

RevCED^{UA}

Nº 10 _ Ano V _ 2. 02

› Doutrina

Electrosmog e Relações de Vizinhança Ambiental — Primeiras Considerações

J. J. Gomes Canotilho

Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 — alguns problemas

Maria Alexandra Aragão

Medidas Cautelares dos Planos

Fernanda Paula Oliveira

Dulce Lopes

Da "Contemplação da Ruína" ao Património Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada dos Bens Culturais

Suzana Tavares da Silva

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Summaries

› Últimas Aquisições Bibliográficas

› Índice Ideográfico

10.

Doutrina

Electrosmog e Relações de Vizinhança Ambiental – Primeiras Considerações

Resumo

Abordam-se aqui algumas das dimensões mais relevantes relativas aos inquinamentos electromagnéticos (electrosmog). O pretexto para estas primeiras e curtas reflexões residiu na publicação de uma resolução da A. R. (Resolução 93/2002) definindo um Código de Conduta e boas práticas para a instalação de equipamentos que criam campos electromagnéticos. O artigo já estava pronto na altura em que foi publicado o acto legislativo regulamentador dos princípios orientadores da instalação e localização de equipamentos que geram campos electromagnéticos (CEM). Julgou-se útil apresentar desde já as primeiras reflexões sobre os importantes problemas jurídicos relacionados com o “electrosmog”, designadamente no que diz respeito a relações de vizinhança urbanísticas e ambientais.

I. A Forma Jurídica e o Nevoeiro Electromagnético: a resolução da Assembleia de República n.º 93/2002

1. A Resolução n.º 93/2002

Pouca gente vai dar conta desta importante e recente deliberação do órgão parlamentar português. Em termos soft, a Assembleia da República estabeleceu, sob a forma jurídico-constitucional de resolução, um *Código de Conduta e boas práticas para a instalação de equipamentos que criam campos magnéticos*. Dir-se-á, pois, que o parlamento português captou o “nevoeiro electromagnético” através de regras directivas destinadas a estimular condutas e boas práticas.

É de questionar esta técnica normativa da Assembleia da República. No fundo, pretendeu-se “transportar” para a ordem jurídica portuguesa a recomendação do Conselho da Comunidade Europeia (Recomendação n.º 199/514/CEE, de 14-7-99) sobre os limites de exposição por parte das populações aos campos electromagnéticos de OHZ e 300 GHZ.

A mensagem da Resolução n.º 53/2002 peca também pelo seu carácter ambíguo. Em causa não está apenas cometer ao Governo a elaboração de um Código de conduta e de boas práticas, onde se fixam os princípios orientadores para a instalação e localização dos equipamentos que geram campos electromagnéticos (CEM). Trata-se, também, de fixar normativamente os *princípios-quadro* juridicamente vinculativos desta instalação. Não é por acaso que, por exemplo, a Itália, confrontada com os mesmos problemas de criação de CEM, optou pela elaboração de uma lei-quadro reguladora da exposição a campos eléctricos, magnéticos e electromagnéticos (Lei n.º 36, de 22-02-2001).

Como se irá ver, a disciplina jurídica da CEM suscita complexos problemas jurídicos. Mas o nevoeiro do novo século desperta outras angústias. Vejamos.

2. Ambiente e sociedade de risco

O problema do inquinamento electromagnético é um exemplo expressivo da sociedade de risco, tal com ela tem vindo a ser tematizada na literatura sociológica (Beck, Luhmann). Desde problemas tipicamente ambientais (avaliação de impacte ambiental, nível de protecção elevado, informação ambiental, princípio do poluidor pagador), passando por questões de cunho jurídico-civilístico (responsabilidade civil, relações de vizinhança civil, direito de propriedade, regime de condomínio), de natureza jurídico-administrativa (competências e poderes autorizativos e planificadores em sede de urbanismo) e de cunho jurídico-penal (crime de poluição) até às questões macroexistenciais da sociedade de risco e de desenvolvimento sustentado (princípios da precaução e da prevenção), tudo pode ser agitado no complexo e obtuso “nevoeiro jurídico electromagnético”.

