Natural de Sintra-Cascais. Sublinha que a sensibilidade da zona de localização, bem como a natureza e a dimensão do projecto foram tomadas devidamente em conta. Consequentemente, as autoridades portuguesas não faltaram ao cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força da Directiva 85/337, pois procederam a um exame concreto do projecto quanto ao seu eventual impacto significativo no ambiente, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, desta directiva.

71. Na réplica, a Comissão considera que os esclarecimentos fornecidos pelo Governo português na contestação confirmam que as autoridades portuguesas não procederam concretamente a uma avaliação, tendo-se limitado a verificar se o projecto preenchia os requisitos previstos na legislação nacional. Pelos fundamentos expostos na petição e recordando a jurisprudência do Tribunal de Justiça, considera o incumprimento provado.

72. Os esclarecimentos fornecidos pelo Governo português reforçam a posição da Comissão. Assim, o facto de um projecto estar localizado numa área definida pela legislação nacional como «preferencial para o turismo» não pode garantir que, num caso concreto, esse projecto não terá um impacto significativo no ambiente. Por outro lado, as informações fornecidas revelavam que o projecto em causa se situa numa zona de grande sensibilidade, onde, no mínimo, a flora se encontra já degradada, o que reforça a convicção da Comissão de que era necessário proceder a um estudo do impacto ambiental.

73. Por último, a Comissão observa que o argumento de que o Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais constitui um instrumento adequado de gestão dos valores de conservação visados pela criação deste parque é inconciliável com a informação fornecida pelas autoridades portuguesas no seu ofício de 30 de Março de 2000, segundo a qual havia sido decidido rever e suspender de imediato esse plano de ordenamento e proibir a construção de novos empreendimentos nas áreas preferenciais para turismo e recreio.

74. Na réplica, a República Portuguesa observa que a Comissão parece confundir a zona da Ponta do Abano, para onde os projectos foram aprovados, com o Parque Natural de Sintra-Cascais.

Este último sempre foi bastante povoado e integra áreas urbanas, rurais e de lazer, a par de zonas de elevado valor ambiental.

75. O reconhecimento, pelas autoridades portuguesas, dos valores ambientais presentes no Parque Natural de Sintra-Cascais não está em causa no presente processo. Este argumento constitui, porém, o único invocado pela Comissão para fundamentar a sua acção por incumprimento.

76. Face aos argumentos apresentados pela Comissão na réplica, a República Portuguesa sustenta que a Comissão não interpreta correctamente a Directiva 85/337. Com efeito, confunde o procedimento de avaliação previsto nos artigos 5.º a 10.º dessa directiva com a avaliação da existência ou não de impactos significativos no ambiente, operação do tipo «simple screening» que precede um eventual procedimento formal de avaliação. Esta verificação prévia foi realizada, no caso concreto, através da ponderação da natureza, da dimensão e da localização do projecto, aquando da análise da sua compatibilidade no âmbito do plano de ordenamento, e confirmada pelo parecer favorável da comissão directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais, indispensável para a aprovação da sua localização segundo o regime previsto no Decreto Regulamentar n.º 9/94. É, portanto, inexacto afirmar que «o facto de um projecto estar localizado numa zona definida pela legislação nacional como preferencial para o turismo não pode de maneira nenhuma garantir que, num caso concreto, esse projecto não terá um impacto significativo no ambiente».

77. O carácter de cada parcela de território do Parque Natural de Sintra-Cascais foi definido através de múltiplos estudos que permitiram traçar os contornos definidos no plano de ordenamento e elaborar o regulamento que estabelece as normas, as tipologias e os índices de ocupação permitidos para as áreas susceptíveis de serem urbanizadas, como no caso das áreas preferenciais para turismo e recreio, para onde o projecto em causa foi autorizado.

78. A República Portuguesa contesta que a escolha da localização do projecto para uma zona onde a flora se apresenta já degradada e simplificada reforça a tese da necessidade de um estudo do impacto ambiental. Não se pode sustentar que os objectivos de conservação propugnados pelas legislações comunitárias e nacionais visam eventualmente repor as condições naturais desaparecidas antes da classificação como zonas de conservação ou antes da ocupação humana dessas zonas. Por outro lado, a Comissão não tem legitimidade para questionar os critérios de gestão dos valores ambientais de uma área de conservação de âmbito nacional, definidos muito antes do termo do prazo em que os Estados-Membros deviam transpor a Directiva 92/43.

79. Quanto à suspensão do Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais, o Governo português explica que quis proceder à sua revisão com base na ponderação dos diversos factores subjacentes, nomeadamente o facto de a transposição da Directiva 92/43 para o direito interno impor obrigações acrescidas ao Estado português no que se refere à sua contribuição para o estabelecimento da rede Natura 2000. Todavia, a análise do cumprimento das obrigações decorrentes do direito comunitário deve ser feita à luz dos valores de conservação tutelados pela legislação aplicável à data da criação do Parque Natural e não dos valores da Directiva 92/43.

#### *Apreciação do Tribunal*

80. Segundo jurisprudência bem assente, no quadro de uma acção por incumprimento proposta nos termos do artigo 226.º CE, cabe à Comissão provar o incumprimento alegado. É ela que deve apresentar ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para que este verifique a existência desse incumprimento, não podendo basear-se numa qualquer presunção (v., designadamente, acórdãos de 25 de Maio de 1982, Comissão/Países Baixos, 96/81, Recueil, p. 1791, n.º 6; de 26 de Junho de 2003, Comissão/Espanha, C-404/00, Colect., p. I-6695, n.º 26, e de 6 de Novembro de 2003, Comissão/Reino Unido, C-434/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 21).

81. No caso vertente, a Comissão baseia-se na Directiva 85/337, tal como foi interpretada pelo Tribunal de Justiça, para acusar a República Portuguesa de não ter realizado um estudo do impacto ambiental antes de aprovar um projecto que, embora não ultrapasse os limiares fixados pelo Estado-Membro em aplicação do artigo 4.º, n.º 2, da directiva, é susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente, em razão da sua natureza e da sua localização na zona da Ponta do Abano do Parque Natural de Sintra-Cascais.

82. A prova de um incumprimento do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337 impõe que a Comissão demonstre que o Estado-Membro em causa não adoptou as disposições necessárias para que, antes de concessão da aprovação, os projectos que possam ter um impacto significativo no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensão ou localização, sejam submetidos à avaliação dos seus efeitos. Esta prova pode ser utilmente produzida através da demonstração de que o Estado-Membro não tomou as medidas necessárias para verificar se um projecto que não atinja os limiares visados no artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 85/337 pode, não obstante, ter um impacto significativo no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensão ou localização. A Comissão pode igualmente demonstrar que um projecto susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente não foi objecto de um estudo do impacto ambiental quando deveria tê-lo sido.

83. No caso vertente, a República Portuguesa alegou que, dada a existência do Plano de Ordenamento do Parque Natural de Sintra-Cascais e dos procedimentos de avaliação que esse plano impõe, foram adoptadas todas as disposições necessárias para que, antes da aprovação de um projecto situado nesse parque, as autoridades controlassem se o referido projecto era susceptível de produzir um impacto significativo no ambiente, nomeadamente em razão da sua natureza, dimensão ou localização, e, portanto, se devia ser objecto de um estudo do impacto ambiental.

84. Todavia, a Comissão não contestou esta alegação. Também não demonstrou que, no caso vertente, as autoridades portuguesas tinham ultrapassado a margem de apreciação de que dispunham ao não imporem um estudo do impacto ambiental antes de aprovarem o referido projecto, quando este podia ter incidências significativas no ambiente.

85. Efectivamente, não basta provar que um projecto vai ser construído no interior de um parque natural para se presumir que terá um impacto significativo no ambiente. A Comissão deve, pelo menos, fornecer um mínimo de provas dos efeitos que o projecto cria o risco de produzir no ambiente.

86. No caso vertente, a Comissão não respondeu aos argumentos da República Portuguesa segundo os quais:

- o Parque Natural de Sintra-Cascais integra não apenas zonas de elevado valor ambiental como também áreas urbanas, rurais e de lazer;
- as áreas preferenciais para turismo e recreio, onde os projectos deviam ser realizados, foram precisamente escolhidas em função do estado degradado da vegetação aí existente.

87. A esse respeito, é de facto insuficiente afirmar de uma forma geral que a localização de um projecto numa área definida pela legislação nacional como «preferencial para o turismo» não pode garantir que, num caso concreto, esse projecto não terá um impacto significativo no ambiente. De igual modo, a Comissão não se pode contentar em afirmar que as informações fornecidas revelam que o projecto em causa se situa numa zona de grande sensibilidade, onde, no mínimo, a flora se encontra já degradada, sem demonstrar, através de provas concretas, que as autoridades portuguesas cometeram um erro manifesto de apreciação ao autorizarem a localização do projecto numa zona precisamente prevista para esse tipo de projecto.

88. Impõe-se concluir que o *dossier* apresentado pela Comissão se baseia na presunção de que um projecto situado no território de um parque natural é susceptível de produzir um impacto significativo

no ambiente. Tal presunção é insuficiente para provar a existência de um incumprimento do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 85/337. Em qualquer dos casos, a Comissão não refutou suficientemente as explicações pertinentes apresentadas pela República Portuguesa.

89. Consequentemente, o incumprimento não está demonstrado e a acção deve ser julgada improcedente.

### **Quanto às despesas**

90. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a República Portuguesa pedido a condenação da Comissão e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção) decide:

- 1) *A acção é julgada improcedente.*
- 2) *A Comissão das Comunidades Europeias é condenada nas despesas.*

## **Comentário**

### **1. Objecto do litígio:**

O presente acórdão tem por base uma acção de incumprimento intentada pela Comissão Europeia contra o Estado português motivada no facto de este não ter cumprido as obrigações que para ele decorrem da Directiva 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de Junho de 1985, alterada pela Directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997, relativa à avaliação de determinados projectos públicos e privados no ambiente, em especial do disposto no seu artigo 2.º, n.º 1, por não haver submetido a avaliação de impacte ambiental um projecto de empreendimento turístico que engloba urbanizações, hotéis e campos de golfe localizados numa zona sensível.

Durante a fase pré-contenciosa procedeu-se a uma precisão do objecto do litígio, na medida em que foi apurado qual o enquadramento normativo relevante para efeitos de aferição do cumprimento das exigências ditadas pelo direito comunitário.

De início, a Comissão lançou mão, em primeira linha, do disposto na Directiva Habitats (Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio, actualmente com a redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 97/62/CE, do Conselho, de 27 de Outubro) e apenas subsidiariamente do decorrente da Directiva 85/337/CEE, uma vez que a zona da Ponta do Abano, na qual se localizava tal empreendimento, fora incluída, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 142/97, de 28 de Agosto, no sítio Sintra-Cascais, passando a integrar, deste modo, a rede ecológica divisada na primeira Directiva.

Porém, apesar de a transposição de tal Directiva comunitária ter já ocorrido à data da emissão do “alvará de autorização da execução do projecto”<sup>1</sup> de autoria municipal, datado de 1998, foi alegado e provado pela República Portuguesa que o acto que devia ter sido precedido de avaliação de impacte ambiental, se assim se entendesse, se referia à aprovação da localização do empreendimento turístico da competência da Administração central, na medida em que se tratava de um procedimento especial dependente da concordância de vários actos administrativos, emanados por entidades públicas diversas.

Ora, como esta *aprovação de localização*, relevante para efeitos de aferição da compatibilidade do projecto com os interesses jus-ambientais que se visam tutelar, designadamente os co-envolvidos pelos estabelecimento da REDE NATURA 2000, já havia sido emanado em 1996, antes da inscrição do sítio Sintra-Cascais nos sítios de importância comunitária, não era legítimo mobilizar um quadro normativo que não tinha aplicação no momento relevante. De facto, tendo em conta que a natureza de tal acto de autorização prévia da localização reduz em muito a discricionariedade de gestão urbanística municipal, que fica confinada a limites estreitos, entendemos adequada a definição daquele momento constitutivo como o idóneo para determinação da aplicação da regra *tempus regit actum*<sup>2</sup>.

## 2. A submissão a avaliação de impacte ambiental

Esclarecido o quadro comunitário de referência — a Directiva 85/337/CEE, transposta então para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho —, centra-se a discussão na definição dos termos em que tal empreendimento turístico deveria ter sido sujeito a avaliação de impacte ambiental.

Pretende a Comissão o controlo jurisdicional da margem de apreciação existente para um Estado-membro na sujeição de determinado tipo de projectos àquele procedimento de avaliação, de modo a determinar se, *in casu*, a sua omissão foi legítima.

No entender da Comissão, apesar de os projectos em causa estarem mencionados no Anexo II da Directiva 85/337/CEE, as autoridades portuguesas ultrapassaram a margem de apreciação que o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva lhes reconhece, na medida em que, muito embora este artigo remeta para uma intervenção constitutiva destas na definição dos limiares e condições de sujeição dos mesmos a avaliação de impacte ambiental, limita

<sup>1</sup> Note-se que esta referência constante do parágrafo 31 do Acórdão não pode ser tomada em sentido próprio, na medida em que a deliberação que consubstancia o deferimento do pedido de autorização ou de licenciamento é que corresponde ao *momento constitutivo do procedimento* administrativo de controlo prévio, embora a lei entenda que este acto apenas poderá produzir os respectivos efeitos jurídicos após a emissão do documento que serve de título à licença: o alvará, que assume, assim, a natureza jurídica de *acto integrativo da eficácia* do acto de autorização ou licenciamento. Não relevando este acto para a definição de momentos intrínsecos da autorização ou da licença, a aferição da validade destas deve reportar-se ao momento da sua emissão (e não da sua titulação por alvará).

<sup>2</sup> Ao contrário da aprovação, autorização ou licenciamento do projecto, na autorização prévia de localização o que se pretende não é a análise da viabilidade técnico-económica do projecto mas a avaliação da sua localização numa perspectiva de ordenamento do território e de adequada estruturação da sua área de influência, de modo a aferir das suas repercussões para os objectivos daquela disciplina jurídica (cfr., actualmente, o disposto no artigo 39.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação), o que apenas se torna necessário, em regra, nas hipóteses em que as obras não se situem numa área que, nos termos de plano de urbanização, plano de pormenor ou licença ou autorização de loteamento em vigor esteja expressamente afecta ao uso proposto.



tal discricionariedade ao cumprimento do disposto no seu n.º 1 do artigo 2.º (que exige a submissão a avaliação de impacte ambiental de todos os projectos que produzam um impacte significativo no ambiente em virtude da sua natureza, dimensão ou localização).

Não bastará aos Estados-membros, assim, afirmar que o projecto em causa não preenchia, pela sua dimensão, os requisitos legais que, definidos internamente, tornavam exigível a avaliação de impacte ambiental, pois deveriam tais autoridades ter aferido, no caso concreto, o preenchimento desses conceitos imprecisos<sup>3</sup>.

Na situação *sub iudicio*, porém, apesar de reconhecer a plena mais valia desta argumentação, o Tribunal de Justiça retirou dela ilações diferentes das pretendidas pela Comissão, na medida em que considerou que foi esta que não provou, de forma suficiente, a existência de elementos que indiciassem a existência do alegado incumprimento do direito comunitário.

Esclarece-se, assim, nos termos de jurisprudência assente do mesmo Tribunal, que, no âmbito das acções de incumprimento, o ónus da prova (ainda que aligeirado) compete à Comissão das Comunidades Europeias que tem de demonstrar, lançando mão de um juízo de prognose póstuma, que o Estado membro não cumpriu as obrigações que sobre ele impendiam por força do direito comunitário: no caso, que o Estado português não havia feito uma correcta ponderação, no momento da sua actuação, dos impactes de tal empreendimento no ambiente.

Ficou expresso ainda que, para o Tribunal, a mera presunção de que um projecto situado num parque natural ou, analogamente, num sítio de interesse biológico, é susceptível de produzir um impacte significativo no ambiente, não é suficiente para fundar a exigência de avaliação de impacte ambiental. Necessário se torna adicionalmente fornecer um mínimo de provas concretas dos efeitos que o projecto tem o risco de produzir no ambiente, para que seja legítima a sujeição a tal procedimento (e o controlo da sua omissão, se exigível).

Se concordamos com esta repartição do ónus da prova, não pode deixar de nos causar estranheza o facto de o Tribunal continuar a recorrer, pelo menos em matérias atinentes à defesa do ambiente, a conceitos como o de *erro manifesto* de apreciação para fundar o controlo que faz de actuações discricionárias dos Estados-membros.

Afirma-se, hodiernamente, em contraposição a este controlo mínimo dos poderes discricionários — que implica uma recusa das opções tomadas pelos Estados apenas em casos de *manifesta violação* das obrigações que sobre eles impendem —, a necessidade de um controlo mais *exigente* designadamente da aplicação do princípio da proporcionalidade que acaba por se adequar a um *conceito juridicamente positivo de discricionariedade*, na medida em que esta deixa de ser vista como uma actuação “limitada” pelo direito, para passar a exprimir a adequada realização em concreto de uma específica função jurídica.

Sem que esta fiscalização judicial mais atenta deva, a nosso ver, diluir a contraposição entre poderes (judicial e administrativo), é necessário que a ela se recorra, sobretudo no domínio ambiental, sob pena de infirmação dos princípios que fundamentam este

<sup>3</sup> Igualmente, de acordo o diploma legal então vigente — Decreto-Lei n.º 186/90 —, nada indicava a taxatividade das listas anexas ao mesmo. Segundo Maria Aleandra ARAGÃO, as listas estabeleciam apenas o conteúdo mínimo da cláusula geral prevista no artigo 2.º, n.º 1, mas não o seu conteúdo máximo (“Âmbito de aplicação do procedimento de avaliação de impacte ambiental – Considerações a propósito da instalação de gestão de resíduos”, RevCEDOUA, n.º 1, 1998, p. 37-49).

ramo do direito (sobretudo do *princípio da precaução*, que, inclusivamente, já motivou o Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 2 de Agosto de 1993, Processo C-355/90, que opôs a Comissão e o Reino da Espanha, e em que aquele órgão considerou que a não classificação de uma zona determinada como área de protecção especial impediu que o Reino de Espanha cumprisse as obrigações de evitar a poluição e de protecção de espécies que para ele decorrem do direito comunitário)<sup>4</sup>.

Escudou-se igualmente o Tribunal, para fundar a sua decisão, no facto de tal empreendimento turístico estar já previsto no âmbito de um instrumento de ordenamento do território, na medida em que se inseria numa zona definida no Plano de Ordenamento do Parque Sintra-Cascais como preferencial para o turismo e recreio, que engloba maioritariamente comunidades vegetais secundárias, degradadas e estruturalmente simplificadas. Aderiu, assim, à argumentação da República Portuguesa, ao defender que a ponderação da natureza, dimensão e localização do projecto, necessariamente feita de forma prévia e simplificada relativamente à avaliação que eventualmente se seguiria, foi realizada pela análise da sua compatibilidade com aquele Plano efectuada pela Comissão Directiva do Parque Natural de Sintra-Cascais.

Consideramos tal argumentação plausível, no entanto, não podemos deixar de considerar que a dimensão, generalidade e escala de uma opção inserida no âmbito da planificação especial não podem servir automaticamente, sem cautelas procedimentais acrescentadas, para fundar a necessária ponderação dos impactes dos empreendimentos que nela encontram cabimento. Só assim não seria se tivesse merecido aplicação o disposto na Directiva 2001/42/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente, que ainda não foi objecto de transposição para o nosso ordenamento jurídico (apesar de o prazo já ter sido ultrapassado) e, mesmo assim, com a ressalva de o projecto concreto poder apresentar dimensões potencialmente lesivas dos interesses que se pretendem ver acautelados e que não foram avaliadas no âmbito daquele procedimento.

Também hodiernamente, apesar de, de acordo com o estabelecido no Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Março<sup>5</sup> — excluídas as hipóteses dos campos de golfe [sujeitos todos eles, se localizados em áreas sensíveis, a avaliação de impacte ambiental, de acordo com a alínea f) do ponto 12 do Anexo II] —, os estabelecimentos hoteleiros e meios complementares de alojamento turístico, incluídos na alínea c) do ponto 12 do Anexo II, apenas se encontrarem expressamente sujeitos a avaliação de impacte ambiental quando se localizem fora das zonas urbanas e urbanizáveis (delimitadas em plano especial ou plano municipal de ordenamento do território), a submissão de uma operação dentro destas

<sup>4</sup> No sentido de que a insindicabilidade ou sindicabilidade limitada dos actos discricionários deve ser rejeitada, mas admitindo o controlo de mérito da actuação da Administração pelo juiz, vide Luís Filipe Colaço ANTUNES, “O «acto» de avaliação de impacto ambiental entre discricionariedade e vinculação: velhas fronteiras e novos caminhos procedimentais da discricionariedade administrativa”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 2, 1994, p. 51-75.

<sup>5</sup> Diploma este alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 74/2001, de 26 de Fevereiro, 69/2003, de 10 de Abril, pela Lei n.º 12/2004, de 30 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de Novembro, este último procedendo à transposição parcial da Directiva n.º 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio, relativa à participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente.



áreas a avaliação de impacte ambiental depende sempre de uma apreciação casuística fundada no n.º 5 do artigo 1.º deste diploma.

Fica assim dependente o cumprimento de tais exigências da emissão de despacho conjunto dos membros do Governo competentes em razão da matéria e do responsável pela área do ambiente, que deve sujeitar a avaliação de impacte ambiental os projectos que, em função das suas especiais características, dimensão e natureza, possam produzir efeitos significativos no ambiente.

Esta utilização de conceitos indeterminados na hipótese da norma é uma das dimensões que reveste, para grande parte da doutrina a atribuição à Administração de um poder discricionário, isto é, de um espaço de auto-conformação própria das autoridades administrativas que, contudo, não é incontrolável, estando vinculado, no mínimo, ao cumprimento de princípios jurídicos fundamentais e a exigências de um preenchimento razoável e fundamentado por parte daquela. E se a “sensibilidade ambiental das zonas geográficas susceptíveis de serem afectadas pelos projectos” pode ser expressamente um elemento passível de facilitar esta tarefa de fundamentação, como aliás resulta do ponto 2 do inovador Anexo V ao Decreto-Lei n.º 69/2000, a verdade é que esta tem sempre de ter lugar, através da indicação das razões de facto e de direito que justificam a submissão de um determinado projecto a avaliação de impacte ambiental<sup>6</sup>.