O chamado *electrosmog*, ou, para sermos mais rigorosos, o inquinamento electromagnético (incluindo os inquinamentos eléctricos e electromagnéticos), impõe, assim, notas urgentes em torno de um novo problema.

Diz-se, atrás, que está presente aqui o problema da sociedade de risco. A Resolução n.º 53/2002 faz ela própria alusão a riscos. Não obstante o tom “directivo-resolutivo” do texto, parece poder concluir-se: (1) existem incertezas (científicas, técnicas) quanto aos efeitos dos CEM; (2) a decisão de criação de “campos de risco” (CEM) é tomada por uns (empresas de telecomunicações) e suportada por outros (os residentes, os trabalhadores, os estudantes da área sujeita a exposição); (3) é assimétrico o conhecimento do risco, pois as entidades de controlo sabem, em geral, menos do que as entidades responsáveis pela concepção e produção dos equipamentos que geram campos electromagnéticos (radares, antenas de telemóveis, linhas de transformação, transmissão e transporte de energia).

O risco dos CEM põe em causa *direitos fundamentais*. A Resolução faz referência expressa a: (1) riscos para a saúde, segurança e bem-estar dos cidadãos (n.º 3); (2) risco manifesto criado pelas situações actualmente existentes (n.º 5). Numa palavra: o inquinamento electromagnético pode conduzir à lesão de direitos e bens constitucionais particularmente essenciais como são o direito à vida e à integridade física, o direito à saúde, o direito ao ambiente e qualidade de vida.

Perante estes riscos, pergunta-se: quais os meios de tutela para a protecção dos cidadãos sujeitos à exposição de CEM? É ao que se procurará responder nos desenvolvimentos seguintes.

II. Os Meios de Tutela

1. Remédios jurídico-constitucionais

A convocação do direito constitucional justifica-se desde logo. Como se acaba de acentuar, os CEM são susceptíveis de lesar direitos e bens constitucionalmente protegidos e garantidos (CRP, arts. 24.º, 25.º, 59.º/1c e 2/c, 64.º, 65.º e 66.º). Para a defesa destes direitos, os cidadãos dispõem do *direito de petição* e do *direito de acção popular* (CRP, art.º 52.º/a) porque se visa promover a prevenção, cessação ou perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos de consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural. No mesmo sentido, aponta o art. 60.º (direitos dos consumidores), reconhecendo-se às associações de consumidores e às cooperativas de consumo legitimidade processual para defesa dos seus associados e de interesses colectivos ou difusos.

Embora não estejam expressamente previstas na Constituição, não são de excluir *acções populares contra medidas de planificação urbanística*, quando nessas medidas contextualizam-se situações de campos electromagnéticos em termos considerados lesivos para os direitos à saúde, ambiente e qualidade de vida dos cidadãos (Cf. CRP, art. 65.º/5).

2. Remédios jurídico-penais

A protecção dos direitos e bens constitucionais poderá exigir o recurso às reacções energéticas de natureza jurídico-penal. Nesta sede, o *punctum saliens* da questão reside em saber se a criação de campos electromagnéticos se reconduz ou se pode reconduzir à *fattispecie* do crime de perigo comum previsto e punido no art. 272.º/1/d) do Código Penal (“emissão de radiações ou libertação de substâncias radioactivas”). Além disso, coloca-se a debatida questão jurídico-dogmática da existência do nexo de causalidade entre a prolongada exposição a campos electromagnéticos de baixa frequência e danos à saúde humana (leucemia infantil, síndrome encefálica). Alguma jurisprudência (ex: Pretore di Rimini, sentença n.º 697, de 22-4-1998)¹ tende hoje a acentuar que o nexo de causalidade só pode ser excluído quando os peritos neguem cientificamente o risco (perigo) do evento e não também quando a ciência, mesmo num juízo póstumo, reconhece a probabilidade razoável de um dano à saúde na exposição a campos electromagnéticos (no caso concreto, campos EIP, ou seja, campos electromagnéticos de baixa frequência).