Esta *faculdade* de sujeição ao procedimento de avaliação de impacte ambiental já foi, inclusivamente, analisada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, tendo em consideração uma hipótese atinente a primeiros repovoamentos florestais e reconversão de terras. No acórdão *Comissão das Comunidades Europeias contra Irlanda* de 21 de Setembro de 1999, Processo C-392/96, este Tribunal decidiu que a Irlanda havia transposto incorrectamente a Directiva comunitária sobre a avaliação de determinados projectos públicos e privados sobre o ambiente, pois, ainda que o artigo 4.º, n.º 2 da mesma preveja uma margem de apreciação dos Estados na aferição dos projectos atinentes às categorias enumeradas no anexo II que podem ser submetidos a uma avaliação, exige que ela integre os projectos que são susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente, nomeadamente pela sua natureza, dimensões ou localização, o que não aconteceu *in casu* pois, lançando mão apenas do critério da dimensão (fixada em 70 hectares), não foi ponderada a possibilidade da existência de um efeito cumulativo de projectos que pode ter como resultado prático a mesma afectação ambiental nefasta<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Com a alteração do Decreto-Lei n.º 69/2000 pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, foi finalmente transposto o Anexo III da Directiva comunitária, que concretiza os critérios de selecção relevantes dos projectos com impactes significativos no ambiente. Tal transposição havia sido amiúde reivindicada pela doutrina e constituído o objecto da Recomendação do Provedor da Justiça n.º 6/B/03, que considerava que apenas aquele acto supriria as lacunas existentes na ordem jurídica interna sobre a sujeição a avaliação de impacte ambiental e promoveria a certeza jurídica nesta matéria. A nosso ver, porém, o recurso aos critérios previstos naquele Anexo deveria já ocorrer, mesmo sem necessidade da sua transposição, na medida em que uma interpretação conforme com o direito comunitário seria suficiente para promover a integração na ordem jurídica interna de tais critérios genéricos de submissão a avaliação de impacte ambiental.

<sup>7</sup> Esta hipótese, ao abrigo da actual formulação do Decreto-Lei n.º 69/2000, seria enquadrada no disposto no n.º 4 do seu artigo 1.º, uma vez que se trata de projectos elencados no Anexo II, mas que não são abrangidos pelos limiares nele fixados. Também aqui se faz uma remissão para os critérios estabelecidos no Anexo V, ainda que a decisão de submissão a avaliação de impacte ambiental seja da competência da entidade licenciadora ou competente para a autorização do projecto.

### 3. Avaliação de impacte ambiental e análise de incidências ambientais no actual quadro normativo

Neste terceiro ponto pretendemos fazer uma breve referência ao *actual* enquadramento normativo de um empreendimento similar àquele que ocupou o Tribunal de Justiça das Comunidades no caso vertente.

Reportando-nos ao quadro legal vigente, teria já de se considerar aplicável quer a Directiva sobre avaliação de impacte ambiental, quer a Directiva *Habitats*, bem como a respectiva legislação de transposição para o nosso ordenamento jurídico (a última através do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 49/2005, de 24 de Fevereiro).

Ora, no que se refere ao regime da avaliação de impacte ambiental, o preenchimento do mesmo deverá ser feito tendo em consideração o facto de se estar perante área sensível, de acordo com a definição que delas é feita no artigo 2.º, alínea b), ii), do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, e do facto de esta sensibilidade ser apenas (mais) um indício para a afectação significativa do ambiente, para efeitos de aplicação do artigo 1.º, n.º 3 (nos termos analisados no ponto precedente, em especial em virtude dos critérios definidos no Anexo V a este diploma).

Note-se, contudo, que, mesmo não ficando sujeita ao regime de avaliação de impacte ambiental, sempre decorreria a necessidade de uma análise de incidências ambientais, tratando-se de uma acção, plano ou projecto não directamente relacionado com a gestão de um *sítio de interesse comunitário*, de uma Zona Especial de Conservação ou de uma Zona de Protecção Especial e não necessário para essa gestão mas que afecta essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções planos ou projectos, nos termos previstos no artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril.

Repare-se, desde logo, como o tipo de actividades abrangidas por esta exigência de análise de incidências é muito mais ampla do que a noção de projecto para efeitos da sujeição a avaliação de impacte ambiental (já que engloba igualmente planos e quaisquer outras acções), pelo que o âmbito de aplicação objectivo dos dois diplomas não é, num grande número de situações, coincidente<sup>8</sup>.

Nas situações em que ambas as exigências coincidam — nos casos em que um projecto seja susceptível de provocar impactes significativos no ambiente, em especial numa zona integrada na REDE NATURA 2000 —, a avaliação de impacte ambiental é vista como uma via metodológica de concretização da imposição comunitária de consideração das incidências ambientais dos projectos que se preveja, de forma objectiva, virem a afectar a zona em causa

<sup>8</sup> Sobre as diferenças entre estes procedimentos, designadamente quanto à definição do que se entende por planos e sobre a exigência de que a avaliação de impactes ambientais se refira “aos objectivos de conservação do sítio”, concluindo que a transposição das Directivas sobre avaliação de impacte ambiental não é suficiente para se afirmar o cumprimento pelos Estados-membros, da obrigação de avaliação de incidências ambientais, cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 6 de Abril de 2000, Processo n.º C-256/98, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa*.



integrada na REDE NATURA 2000. Veja-se, assim, que, nas situações em que um projecto caia, simultaneamente, no âmbito de aplicação material dos dois instrumentos, o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, formula claramente uma opção pelo recurso à avaliação de impacte ambiental [cfr., neste sentido, o disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 10.º].

Deste modo, o regime de salvaguarda instituído pelo Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, “serve-se”, como instrumento procedural mais rigoroso do que a algo indeterminada análise de incidências ambientais, do regime da avaliação de impacte ambiental, regulado no Decreto-Lei n.º 69/2000, para definição de quais os projectos que podem ser considerados admissíveis à luz dos objectivos de conservação plasmados, em geral, nos seus artigos 1.º e 2.º.

Contudo, não se pode olvidar que se trata de dois regimes distintos, pelo que a mobilização da avaliação de impacte ambiental para cumprir finalidades aliadas à conservação dos sítios integrados na REDE NATURA 2000, implicará, necessariamente, uma tarefa de adaptação destes regimes, de forma a conseguir uma sua aplicação consequente.

Assim, apesar de em termos procedimentais ter de haver uma combinação entre as exigências previstas nos dois diplomas, o que propenderá para a aplicação do regime procedural mais exigente (normalmente o da avaliação de impacte ambiental, sobretudo no que se refere à obrigatoriedade dos trâmites aliados à divulgação e participação pública)<sup>9</sup>, o conteúdo da declaração de impacte ambiental deverá sempre ser aferido tendo em consideração os parâmetros e os efeitos previstos nos n.os 4 e seguintes do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril.

De facto, resulta claro do disposto nos n.os 9 e seguintes deste mesmo diploma que as consequências do procedimento de avaliação de impacte ambiental ou da análise das suas incidências ambientais deverão ser aferidas de acordo com o que nele se dispõe.

Determina aquele número 9 que as accções, planos ou projectos sujeitos a avaliação de incidências ambientais apenas são autorizados quando tiver sido assegurado que não afectam a integridade do sítio da lista nacional de sítios, do sítio de interesse comunitário, da Zona especial de Conservação ou da Zona de Protecção Especial em causa. Acrescenta o n.º 10 do mesmo artigo que a realização das mesmas, quando objecto de *conclusões negativas* na avaliação do impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais, depende do reconhecimento por despacho conjunto dos Ministros competentes pela área do ambiente e do ordenamento do território e da tutela da ausência de soluções alternativas e da sua necessidade por razões reconhecidas de interesse público, incluindo de natureza social ou económica. O n.º 11 define, por seu turno, requisitos mais apertados para admissibilidade de tais projectos, accções ou planos que afectem um tipo de *habitat* prioritário ou espécie prioritários, determinando os n.os 12 e 13 a necessidade, naqueles casos, de aprovação de medidas compensatórias e da sua comunicação à Comissão Europeia.

<sup>9</sup> Pronunciando-se sobre a articulação entre os dois regimes e sobre demais aspectos dos propósitos de conservação ambiental no seio do direito comunitário, Nicolas de SADELER, “La conservation des habitats naturels en droit communautaire”, RevCEDOUA, n.º 11, 2003, p. 9-44.

Ora, a expressão *conclusões negativas* na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais a que se refere o n.º 10 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, reporta-se à afectação da integridade de um sítio da REDE NATURA 2000<sup>10</sup>.

Tanto para a Directiva *Habitats* (artigo 6.º, n.os 3 e 4), como para a nossa legislação interna de transposição, a norma derogatória excepcional do n.º 10 do artigo 10.º depende da consideração prévia de que as acções planos ou projectos em causa *afectem a integridade do sítio* da lista nacional dos sítios<sup>11</sup>.

Ora, tal consideração dificulta a compatibilização do regime estabelecido para a REDE NATURA 2000 com o regime da avaliação de impacte ambiental, no que se refere à natureza do acto final do procedimento do primeiro.

Poder-se-ia, a este propósito, considerar que o termo *conclusões negativas* se refere a impactes negativos determinados no âmbito da avaliação de impacte ambiental, ou mesmo propender para a equiparação de tais *conclusões* à emissão de uma declaração de impacte ambiental desfavorável.

Porém, nem uma nem outra posição nos parecem satisfatórias à luz dos regimes em análise.

De facto, *conclusões negativas* não podem referir-se apenas a impactes negativos (existentes, por definição, na área de intervenção de um projecto urbanístico), sob pena de todas as situações cogitáveis recaírem no âmbito de aplicação do artigo 10.º, n.º 10, do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril. Aliás, esta maior exigência do conceito de *conclusões negativas* encontra-se bem patente na alteração da redacção do originário n.º 1 do artigo 10.º, que, na formulação inicial do diploma referido, utilizava a expressão “impactes negativos”.

Mas, igualmente, este conceito não deve ligar-se a uma avaliação de impacte ambiental desfavorável, sob pena de se contrariar o regime jurídico da avaliação de impacte ambiental, que comina com nulidade o licenciamento ou autorização de quaisquer projectos emitidos contra uma declaração de impacte ambiental desfavorável (artigo 20.º, n.º 3)<sup>12</sup>.

Assim, a resolução deste impasse não pode senão passar, a nosso ver, pelo recurso ao critério da especialidade entre os diplomas referidos, de modo a articular as disposições

<sup>10</sup> De facto, tratando-se este de um regime específico, não estará em causa um qualquer impacte ambiental, tendo em vista, inclusivamente, a definição ampla que deste é dada no regime jurídico da avaliação ambiental – referindo-se, nos termos da alínea j) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, ao conjunto de alterações favoráveis e desfavoráveis produzidas em parâmetros *sociais e ambientais* –, mas aos impactes desfavoráveis produzidos nos *habitats* e espécies objecto da rede de protecção em causa.

<sup>11</sup> É esta mesma leitura a que transparece da edição da autoria da Comissão Europeia, *Gestão dos Sítios Natura 2000: As Disposições do Artigo 6.º da Directiva “Habitats” 92/43/CEE*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000 (ISBN 92-828-9140-2), p. 42.

<sup>12</sup> No âmbito do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Abril de 2005 (Processo n.º 1456/03), esta questão já foi equacionada, tendo-se admitido que uma Declaração de Impacte Ambiental negativa possa ser “revertida”, em virtude do disposto no n.º 10 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 149/99. No entanto, considerou-se que a admissibilidade de uma operação em virtude deste número não tem como pressuposto tal Declaração de Impacte Ambiental, mas antes a situação complexa descrita no processo.

dos mesmos que se referem à força jurídica ou efeitos das avaliações de impactes/ incidências ambientais estabelecidos<sup>13</sup>.

Deste modo, entendemos, como já antevimos, que, apesar de a avaliação de incidências ambientais dever seguir o procedimento de avaliação ambiental, quando o mesmo for aplicável, a decisão final deste deve ser tomada em função das disposições previstas no Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril. Assim, não deve a declaração de impacte ambiental pronunciar-se em definitivo sobre a inadmissibilidade de um projecto que afecte, de acordo com as conclusões a que chegue, a integridade de um sítio da lista nacional<sup>14</sup>. Esta apreciação competirá, *in fine*, às entidades designadas no artigo 10.º, n.º 10, tendo por base os critérios múltiplos previstos no mesmo número e nos números subsequentes do mesmo artigo.

E não se diga que esta é uma solução contraditória, porque menos protectora, do que a instituída no Decreto-Lei n.º 69/2000, na medida em que este diploma nunca admite a realização de projectos fundados numa declaração de impacte ambiental desfavorável, enquanto o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, que regula “áreas sensíveis” como tal carecidas de maior protecção, admite a autorização de projectos que afectem negativamente a integridade de um sítio.

Isto porque, pelo menos no que se refere ao plano comunitário, esta compatibilidade de regimes está assegurada, decorrendo uma eventual discrepância, puramente interna, entre os mesmos, de uma transposição generosa da Directiva relativa a avaliação de projectos sobre o ambiente, que nunca exigiu que a declaração de impacte ambiental revestisse efeitos vinculativos, mas apenas que os mesmos fossem devidamente tomados em consideração e ponderados na decisão sobre a admissibilidade dos projectos em causa<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Concorrendo em certa medida neste sentido, pela consideração de que é defensável, por força do princípio de protecção elevado, que se aplique ao caso o regime jurídico mais protector, sobretudo se se tratar de projectos desenvolvidos por entidades públicas, cfr. Maria Alexandra ARAGÃO, “Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 — alguns problemas”, RevCEDOUA, n.º 10, 2002, p. 41. Discordamos, no entanto, do entendimento de que o regime de avaliação de incidências ambientais é mais exigente no que à força jurídica do acto final diz respeito do que o que decorre da avaliação de impacte ambiental, pelo menos se cotejados os respectivos diplomas de transposição.

<sup>14</sup> Muito embora já possa tratar-se de uma declaração de impacte ambiental desfavorável em face de parâmetros outros referidos tão-só ao regime da avaliação de impacte ambiental.

<sup>15</sup> Incongruência similar pode observar-se no âmbito do deferimento tácito da declaração de impacte ambiental, solução estabelecida no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 69/2000 (excepto no caso de projectos com impactes transfronteiriços), que sempre foi considerada incongruente por este acto não corresponder, verdadeiramente, a uma autorização permissiva de direitos e não se coadunar com a força jurídica conforme deferida a tal declaração, se expressa. Ora, para além de a concessão de valor declarativo ao silêncio ter já sido considerada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades como não compatível com o direito comunitário, em especial com a Directiva 85/337, na medida em que esta estabelece um procedimento de avaliação que precede uma autorização de autorização, pelo que as autoridades competentes são obrigadas a examinar, caso a caso, todos os pedidos formulados (Acórdão de 14 de Junho de 2001, processo C-230/00, *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino da Bélgica*, anotado por José Eduardo de Figueiredo DIAS, “O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente”, RevCEDOUA, n.º 2, 2001, p. 67-77), também o regime estabelecido na Directiva Habitats exige a emissão de uma efectiva declaração em sentido positivo ou negativo por parte da Administração, impedindo a atribuição de qualquer valor à omissão administrativa. No entanto, também no Decreto-Lei n.º 140/99 se estabelece uma hipótese de deferimento tácito, já que o artigo 10.º, n.º 5, refere que, quando compita ao ICN ou à CCDR emitir parecer prévio favorável, a análise de incidências deva ser feita no âmbito do mesmo, a cuja omissão se alia a consequência de emissão de parecer favorável (n.º 5 do artigo 9.º).

Comparando a força jurídica desta declaração, que se analisa na emissão de um parecer conforme favorável, isto é vinculativo no sentido negativo, com a possibilidade de admissão, em certas condições excepcionais e recortadas, da realização de projectos que afectem negativamente a integridade de um sítio (através do reexame de tal situação), nota-se como a “inovação” que, no plano da avaliação de impacte ambiental, sempre foi aplaudida internamente pela generalidade dos autores<sup>16</sup> cai indirectamente no que a outro propósito já foi intitulado de “pecado da incoerência”<sup>17</sup>.

Quais os motivos para tal incoerência? Eventualmente, uma ausência de leitura sistemática dos vários regimes jurídicos parcelares que devem ser transpostos para o nosso ordenamento jurídico e, igualmente, uma deficiente compreensão do acto de transposição, na medida em que, cada vez em maior medida, seja porque as Directivas se têm tornado cada vez mais regulamentares, seja por receio de uma acção por incumprimento (defeituoso), se desconsidera a dimensão da adaptação das mesmas ao direito nacional dos Estados-membros. De instrumentos que vinculariam apenas quanto aos fins deixando uma ampla margem de liberdade aos Estados-membros na a definição dos meios a concatenar para a sua obtenção — logo, de normas de programação final —, as Directivas têm-se convertido em instrumentos precisos e exaustivos de uniformização (e não de harmonização) das soluções legislativas dos vários Estados-membros, o que contraria, inclusivamente a intenção expressa, no âmbito da política de ambiente da Comunidade, de admitir níveis de protecção mais elevados relativamente às exigências que decorrem dos instrumentos comunitários. Por outro lado, quando os Estados-membros excedem o “quadro de vinculação” decorrente do disposto nas Directivas, nem sempre procedem a uma adequada tarefa de harmonização com o demais quadro legal vigente internamente, o que quebra o princípio basilar da unidade do sistema jurídico estadual.

Chegada é a altura de estabelecer um quadro interno de protecção global e coerente do bem jurídico ambiental, evitando a edição de regimes jurídicos de difícil compatibilização e a profusão de normativos especiais que os articulam de forma que poderíamos considerar casuística: é o que sucede com a Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março, que regula o procedimento de obtenção das licenças necessárias para produção de energia hidroeléctrica por pequenas centrais hidroeléctricas e que prevê, a par da Declaração de Impacte Ambiental, a emissão de uma declaração de incidências ambientais e com o Despacho n.º 51/2004, de 31 de Janeiro, relativo às exigências de avaliação de impacte ou de análise de incidências relativas à produção de electricidade a partir de algumas fontes de energia renovável.

Dulce Margarida de Jesus Lopes

<sup>16</sup> Neste sentido, cfr. Alexandra ARAGÃO, José Eduardo DIAS, Maria Ana BARRADAS, “O novo regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos”, *RevCEDOUA*, n.º 1, 2000, p. 71-91; e Pedro Portugal GASPAR, “A avaliação de impacto ambiental”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 14, 2000, p. 83-143, que fundava já a defensabilidade desta vinculatividade ao abrigo do regime legal e regulamentar anterior ao Decreto-Lei n.º 69/2000, inclusivamente, na formulação deliberada do n.º 3 do artigo 30.º da Lei de Bases do Ambiente.

<sup>17</sup> José Eduardo de Figueiredo DIAS, “O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente”, *RevCEDOUA*, n.º 2, 2001, p. 67-77.



# Repetição devida ou indevida?

**Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo  
de 9 de Julho de 1998,  
1ª subsecção do CA, Processo n.º 43867**

## Sumário:

I - A dispensa de consulta às entidades que devem emitir pareceres, a que alude o n.º 10 do art. 12º do DL n.º 448/91, de 29 de Novembro (Regime Jurídico do Licenciamento das Operações de Loteamento e das Obras de Urbanização) não traduz uma proibição dessa consulta.

II - A Câmara Municipal, como entidade licenciadora que persegue, em primeira linha, o interesse público, não poderia estar, em tal matéria, impedida de colher da JAE, e no âmbito da competência desta entidade, os pareceres ou informações que entenda necessários à sua deliberação, pelo simples facto de o requerente instruir o pedido de licenciamento com parecer previamente colhido junto de tal entidade.

III - Na situação descrita no aludido n.º 10, embora dispensada dessa consulta, sempre poderá a entidade licenciadora solicitar novo parecer, quando isso for justificadamente pertinente, como no caso de desconhecimento dos termos exactos em que a consulta teria sido feita pelos requerentes.

IV - Nesse caso, o prazo de 45 dias para a Câmara Municipal deliberar sobre o pedido de licenciamento da operação de loteamento conta-se, não da data de recepção do pedido, mas sim do termo do prazo de 30 dias que a entidade consultada tinha para se pronunciar sobre a consulta que lhe foi feita pela entidade licenciadora (arts. 12º, n.º 6 e 13º, n.º 5 do DL n.º 448/91, de 29 de Novembro, na redacção dada pelo DL n.º 334/95, de 28 de Dezembro).

## Acórdão de 9 de Julho de 1998

### Assunto:

*Loteamento. Consulta à JAE. Dispensa de consulta. Deliberação da Câmara Municipal. Contagem do prazo.*

### Doutrina que dimana da decisão:

1 - A dispensa de consulta às entidades que devem emitir pareceres, a que alude o n.º 10º do abrigo 12º Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro (Regime Jurídico do Licenciamento das Operações de Loteamento e das Obras de Urbanização) não traduz uma proibição dessa consulta.

2 - A Câmara Municipal, como entidade licenciadora que persegue, em primeira linha, o interesse público, não poderia estar, em tal matéria, impedida de colher da JAE, e no âmbito da competência desta unidade, os pareceres ou informações que entenda necessários à sua deliberação, pelo simples facto de o requerente instruir o pedido de licenciamento com parecer previamente colhido junto de tal entidade.

3 - Nesta situação descrita no aludido n.º 10, embora dispensada dessa consulta poderá a entidade licenciadora solicitar novo parecer, quando isso for justificadamente pertinente, como no caso de desconhecimento dos termos exactos em que a consulta teria sido feita pelos requerentes.

4 - Nesse caso, o prazo de 45 dias para a Câmara Municipal deliberar sobre o pedido de licenciamento da operação de loteamento conta-se não da data de recepção do pedido, mas sim do termo do prazo de 30 dias, que a entidade consultada tinha para se pronunciar sobre a consulta que lhe foi feita pela entidade licenciadora (artigos 12.º, n.º 6 e e 13.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro).

Recurso n.º 43 867

Recorrentes: Abílio José Pereira de Melo O. Couto e outra

Recorrida: Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia

Relator: Exm.º Cons.º Dr. Pais Borges

### Acordam na 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo (STA):

I. Abílio José Pereira de Melo de Oliveira Couto e Maria Rosa Pereira de Melo e Couto, com os sinais dos autos, propuseram no Tribunal Administrativo do Círculo do Porto, contra a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, acção para reconhecimento de direito, nos termos do disposto no art. 68.º do DL n.º 448/91, de 29 de Novembro, pedindo a condenação da Ré a ver reconhecido o deferimento tácito do pedido de licenciamento de uma operação de loteamento que perante ela formularam a 11 de Setembro de 1997.