Outro preceito jurídico-penal susceptível de ser trazido à colação nos casos em referência é o art. 279.º do Código Penal onde se tipifica e incrimina o crime de poluição do ar mediante a colocação de aparelhos técnicos ou de instalações (Cód. Penal, art. 279.º/1/b) e, sobretudo, o art. 280.º, onde se prevê o crime de poluição como perigo comum.

3. Remédios jurídico-civis

O recurso à justiça civil coloca problemas interessantes em sede de meios cautelares de urgência com base no *periculum in mora* em que se solicita a suspensão, remoção, desactivação ou transferência de linhas eléctricas ou estações radio-base de telefones celulares. À semelhança do que acontecia no direito penal, a jurisprudência civil procura saber se, com base nos conhecimentos científicos actuais, é possível estabelecer: (1) a perigosidade para a saúde das instalações geradoras de campos electromagnéticos; (2) o nexo causal entre a exposição a campos electromagnéticos e efeitos patogénicos. A fórmula que parece ganhar mais aceitação doutrinal e jurisprudencial aproxima-se da definida atrás quanto ao nexo de causalidade em sede penal. Nestes termos: o nexo de causalidade só pode se excluído quando os peritos rejeitem, em termos científicos, o risco (*perigo do evento*). Já não assim, quando a ciência, mesmo num juízo póstumo, e mediante invocação dos princípios de precaução e da prevenção, admite a probabilidade razoável de um dano à saúde, à integridade física, ao ambiente e qualidade de vida, em virtude da exposição a campos magnéticos.

As acções relativas a *relações de vizinhança* adquirem, também nesta sede, importância acrescida. Mesmo que considere superada a ideia civilística de relação de vizinhança, e consideremos indispensável o apelo a noções mais abrangentes como as de *relações de vizinhança urbanísticas e relações de vizinhança ambientais*, é de prever que os tribunais sejam chamados a resolver muitos problemas relacionados com a implantação de equipamentos electromagnéticos. Desde logo, a implantação em edifícios privados, sujeitos ao regime de condomínio, de equipamentos que impliquem a utilização de partes comuns (cf. Cód. Civil art. 1421.º) poderá exigir alteração à disciplina jurídica do condomínio no sentido de dar mais protecção às posições minoritárias que invoquem o direito à vida, saúde, integridade física, ambiente e qualidade de vida. É o caso, por exemplo, da autorização prévia, obrigatória e vinculante da assembleia de condóminos se aprovada por voto unânime dos condóminos (não por maioria como acontece, hoje, nos termos do art. 1421.º do Cód. Civil).

As relações de vizinhança — civis, urbanísticas e ambientais — tornarão incontornável a necessidade de os proprietários de imóveis — privados e públicos — que celebrem contratos de locação de espaços destinados à implantação equipamentos electromagnéticos darem conhecimento aos vizinhos do projecto de contrato a apresentar aos serviços municipais competentes para efeitos de licença.

4. Remédios jurídico-administrativos

A disciplina jurídico-normativa da instalação de equipamentos que criam campos electro-magnéticos cabe, em primeiro lugar, ao legislador. Os bens jurídicos que podem ser afectados — integridade física, saúde, ambiente e qualidade de vida — postulam necessariamente uma disciplina unitária quanto às dimensões básicas dos campos electro-magnéticos. É o caso da definição dos “valores limite”, isto é, os valores de emissão que não podem ser excedidos em ambientes urbanos e estabelecimento em lugares habitados com permanência prolongada (campos militares, prisionais, unidades industriais). É também o caso da definição dos critérios de localização dos *standards* urbanísticos e da utilização da tecnologia disponível.