Por sentença daquele tribunal, de 03.04.98 (fls.144 e segs.), foi a acção julgada improcedente, e a Ré absolvida do pedido, com o fundamento de que à data da propositura da acção não tinha ainda decorrido o prazo integral para a deliberação da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, facto que integra a causa de pedir articulada pelos Autores.

É desta decisão que vem interposto o presente recurso jurisdicional, em cuja alegação os recorrentes formulam as seguintes conclusões:

1. O Meritíssimo Juiz julgou improcedente o pedido formulado pelos Requerentes em virtude de ter decidido pela procedência da exceção de extemporaneidade do pedido pela Requerida.

2. Entendeu o Senhor Júis que, nos termos do disposto nos Arts. 13.º e 12.º do Dec. Lei 448/91, a Requerida dispunha de 95 dias a contar da data da recepção do pedido para deliberar sobre o mesmo.

3. Salvo o devido respeito, esta decisão assenta num pressuposto errado: é que, in casu, não havia que promover a consulta ás “entidades que devam emitir pareceres”.

4. O n.º 1 do art. 12.º do Dec. Lei 448/91 estipula que, não ocorrendo a rejeição liminar do pedido, é promovida a consulta ás entidades que, nos termos da legislação em vigor, devem emitir parecer.

5. A construção das estradas nacionais está regulada pelo Dec. Lei 13/94 de 15 de Janeiro que estipula, no seu art. 3.º, que as faixas de terreno de 200 m situadas em cada lado do eixo da estrada, são consideradas zonas de servidão *non aedificandi*.

6. Esta servidão é constituida com a publicação, no Diário da República, da aprovação de estudo prévio ou de documento equivalente, desde que superiormente aprovados – n.º 2 do art. 3.º.

7. Neste caso não existe nenhuma servidão *non aedificandi* cuja constituição haja sido publicada no DR, nem existe nenhum documento equivalente a um estudo prévio que tenha sido aprovado superiormente.

8. O Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, nos docs. n.<sup>o</sup> 6 e 7 juntos com a petição, afirmadamente que “... o estudo então elaborado nunca foi aprovado” e que os estudos prévios em curso ainda não estavam aprovados.

9. Sempre que ocorre uma situação de servidão *non aedificandi* por motivo de construção de estrada nacional, é o próprio diploma legal que constitui a servidão que impõe a obrigatoriedade de consulta às entidades, nomeadamente à JAG, sempre que há um pedido de licenciamento de obra particular que possa colidir com a via ou o seu traçado.

10. Ora não havendo lugar a consultas, então, o prazo para a Câmara deliberar sobre o pedido dos Recorrentes era apenas de 45 dias, tendo ocorrido por isso o deferido tácito do pedido e a petição não é intempestiva.

11. Viola pois a Douta sentença o disposto no art. 13.<sup>º</sup> do Dec. Lei 448/91 de 29/11 e art. 108.<sup>º</sup> do CPA.

Termos em que pede o provimento do recurso e a revogação da sentença recorrida.

**II.** Contra-alegou a Ré Câmara Municipal de V. N. de Gaia, sustentando, no essencial, o seguinte:

a) A argumentação dos recorrentes, da não obrigatoriedade da consulta à JAG para a decisão do seu pedido de licenciamento de loteamento por não existir nenhuma servidão *non aedificandi* publicada no Diário da República, nem documento equivalente a estudo prévio que tenha sido aprovado superiormente, é uma argumentação *ex novo*, por não deduzida no seu pedido de reconhecimento de deferimento tácito, além de contraditória com a posição alí defendida pelos recorrentes.

b) A questão da servidão ora suscitada pelos recorrentes nem sequer podia ser considerada na sentença, por não alegada.

c) A dispensa referida no art. 12.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 10 do DL 448/91 não equivale a uma proibição e, prosseguindo a entidade licenciadora em primeira tinhia o interesse público, sempre lhe continuaria a assistir o poder-dever de se esclarecer convenientemente para proferir decisão.

d) Esclarecimento esse que se revelou bastante pertinente atenta a posição da JAE no seu ofício 2505, de 17/11/97 no sentido do indeferimento da pretensão do recorrente, o que, aliás, já se deixou dito nos arts. 5.<sup>º</sup> a 9.<sup>º</sup> da Resposta.

Termos em que pede seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

**III.** O Exm.<sup>º</sup> Magistrado do Ministério Público neste Supremo Tribunal pronunciou-se, no seu douto parecer de fls. 163 e segs., pela improdônia do presente recurso.

Refere, no essencial, e em suma, que o recorrente discute no presente recurso jurisdicional (carência de fundamento legal para promover consulta à entidade que “por força de servidão administrativa... se deva pronunciar sobre a aprovação de loteamento”, pois que no caso tal servidão ainda não se havia constituído) é diversa daquela que foi apreciada na sentença, e que ditou a improdônia da acção (ter a Câmara, muito embora o pedido tivesse sido instruído com parecer da JAE, o poder-dever de solicitar consulta àquela entidade).

Tal questão jamais foi equacionada na sentença sob recurso, e nem sequer foi alegada na p.i., pois que o art. 3.<sup>º</sup> daquele articulado contém uma mera afirmação de carácter conclusivo.

Colhidos os vistos legais, cumpre decidir.

## OS FACTOS

A decisão impugnada considerou assentes, com relevância para a decisão, os seguintes factos:

1. Em 11 de Setembro de 1997, deu entrada na Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, dirigido ao seu Presidente e subscrito pelos autores, o pedido de licenciamento da operação de

loteamento que estes pretendiam levar a efeito no prédio rústico de sua propriedade, sito à Rua de S. Bento, Afonsim, Pedroso, Vila Nova de Gaia, tudo conforme consta no doc. Junto a fls. 5 a 56, aqui dado por reproduzido;

2. Os aqui autores instruíram o pedido de licenciamento da operação com os pareceres da Junta Autónoma das Estradas e do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território;

3. O pedido de licenciamento não foi liminarmente indeferido;

4. Em 13 de Outubro de 1997, os aqui autores foram notificados pela Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia de que foi solicitado parecer à Junta Autónoma das Estradas, conforme documento de fls. 58 aqui dado por reproduzido;

5. Nunca os requerentes foram notificados pela Câmara para fornecerem quaisquer elementos adicionais ao pedido de licenciamento;

6. A presente ação deu entrada em juízo a 2 de Dezembro de 1997;

7. A Câmara, até essa data, não notificou os autores sobre qualquer deliberação sobre o pedido de licenciamento;

8. Documentos de fls. 71 a 81, cujo conteúdo damos por reproduzido;

9. Ofício n.º 2505, de 17.11.97, integrado no PA anexos, cujo conteúdo damos por reproduzido;

10. Plantas de condicionantes do PDM e planta topográfica a fls. 48 e 50 do 1.º A anexo, dadas por reproduzidas.

## O DIREITO

Os recorrentes intentaram, a 2 de Dezembro de 1997, uma ação de reconhecimento de direito, pedindo a condenação da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia a ver reconhecido o deferimento tácito do pedido de licenciamento de uma operação de loteamento que perante ela formularam a 11 de Setembro desse mesmo ano.

Como se vê dos autores, a Ré, na sua resposta, bem como o Ministério Público junto do TAC, no seu parecer, sustentaram a improdôniada ação, quer por carência do decurso integral do prazo legalmente previsto para a deliberação da entidade licenciadora, quer porque, de qualquer modo, a haver deferimento tácito, este seria nulo por violar o PDM de Vila Nova de Gaia (art. 56.º, n.º 2 do DL 448/91, na redacção actual).

A sentença recorrida julgou improcedente a ação com base no primeiro dos fundamentos invocados pela Ré, ou seja, que à data da propositura da ação inexistia deferimento tácito, pois não tinha ainda decorrido integralmente o prazo para a deliberação da CM de V. N. Gaia, prazo esse de 95 dias úteis (arts. 12.º, n.ºs 1 e 6, e 13.º, n.º 5 do DL, n.º 448/91, na redacção dada pelo DL n.º 334/95, de 28 de Dezembro, 72.º, n.º 1, al. b) do CPA), dado que, não obstante os requerentes terem instruído o pedido de licenciamento com parecer da JAE, assistia à entidade licenciadora o poder-dever de solicitar novo parecer, para seu completo esclarecimento.

Assim, e porque o decurso do referido prazo, integrante da causa de pedir articulada pelos Autores, era condição de procedência da ação, julgou esta improcedente, absolvendo a Ré do pedido.

Alegam os agravantes que esta decisão assenta num pressuposto errado, pois que, *in casu*, não havia que promover qualquer consulta às entidades que, nos termos da legislação em vigor, devam emitir pareceres.

Invocam que a construção das estradas nacionais está regulada no DL n.º 13/94, de 15 de Janeiro, no qual se estipula que as faixas de terreno de 200 m situadas em cada lado do eixo da estrada são consideradas zonas de servidão *non aedificandi* e que estas servidões apenas se constituem



com a publicação em DR da aprovação de estudo prévio ou de documento equivalente, depois de superiormente aprovados (art. 3.º), pelo que, não havendo no caso servidão *non aedificandi*, não se impunha a consulta à entidade em causa, a JAE, ocorrendo, por conseguinte, deferimento tácito do pedido de licenciamento.

Concluem que a decisão agravada, ao decidir em sentido contrário, violou o art. 13.º do citado DL n.º 448/91.

Com esta alegação, os recorrentes não põem directamente em causa o funcionamento da decisão agravada (de que a junção de parecer por eles solicitado à JAE não impedia a CM de V. N. Gaia de promover nova consulta a essa entidade, pois que o n.º 10 do art. 12.º do DL n.º 448/91 a isso não obstava), limitando-se a invocar que não havia lugar a essa consulta, por não existir servidão *non aedificandi*.

Ou seja, os recorrentes, que “à cautela”, instruíram o seu pedido de licenciamento com um parecer previamente solicitado à JAE, não discutem a bondade da interpretação, feita pela sentença, do n.º 10 do citado art. 12.º, sustentando tão-só, e algo contraditoriamente, a desnecessidade de qualquer consulta a essa entidade.

Só pois de modo indirecto se pode ver em tal alegação uma crítica ao fundamento da decisão recorrida.

Seja como for, temos por correcta a referida decisão na interpretação que fez do dispositivo legal em causa.

Vejamos:

Dispõe o art. 12.º do DL n.º 448/91, de 29 de Novembro (Regime Jurídico do Licenciamento das Operações de Loteamento e das Obras de Urbanização), na redacção introduzida pelo DL n.º 334/95, de 28 de Dezembro:

« 1 – Não ocorrendo a rejeição liminar do pedido, é promovida, no prazo de 20 dias, a consulta às entidades que, nos termos da legislação em vigor, devam emitir pareceres, autorização ou aprovação para o licenciamento da operação de loteamento, remetendo-lhes, para o efeito, a cópia integral do processo, acompanhada do parecer dos serviços técnicos municipais, notificando desse facto o requerente no prazo de 5 dias.

(...)

10 – Quando o requerente faça acompanhar o requerimento referido no art. 9.º dos pareceres, autorizações ou aprovações a que alude o n.º 1, fica dispensada a consulta às respectivas entidades.»

Como bem se refere na sentença impugnada, a *dispensa* referida no n.º 10 não equivale a uma *proibição*. A dispensa apenas transforma um dever de consulta em mera faculdade. A Câmara Municipal, como entidade licenciadora que persegue, em primeira linha, o interesse público, não poderia estar, em tal matéria, impedida de colher da JAE, e no âmbito da competência desta entidade, os pareceres ou informações que entenda necessários à sua deliberação, pelo simples facto de o requerente instruir o pedido de licenciamento com parecer previamente colhido junto de tal entidade.

A Câmara Municipal, na situação descrita no aludido n.º 10, embora dispensada dessa consulta, sempre poderá solicitar novo parecer, quando isso for justificadamente pertinente, como no caso *sub judice*, em que a Câmara invoca o desconhecimento dos termos exactos em que a consulta teria sido feita pelos requerentes.

O que, aliás, se compagina com o facto de a entidade licenciadora dever remeter, para o efeito da consulta, cópia integral do processo, acompanhada, se for caso disso, do parecer dos serviços técnicos municipais.

Daí que a CM de V. N. Gaia, na sequência de despacho dos serviços competentes do Departamento de Urbanismo, de 17.09.97, tenha solicitado à JAE, tendo em atenção a resposta por esta dada ao

requerente através do ofício n.º 1872, de 02.09.97 (fls. 25 dos autos), informação urgente sobre a existência de algum impedimento legal à aprovação do projecto de loteamento apresentado, “o qual se localiza dentro da caixa de protecção *non aedificandi* de um dos correctores que estão a ser analizados para a IC-2 Carvalhos - S.J. Madeira, conforme consta a vossa informação” (ofício 13745, fls. não numeradas do PA anexo).

Desta consulta ou pedido de parecer foi, na mesma data, informado o requerente “ ofício 11.009, fls. não numeradas do PA anexo).

E a pertinência desta consulta ficou patente na resposta dada pela JAE, pelo seu ofício n.º 2505, de 17.11.97 (fls. não numeradas do PA anexo), do qual se destaca:

“4 – o terreno do requerente, em face dos elementos respeitantes ao mesmo estudo, encontra-se na zona de protecção *non aedificandi* de um dos corredores que estão a ser analisados;

5 – O troço referido no ponto 1, com cerca de 21 Kms, integra-se numa via que está prevista no Plano Rodoviário Nacional de 1985, constante do Decreto-Lei n.º 380/85 de 26 de Setembro ainda em vigor;”

Há assim que concluir que o prazo de 45 dias para a Câmara Municipal de V. N. Gaia deliberar sobre o pedido de licenciamento da operação de loteamento se conta não da data da recepção do pedido, como pretendem os recorrentes, mas sim do termo do prazo de 30 dias que a entidade consultada tinha para se pronunciar sobre a consulta que lhe foi feita pela entidade licenciadora (arts. 12.º, n.º 6 e e 13.º, n.º 5 do DL n.º 448/91 de 29 de Novembro, na redacção dada pelo DL n.º 334/95, de 2 de Dezembro).

Prazo esse que à data da propositora da acção não estava ainda esgotada, pelo que, sendo o decurso desse prazo condição de procedência da acção, bem se andou em julgar esta improcedente, absolvendo a Ré do pedido.

A decisão impugnada não violou pois, contrariamente ao que vem alegado, o art. 13.º do DL n.º 448/91.

### **(Decisão)**

Com os fundamentos expostos, acordam em negar provimento ao recurso, confirmando a sentença impugnada.

Custas pelo Autores, fixando-se a taxa de justiça em 30.000\$00 e a procuradoria em 15.000\$00.

Lisboa, 9 de julho de 1998. – *Luís Pais Borges* (Relator) – *Fernando Manuel Azevedo Moreira* – *João Manuel Araújo Cordeiro* – fui presente, *Macedo Almeida*.

## **Comentário**

### **1. Esclarecimento prévio**

Embora o Acórdão aqui em anotação tome como referência a regulamentação instituída no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, que estabelecia o Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Operações de Loteamento Urbano e Obras de Urbanização, o nosso comentário será feito a partir da análise do regime jurídico que actualmente



regula esta matéria e que consta do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, e pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro (Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, doravante RJUE).

Com efeito, na questão que aqui interessa — a da consulta a entidades exteriores ao município no âmbito do procedimento de licenciamento de uma operação de loteamento — o actual regime é bastante mais claro, servindo o Acórdão aqui em referência como pretexto para o analisarmos em pormenor dada a utilidade prática das normas que actualmente regulam a matéria. Na nossa óptica, esta maior clareza resultou, desde logo, da conclusão sobre a inadequação do regime anterior aos objectivos de celeridade procedural e de protecção dos interesses legítimos dos particulares no domínio dos procedimentos urbanísticos que com ele se visava alcançar. Como veremos, a decisão do STA no caso vertente teria de ser, à luz do actual regime jurídico, diferente daquela que foi proferida.

## **2. Consulta a entidades exteriores ao município no âmbito do procedimento de licenciamento: o regime geral dos pareceres**

O RJUE regula no seu artigo 19.º, a consulta a entidades exteriores ao município, isto é, das entidades que se devam pronunciar sobre questões parcelares da sua competência referentes à operação urbanística a licenciar.

Os actos através dos quais estas entidades se pronunciam no âmbito daqueles licenciamentos não assumem, sempre, a mesma natureza, podendo traduzir-se em *autorizações*, *aprovações* ou simplesmente *pareceres*. Os dois primeiros configuram verdadeiros actos administrativos, o terceiro tem, em regra, a natureza jurídica de um mero acto instrumental.

Não obstante o regime aplicável seja substancialmente idêntico relativamente a cada uma das mencionadas formas de intervenção de entidades exteriores ao município, incidiremos a nossa atenção exclusivamente sobre os pareceres, já que são estes que estão em causa no presente Acórdão.

Note-se que, no âmbito do RJUE, a consulta a entidades exteriores ao município ocorre apenas no âmbito dos procedimentos de licenciamento e não já nos de autorização (artigo 28.º n.º 2 do RJUE), sendo esta, aliás, uma das poucas diferenças actualmente existentes entre estes dois tipos de procedimento de controlo preventivo de operações urbanísticas.

Os pareceres a que se refere o mencionado artigo 19.º são, de acordo com a distinção que deles é feita no Código do Procedimento Administrativo (CPA) — artigo 98.º, n.º 1 — *pareceres obrigatórios*, na medida que existe uma obrigatoriedade da sua solicitação no âmbito do procedimento de licenciamento das operações urbanísticas. Não significa isto que não possam, para além daqueles que se encontram aí previstos, ser solicitados outros, mas os mesmos, por não serem exigidos por lei, correspondem a pareceres meramente facultativos, a que não se aplica o regime previsto neste normativo.

Diferente do seu carácter necessário ou facultativo é a natureza vinculativa ou não destes pareceres, classificação esta que se prende, agora, com a necessidade ou não de as conclusões plasmadas nos mesmos terem de ser seguidas na decisão final a adoptar pelo órgão competente. Note-se que, ainda nos termos do CPA, os pareceres referidos

na lei são, salvo disposição expressa em contrário, obrigatórios mas não vinculativos, o que está, aliás, de acordo com a sua natureza meramente consultiva ou de aconselhamento, e não decisória (que cabe ao órgão a quem imputada a prática do acto principal do procedimento).

No domínio urbanístico, os pareceres vinculativos apenas o são, em regra, quando emitidos num determinado sentido (normalmente em sentido negativo), correspondendo àquilo que a doutrina designa de *pareceres conformes*. Assim, sendo negativo o parecer, a Administração é obrigada a indeferir a pretensão urbanística apresentada, sob pena de nulidade [cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º em conjugação com a parte final da alínea c) do artigo 68.º, ambos do RJUE]. Pelo contrário, sendo favorável o parecer, a câmara municipal tanto pode deferir o pedido de licenciamento como pode, por motivos cuja apreciação lhe caiba efectuar, indeferi-lo. Sobre a natureza jurídica destes pareceres conformes — como mero acto preparatório ou como verdadeiro acto administrativo — *vide Pedro GONÇALVES, «Poderá o parecer vinculante ser um acto recorrível?», Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 0, pag. 38.*

A importância dada aos pareceres a emitir ou emitidos pelas entidades exteriores ao município no âmbito dos procedimentos de licenciamento municipal é confirmada pela previsão da nulidade do acto final do procedimento nos casos em que este não tenha sido precedido da solicitação dos mesmos, quando obrigatórios, ou esteja em desconformidade com as suas conclusões (apenas se vinculativos e não, como o normativo parece indicar, todos os obrigatórios) — alínea c) do artigo 68.º do RJUE.

Ainda de relevo no que concerne ao regime jurídico dos pareceres aqui em referência consagrado no RJUE é o de que os mesmos apenas têm carácter vinculativo quando, nos termos do n.º 11 do artigo 19.º, a lei lhes tenha conferido expressamente esse carácter (exigência esta em consonância com o previsto no n.º 2 do artigo 98.º do CPA) e, cumulativamente, os pareceres se fundamentem em condicionalismos legais ou regulamentares. Não basta, para este efeito, uma mera referência às normas legais ou regulamentares que reconhecem à entidade consultada o poder de se pronunciar de forma vinculativa sobre a pretensão, devendo a fundamentação legal ou regulamentar referir-se a verdadeiros condicionalismos de ordem material à pretensão urbanística em causa.

Para além do mais exige-se, ainda, para que os pareceres mantenham o seu carácter vinculativo, que os mesmos sejam *recebidos*, e não *emitidos*, dentro do prazo legalmente estipulado (a regra é de 20 dias, excepto se estiver outro estabelecido em legislação específica). Se a lei determina ser o parecer vinculativo apenas quando seja recebido no prazo estipulado, então tal significa, *a contrario*, que o mesmo, recebido fora daquele prazo, tem carácter não vinculante, com a consequência de a entidade decisora poder discordar das sua conclusões e decidir de forma diferente, embora esteja obrigada, nestes casos, a fundamentar as razões da sua discordância [alínea c) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA].

Por sua vez, nas hipóteses em que o parecer, embora solicitado, não venha a ser emanado, determina o n.º 9 do artigo 19.º que se considera o mesmo concordante com a pretensão formulada.