A definição legislativa dos quadros vectores da instalação de equipamentos que criam campos electromagnéticos não implica a “centralização” de competências na matéria em apreço. Pelo contrário, caberá às entidades locais com competência de planificação urbanística (planos directores municipais, planos de urbanização) concretizar as normas legislativas incluindo na planificação urbanística municipal a regulação da instalação de equipamentos criadores de campos electromagnéticos. Este poder regulativo municipal traduz-se, fundamentalmente, na conformação localizadora dos equipamentos. Já será discutível se cabe na competência das autoridades municipais a proibição geral ou a restrição excessiva de instalação de equipamentos.

A observância dos padrões (*standards*) fixados por lei poderá obrigar à adopção de *planos de recuperação* das instalações e equipamentos já existentes. Em alguns casos, esta recuperação implicará a deslocalização dos equipamentos existentes para locais considerados adequados, impondo-se aos proprietários da rede a desactivação das linhas dentro dos prazos estabelecidos nas normas legais em conformidade com esta, dentro do programa cronológico densificado em regulamentos locais. Neste contexto, a instalação de equipamentos provocadores de campos magnéticos, mesmo em edifícios existentes, carecerá de licença municipal. As licenças já concedidas deverão ser agora completadas por actos declarativos de conformidade com as prescrições legais e regulamentares, o que poderá conduzir à sua desactivação por incompatibilidade com a nova disciplina jurídica ou por não cumprimento desta mesma disciplina.

Deve relevar-se ainda que a implantação de equipamentos electromagnéticos em áreas não integradas em planos de urbanização, sejam elas públicas ou privadas, não dispensa a observância das outras exigências legais e regulamentares, designadamente as que se relacionam com a protecção de monumentos e zonas arqueológicas, tutela da paisagem e áreas verdes, reserva ecológica e reserva agrícola, circulação viária e rede rodoviária. Isto significa que, para além das exigências específicas relacionadas com a natureza das instalações e equipamentos electromagnéticos, se devem respeitar os demais vínculos jurídicos.



(J. J. Gomes Canotilho)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Cf. Revista Giuridica del Ambiente, 1/2000, n.º 514.

Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura 2000 — alguns problemas

Resumo

A conservação da natureza é um dos domínios ambientais em que a liberdade de conformação dos Estados membros da União Europeia tem vindo a diminuir mais drasticamente em virtude dos avanços sucessivos do Direito Comunitário. As Directivas Comunitárias, em conjugação com a interpretação que delas faz a jurisprudência comunitária, têm criado para os Estados deveres gradualmente acrescidos.

Primeiro, foram os estritos deveres de zonamento segundo critérios científicos puros, onde não têm cabimento quaisquer considerações de ordem não ecológica.

Segundo, foram os deveres de protecção efectiva, inconciliáveis com instrumentos voluntários, consensuais ou incitativos, que exigem o recurso exclusivo a instrumentos juridicamente vinculantes.

Depois de nos termos pronunciado sobre o regime nacional de conservação da natureza a propósito do caso concreto do Paul de Arzila¹ e depois de termos apreciado alguns exemplos de jurisprudência comunitária sobre a aplicação do regime europeu de conservação da natureza pelos Estados membros², propomo-nos agora fazer uma apreciação da aplicação da legislação nacional à luz do seu padrão de legalidade, que é o Direito Europeu, na interpretação que dele faz o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre este tema é abundante e variada, fornecendo um indispensável ponto de apoio na interpretação das disposições nacionais.

Sobretudo a partir da mais recente jurisprudência comunitária, vamos procurar obter ensinamentos, que nos permitam saber qual a melhor interpretação das obrigações Europeias do Estado Português.

A abundância de tal jurisprudência constitui um precioso auxiliar na interpretação e aplicação do Direito Europeu, colocando os aplicadores do regime nacional de conservação da natureza numa posição mais confortável. No entanto, não é um indício muito favorável, do ponto de vista do cumprimento dos deveres ecológicos dos Estados, sendo, pelo contrário, reveladora de um incumprimento bastante generalizado das obrigações europeias de conservação da natureza.

1. O Direito da conservação da natureza

Os propósitos de conservação da natureza impõem fundamentalmente abstenções de intervenção humana em certos espaços especialmente designados, com vista a não perturbar as espécies nem degradar o seu entorno ecológico. Isto significa que, frequentemente, os objectivos ecológicos entrarão em conflito com outros fins económicos, culturais ou de recreio.