### 3. A promoção dos pareceres pelos interessados

Nos termos do RJUE, como sucedida no domínio do Decreto-Lei n.º 448/91, a consulta às entidades exteriores ao município pode ser requerida directamente pelos interessados. Efectivamente, embora, em regra, o interessado formule o pedido de licenciamento à câmara municipal, sendo no âmbito do procedimento assim desencadeado que o presidente da câmara promove em simultâneo a consulta às várias entidades (n.º 4 do artigo 19.º), o n.º 1 do artigo 19.º permite que os interessados se substituam àquele órgão autárquico, promovendo, previamente ao desencadear do procedimento administrativo, as referidas consultas. Nestes casos, determina a lei que os pareceres serão entregues com o requerimento inicial do pedido de licenciamento, *não havendo nova promoção de consultas por parte do órgão autárquico*, desde que os pareceres, autorizações ou aprovações tenham sido emitidos há menos de um ano à data da apresentação do requerimento e desde que não se tenham alterado os pressupostos de facto e de direito em que os mesmos se basearam. À administração caberá apenas controlar, nestes casos, se a pretensão sobre a qual a entidade se pronunciou (e emitiu parecer favorável) corresponde efectivamente à que lhe é apresentada para licenciamento, o que poderá ser feito, através do pedido de confirmação do parecer anteriormente emitido por parte da entidade consultada (que, contudo, saliente-se, não corresponde a um novo pedido de parecer com as consequências que daí decorrem, designadamente para efeitos de contagem do prazo para a tomada da decisão final). Note-se, a este propósito, que o legislador fez uma total correspondência entre o trâmite administrativo de solicitação de consultas às entidades exteriores por parte do presidente da câmara e a solicitação que delas é feita pelos interessados antes de aquele procedimento se ter iniciado. Explicita-se, inclusive, para que não restem quaisquer dúvidas a este propósito, que as entidades consultadas têm o dever de responder à solicitação das consultas formuladas pelos particulares, tendo a lei estabelecido regras idênticas às que estão determinadas relativamente às consultas promovidas pelo presidente da câmara: se as entidades consultadas não se tiverem pronunciado dentro do prazo de 20 dias (ou de outro estipulado em legislação específica), o particular pode apresentar o requerimento inicial com indicação (e prova) de que as consultas foram promovidas e de que não houve a respectiva emissão no prazo previsto, valendo neste caso as regras estipuladas para o silêncio em caso de falta de emissão do parecer, podendo a câmara municipal, como referimos, solicitar à entidade consultada apenas a confirmação deste facto, o que não corresponde a uma nova solicitação do parecer, designadamente, para efeitos da contagem do prazo para a tomada de decisão pelo órgão municipal competente.

Assim, nos casos em que as entidades consultadas não se tenham pronunciado, tudo funcionará como se as mesmas se tivessem pronunciado favoravelmente à pretensão urbanística, solução que se encontra também expressamente prevista para o caso de solicitação de consultas por parte do presidente da câmara.

Com este regime pretendeu o legislador assegurar aos interessados um mecanismo de simplificação procedural (tendo os mesmos procedido às consultas necessárias esta fase não terá de ocorrer no procedimento que se vier a iniciar, passando-se imediatamente

para a fase seguinte sem que seja possível interromper o procedimento administrativo, designadamente o prazo para a decisão final, para o efeito). Para além do mais, estamos perante uma solução que visa evitar que os interessados fiquem na dependência da actuação dos órgãos municipais já que permite que estes promovam e recebam aqueles pareceres.

#### **4. Apreciação crítica das teses defendidas no Acórdão em face do novo regime**

Em face de tudo quanto foi afirmado anteriormente, estamos na posse dos dados que nos permitem contrariar hoje as posições que foram defendidas no Acórdão aqui em anotação.

Assim, embora seja verdade, em teoria, que a dispensa, por parte do órgão administrativo, de consultar as entidades que se devam pronunciar sobre a pretensão urbanística não proíba essa mesma solicitação, configurando o parecer que venha a ser solicitado neste âmbito um parecer facultativo, esta solução está actualmente expressamente proibida por lei, precisamente para evitar que se estejam a repetir, com todas as consequências gravosas para a celeridade procedural e para os interesses legítimos dos particulares, fases que já ocorreram. De facto a lei é actualmente clara em afirmar que não há lugar a nova consulta nas situações em que os interessados já as tenham promovido.

Mas mesmo que este impedimento não resultasse da lei, ainda assim não se poderia aplicar a estes pareceres (que adquiririam, como muito bem defendeu o STA, natureza facultativa) o regime previsto para os pareceres obrigatórios, designadamente, o previsto para o prazo de decisão (que apenas começar a contar da recepção do último dos pareceres ou da data em que a entidade consultada teria de se pronunciar, no caso de silêncio desta). Caso assim não fosse, ficariam os interessados completamente à “mercê” dos órgãos administrativos, colocando em causa a virtualidade, utilidade e razão de ser do reconhecimento aos interessados de se substituírem à Administração na promoção de algumas fases procedimentais, como ocorre no caso. O que é, nestas situações, permitido à Administração, caso pretenda controlar os exactos termos em que o parecer foi emitido (e apenas quando tal não resulte claro dos mesmos) não é a promoção de uma nova consulta (facultativa), mas o controlo dos termos em que a mesma foi efectuada, designadamente solicitando à entidade que emitiu o parecer que confirme se a pretensão apresentada pelo interessado para esse efeito corresponde à que agora se apresenta para apreciação na câmara, sendo certo que este trâmite não faz suspender o prazo fixado para a decisão final.

Este controlo será fácil de efectuar se se passar a exigir que o parecer emitido venha anexado ao pedido feito pelo interessado e devidamente carimbado ou rubricado pelo órgão que sobre ele se pronunciou no âmbito da consulta.

*Fernanda Paula Oliveira*

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*RevCED*  UA

# Intertextos



## Universidades Sustentáveis

A exigência de sustentabilidade entrou na linguagem comum dos mais diversos sectores de actividade. Desde a política ambiental até à política económica e financeira, passando pela política de educação e património cultural, de pensões e transportes, todos falam com mais ou menos propósito de *sustentabilidade*. É agora altura de lançar nos novos espaços públicos uma nova sustentabilidade – a das Universidades. Basta ter o ver o que escreve nas revistas de difusão global para entendermos a dimensão e o alcance do novo grito da moda: *sustainable universities*.

As caixas grandes da imprensa aí estão bem perto dos olhos: *a sudden passion for waterless urinals and biodiesel shuttles*<sup>1</sup>. As expressões mediáticas são plurais na forma mas coincidentes na intencionalidade. A “energy conservation”, a “campus sustainability” é refracção no *locus* universitário do problema global: a sustentabilidade do viver humano. No que diz especificamente respeito às universidades vale apena lembrar que, algumas delas, com os seus “campus” complexos, são verdadeiras cidades poluentes. A título de exemplo: Harvard produziu no último ano 320.000 toneladas de dióxido de carbono, aproximadamente o mesmo que Djibouti.

O que não deixa de ser chocante é que as universidades que, desde sempre, reivindicaram a excelência do saber e da investigação, permaneçam universidades velhas quanto à partilha das responsabilidades pela sustentação ecológica e ambiental.

Começam por desprezar o *approach* interdisciplinar, transdisciplinar e multidisciplinar da sustentabilidade. Alardeiam a sua alteza universitária, pouco fazendo para o cumprimento dos deveres ecológicos. São ultrapassadas por outras organizações nas políticas concretas de sustentabilidade. A começar pela utilização de energias alternativas. E aqui fica o desafio à nossa velha Universidade de Coimbra. Quanto tempo vamos demorar a assumir a nossa “pegada ecológica”, adoptando como dever a introdução de energias alternativas em todos os “pólos” universitários?

José Joaquim Gomes Canotilho

<sup>1</sup> Cf., por exemplo, *The Economist*, 6-12 de Maio de 2006..





# Recensões



Santiago González-Varas Ibañez,

***Urbanismo y Ordenación del Territorio,***

Aranzadi Editorial, Navarra, 2004, 531 páginas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Por sua vez, a quinta parte aborda as dificuldades de classificação do solo como urbano e rural, procedendo a uma análise da Lei n.º6/1998, que determina os critérios de classificação do mesmos. Quanto à facultade de reclassificação dos solos, estando a mesma no âmbito dos poderes discricionários do Município, exige-se uma fundamentação acrescida para a sua alteração, uma vez que só pela fundamentação é que será possível controlar e aferir da legitimidade da reclassificação. No capítulo segundo procede o autor à análise da *praxis jurisprudencial* relativa à classificação e qualificação dos solos e no capítulo terceiro identifica e define o regime do solo não urbanizável procedendo, igualmente à análise das diversas disposições normativas, em especial, das várias leis autonómicas, assim como a jurisprudência dos tribunais espanhóis.

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

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

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

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

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

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

Geraldo Rocha Ribeiro

Monitor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*RevCED* **OUA**

**Dossier**



## *As energias renováveis: tema de moda, mas não muito*

Aproveitamos a publicação do recentíssimo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que aprova as bases gerais da organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional (SEN), bem como do exercício das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade e da organização dos mercados de electricidade, para verificar se foram ou não introduzidas modificações no âmbito da actividade de produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renováveis (FER) <sup>1</sup>.



<sup>1</sup> Sobre o quadro normativo de produção e energia eléctrica a partir de FER vide Suzana Tavares da Silva, "Fontes de energia renovável: quadro normativo da produção de electricidade", RevCEDOUA 1.02, p. 79-96.





Apesar do enquadramento da actividade a que, por dever de contextualização da informação, iremos proceder, o nosso *dossier* não pretende revisitar o quadro normativo legal sobre o tema, mas apenas dar notícia sobre a atenção que esta actividade industrial tem merecido por parte do legislador (nacional e estrangeiro), dos políticos e dos investidores privados, concluindo a nossa análise com a visita a uma das infra-estruturas existentes no nosso país: o parque eólico de Catefica.

No que toca ao legislador comunitário, pouco ou nada se acrescentou aos documentos estratégicos que regulam o sector. Os objectivos traçados no livro branco para uma estratégia e um plano de acção comunitários [COM (97) 599, de 26/11/1997] – no âmbito dos quais se destaca o estabelecimento da meta de 12% do consumo nacional bruto de energia ser, em 2010,

produzida a partir de FER — parecem hoje possíveis de alcançar graças, sobretudo, ao investimento realizado nos últimos anos pelos países do sul da Europa, com particular destaque para a Espanha. Apesar de indiscutíveis, os argumentos apresentados no livro verde para uma estratégia europeia de segurança do aprovisionamento energético [COM (2000) 769, de 30/11/2000] não são suficientes para ultrapassar muitos dos obstáculos que se apontam à utilização de FER na produção de energia eléctrica, mormente os elevados custos fixos de instalação das unidades de produção e a reduzida rentabilidade.

Assim se explica que no recentemente apresentado livro verde sobre a eficiência energética [COM (2005) 265 final, de 22/06/2005], as FER tenham um papel muito diminuto, particularmente no que respeita à produção de electricidade. Trata-se de um domínio no qual a intervenção estadual tem um papel preponderante, quer na aprovação de meios de planificação estratégica, quer na criação de efectivos incentivos à produção – incentivos financeiros como benefícios fiscais ou mesmo subvenções estaduais.

Neste contexto, o legislador nacional não tem também apresentado soluções muito arrojadas. Com a liberalização do sector, designadamente, com a aprovação do novo quadro do sistema eléctrico nacional integrado, a produção de electricidade passará a ser exercida em regime de livre concorrência, mediante a atribuição de licenças aos produtores. Deixarão de existir produtores vinculados – aqueles no âmbito do agora revogado Decreto-Lei n.º 183/95 eram titulares de contratos de vinculação e estavam integrados no sistema eléctrico de serviço público –,



passando todos os produtores a vender a respectiva electricidade em mercados organizados ou mediante a celebração de contratos bilaterais. Sublinhe-se, porém, que a efectiva introdução de livre concorrência no mercado está ainda muito longe de ser atingida, não só porque a cessação dos contratos de aquisição de energia com os produtores vinculados depende ainda da aprovação de legislação específica, mas também porque este produtores terão direito a auferir, durante algum tempo, um valor correspondente à compensação devida pela cessação antecipada dos contratos, denominados custos para a manutenção do equilíbrio contratual (cuja fórmula de cálculo e condições de atribuição foi já aprovada entre nós pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de Dezembro). A atribuição destes valores/subsídios às empresas que já operam no sector – e que a Comissão Europeia teve oportunidade de analisar, acabando por não integrá-los na categoria de auxílios proibidos –, aliada às características específicas do mesmo (acentuadas em experiências comparadas, particularmente Espanha, Alemanha e Itália), justificam as nossas reticências face à efectiva criação de um mercado de electricidade<sup>2</sup>.

Deixando de parte as nossas dúvidas sobre o efectivo estabelecimento ou não de um mercado para a electricidade, cabe-nos averiguar, como nos propusemos, se no âmbito da nova organização do sector o legislador continua a cumprir a obrigação de protecção/promoção da energia eléctrica produzida a partir de FER a que está obrigado por directrizes comunitá-

rias (nomeadamente, Directiva 2001/77/CE). De facto, o legislador não altera, substancialmente, o regime aplicável à produção de energia eléctrica a partir de FER – que, lembre-se, resulta do disposto no Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio (pequeno produtor de energia eléctrica), com as actualizações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 313/95, de 24/11, n.º 168/99, de 18/5, n.º 312/2001, de 10/12, n.º 339-C/2001, de 29/12 e n.º 33-A/2005, de 16/2 –, limitando-se a remetê-lo para a categoria de “produção de electricidade em regime especial”, cuja actividade será licenciada ao abrigo de regimes jurídicos específicos (o que já acontecia no âmbito do anterior regime, que incluía esta actividade no Sistema Eléctrico Independente).

Destaca-se, neste contexto, a aprovação do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, que não só veio adequar o enquadramento remuneratório das fontes de energia renováveis – visando garantir, por cada tipo de tecnologia, a remuneração pelo prazo considerado suficiente (15 anos na maioria das situações) para permitir a recuperação dos investimentos efectuados e a expectativa de retorno económico mínimo dos produtores –, como também adequar a procura à capacidade actual e previsível da rede pública em função da oferta e procura em cada zona de rede, estabelecendo um prazo para a reserva de capacidade na rede por parte dos promotores. Para tanto, estabelece regras para atribuição de potência através de procedimento concursal, o qual pode incluir não apenas potência disponível, mas ainda potência cuja disponibilização seja previsível num período de

<sup>2</sup> Vide, neste número, SUZANA TAVARES DA SILVA, “Mibel: o início do embuste”, p 31 ss.

tempo determinado (nova redacção do art. 14º do Decreto-Lei n.º 312/2001, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005).

As modificações introduzidas por este diploma prosseguem, em nosso entender, sobretudo, dois objectivos: 1) promover a produção de energia eléctrica a partir de FER, adequando-a às necessidades do sistema, promover o desenvolvimento e a sustentabilidade de zonas economicamente mais deprimidas. É o que parece resultar do mecanismo de planificação pública subjacente ao procedimento concursal para atribuição de potência.

Aguarda-se, ainda, de acordo com o art. 18º/2 do Decreto-Lei n.º 26/2006, a aprovação de legislação complementar, que, provavelmente, porá em ordem a “manta de retalhos legislativos” que actualmente disciplina aquela actividade.

A nota mais importante do novo regime geral do sector é a referência ao direito conferido aos produtores em regime especial de vender a electricidade que produzem ao comercializador de último recurso (entidade titular de licença de comercialização de energia eléctrica sujeita a obrigações de serviço universal, uma espécie de garante do sistema em último recurso, quando o mercado não funciona), nas condições a estabelecer em legislação específica que virá a ser aprovada. Não é difícil de antever que essa legislação específica, no cumprimento dos desígnios comunitários, muitos deles já consagrados na legislação que actualmente regula a actividade, garantirá, quer o direito desses produtores à entrega de energia eléctrica nas redes, quer a consagração de procedimentos mais céleres para o licenciamento, quer ainda a certificação da respectiva energia produzida.



## A energia eólica: o florescimento da indústria em Portugal

Para além da produção hidroeléctrica, a mais representativa entre nós – nem toda integrada no âmbito do regime especial de produção de energia eléctrica a partir de FER, mas apenas os aproveitamentos hidroeléctricos de potência instalada inferior ou igual a 10 MW –, temos assistido, nos últimos anos, a um aumento significativo de centrais eólicas de produção de energia eléctrica. De facto, passamos de uma potência instalada em 1998 de 8.28MW em 1995, para 268MW em 2003, de acordo com números da Direcção Geral de Geologia e Energia. O crescimento mais significativo foi em 2004, quando, segundo números da União Europeia, Portugal atingiu os 520MW de potência instalada.

A União Europeia é ainda a região do mundo líder na produção de energia eléctrica a partir de centrais eólicas, com 34.366 MW de potência instalada, face aos 6.752 MW dos EUA e aos 2.983MW da Índia. No contexto do florescimento do sector, devemos tomar em consideração o investimento chinês que só em 2004/2005 aumentou em 500MW a sua potência instalada.

Com o decréscimo do investimento alemão nesta actividade – país que apesar disso se mantém na liderança –, decorrente das fortes restrições financeiras e da aprovação de medidas administrativas pouco favoráveis ao respectivo desenvolvimento decorrente da aprovação da nova lei sobre energias renováveis (EEG), que entrou em vigor em Agosto de 2004, a Espanha tem sido o país que mais se tem destacado no investimento nesta área, preparando-se para tomar a liderança do sector à





Alemanha. De facto, a liderança da União Europeia e o seu crescimento devem-se, após o decréscimo alemão, ao investimento realizado pela Espanha, Itália, Reino Unido e Portugal.

A explicação do dinamismo espanhol e português reside nos investimentos cruzados, pois em muitos casos as empresas que operam em Espanha e Portugal são as mesmas, actuando em forma de consórcio. Por outro lado, estas empresas têm procurado formas de superar as principais dificuldades que a produção de electricidade a partir de FER suscita: os elevados custos fixos iniciais. Entre as soluções encontradas, quase sempre assentes em estratégias empresariais de grupo, conta-se a de incluir no âmbito da respectiva actividade (ainda que por referência ao consórcio em que operam no investimen-



to) o *know how* relativo à edificação das centrais: no caso, não apenas a construção dos edifícios de apoio à central, mas também a produção dos próprios aerogeradores. Trata-se, no fundo, de uma estratégia enquadrável no âmbito da «economia do sistema eléctrico»<sup>3</sup>.

De resto, o florescimento da energia eólica entre nós, deve-se, em grande medida, ao dinamismo empresarial dos privados e não tanto ao empenho do poder político que continua a onerar esta actividade com procedimentos de licenciamento demorados e complexos – apesar do esforço assinalável que constituiu a publicação das directrizes de licenciamento de parques eólicos aprovadas pelo Despacho n.º 12 006/2001 e as novas regras do Decreto-Lei n.º 33-A/2005 – e com custos fiscais de duvidosa conformidade constitucional – como é o caso da “renda” paga aos municípios cuja circunscrição seja atingida pela zona de influência do parque eólico, correspondente a 2,5% do valor das vendas de energia eléctrica efectuadas.

### O parque eólico de Catefica

Com o objectivo de analisar esta nova realidade, visitámos o parque eólico de Catefica, situado perto de Torres Vedras<sup>4</sup>. Este parque eólico tem uma potência instalada de 18 MW e integra, actualmente, nove aerogeradores, embora esteja dimensionado para suportar uma ampliação de potência até aos 22 MW, o que significa que ainda poderá vir a integrar dois novos aerogeradores.

O parque produz entre 40 a 45 GWh/ano, o que representa uma receita média anual de cerca de 3,5 milhões de euros.

A RevCEDOUA\*

<sup>3</sup> Sobre esta questão vide, por todos, neste número, SUZANA TAVARES DA SILVA, “Mibel: o início do embuste”, p. 31 ss.

<sup>4</sup> O parque eólico de Catefica pertence à IBERDROLA, empresa que nos facultou a informação sobre o mesmo aqui referida e que agradecemos.



*RevCED* 'UA

# Summaries



## ***Urbanistic Planning***

Urban planning is an important area of administrative activity within the dominion of urban planning law because it is through its instruments that the task of defining the rules of land occupation, usage and transformation. They provide a framework and limit all operations, public or private, that are intended to be undertaken.

In Portugal, the first phase referring to the process of municipal planning is practically finished in all of the municipalities of the continental territory (the situation is different in the archipelagos of the Azores and Madeira) and it resulted in the adoption of municipal plans of first generation. Presently, a great part of these plans is under revision. Therefore, it is necessary to undertake a general evaluation of this planning process. This evaluation has revealed insufficiencies not only in how the process of elaboration occurred but also, and especially, in the content of municipal planning instruments that were elaborated and in their implementation.

The solution for many of these problems lies in the recourse to operative urbanistic mechanisms, that is, mechanisms that allow, in an effective manner, an articulated and integrated fulfilment of the options foreseen in those planning instruments. Ideas such as plan programming, execution units and partnerships between private entities and the Administration are furthered. Although Portuguese legislation in this area is recent, this article seeks to clear up some doubts that have been placed in using those mechanisms besides offering a general overview and treatment of the main operative mechanisms that are foreseen.

## ***MIBEL: the beginning of a fraud***

The reform of the electrical sector – transformation of a public monopoly based on a vertically integrated company into a market where private enterprises compete – imposed, in part, by community directives and desired, by political and economic elites, has raised, namely in the legal and economic doctrine, serious doubts. Doubts that seem to be justified and that the sector's new legislative regime, indirectly confirm. It is in this context of little faith, which is briefly characterised here, that we propose to analyse the MIBEL and verify if it is the first “embuste” of a project that seeks to institute an Iberian market for electricity.

## ***Measures to protect urban legality***

The maintenance of illegal constructions is one of the main problems in our country's urban planning law. Therefore, it is necessary not only to discover but also put into practice forms of restoring urbanistic legality. This article aims to analyse the main instruments that the Portuguese legal order places at the disposal of public administrative entities to pursue such an objective and seeks to underline their utility and insufficiencies.

In order to do this it is necessary to analyse, in some detail, article 102 to 109 of the Decree law nº 555/99, that foresees protective or restorative measures of urbanistic legality. They are configured as administrative instruments that one resorts to after the occurrence of an urban illegality and that are designed to eliminate contradictions with this part of the national legal order. Within this scope, the powers that protect urban legality can be seen as functional "duties" and not merely administrative faculties. Therefore, the Administration can not fail to carry them out.

As a manner of determining the legal nature and configuration of these instruments, an initial part is introduced which inserts them within the scope of the administration's policing activity and relates them to the administration's verification and sanctioning activities.

One also states that the recourse to legality protection measures occurs in urban operations, executed or in execution, which can be found in the following situations: they do not have the necessary licenses or authorizations, do not conform themselves with the respective project or with the licensing or authorising conditions; or in violation of applicable legal and administrative norms. Any one of these situations can imply recourse to differentiated measures of legality protection.

On this behalf – beyond the cautionary procedure that may result in an embargo (or in the cessation of the activity) – and in the aftermath of a legalisation procedure, which today has legally binding moments, the following measures may be adopted: the realisation of corrective and alteration works; the initiation of an authorisation or licensing procedure or a request to alter the license or the authorisation. In the case where it is impossible to conclude in favour of such a legalisation, one is left with more limitative mechanisms: demolition, land repositioning and the definitive cessation of the utilisation.

Finally, exceptional legalisation legal regimes are also analysed such as the ones applicable to illegal lot operations as well as other forms of legalising illegal activities, especially the possibility to approve plans that are directed towards normatively framing realities that are contrary to urban standards in force.