De facto, o desenvolvimento de actividades como a exploração florestal ou agrícola, o desenvolvimento urbano, o lançamento de novas vias de comunicação ou a construção de infraestruturas, em zonas especialmente aptas para a conservação da natureza, podem revelar-se

difícilmente conciliáveis ou mesmo incompatíveis, com a desejável estabilidade ecológica. A menos que fossem tomadas medidas muito concretas, a tendência natural seria o aumento da pressão exercida pelas actividades humanas sobre as referidas zonas sensíveis, prejudicando o equilíbrio dos ecossistemas, em detrimento dos prementes imperativos ecológicos. É neste contexto que começam a surgir as medidas de conservação do património natural, que compõem actualmente uma teia de normas jurídicas de fonte nacional, comunitária e internacional.

1.1. O Direito Internacional Público

No plano internacional, foram vários os instrumentos adoptados com a finalidade de promover a diversidade biológica. São de referir, fundamentalmente, cinco: a Convenção sobre zonas húmidas de importância internacional, especialmente como *habitat* de aves aquáticas, assinada em Ramsar em 1971 (e aprovada por Portugal pelo Decreto n.º 101/80, de 9 de Outubro), a Convenção sobre a conservação das espécies migradoras pertencentes à fauna selvagem, assinada em Bona em 1979 (e aprovada pelo Decreto n.º 103/80, de 11 de Outubro), a Convenção sobre o comércio internacional de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção, assinada em Washington em 1973 (e aprovada entre nós pelo Decreto n.º 50/80, de 23 de Julho), a Convenção relativa à protecção da vida selvagem e do ambiente natural na Europa, assinada em Berna, em 1979 (com aprovação pelo Decreto n.º 95/81, de 23 de Julho) e a Convenção sobre a diversidade biológica assinada no Rio de Janeiro em 1992 (aprovada pelo Decreto n.º 21/93, de 21 de Junho).

1.2. O Direito Comunitário Europeu

Ao nível comunitário, o primeiro passo no domínio da conservação da natureza foi dado pela Directiva n.º 79/409, de 2 de Abril, habitualmente designada por «Directiva-aves») e que tem em vista a preservação, respectivamente, apenas das aves selvagens e dos seus *habitats*. A esta seguiu-se, em 1992, a Directiva 92/43, de 21 de Maio, simplificada designada por «Directiva-*habitats*». Aprovada por unanimidade, sob a presidência portuguesa do Conselho de Ministros, a Directiva 92/43 passou a vincular os Estados à protecção de um vasto conjunto de espécies da fauna e da flora selvagens e *habitats* naturais.

Em caso de transposição incompleta, algumas das disposições de qualquer das duas directivas gozam de efeito directo, nos termos de jurisprudência e doutrina comunitárias firmadas desde há anos.

Para promover iniciativas de protecção activa das zonas integrantes da rede *Natura* 2000 existe ainda o programa Europeu LIFE, cujo regulamento actual foi aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 17 de Julho de 2000 (Regulamento n.º 1655/2000, que revoga o anterior Regulamento n.º 1973/92). O programa LIFE é um instrumento financeiro que visa «contribuir para a aplicação, a actualização e o desenvolvimento da política comunitária do ambiente e da legislação ambiental, em especial em matéria de integração do ambiente noutras políticas comunitárias, bem como para o desenvolvimento sustentável na Comunidade». O programa LIFE é composto por três vertentes temáticas, a primeira das quais é denominada «LIFE-Natureza», e tem como objectivo «contribuir para a aplicação da Directiva 79/409/CEE do Conselho, de 2 de Abril de 1979, relativa à conservação das aves selvagens, 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, e em especial da rede europeia *Natura* 2000 criada por esta última directiva».

O apoio financeiro assume a forma de co-financiamento dos projectos a uma taxa máxima de 50% para os projectos de conservação da natureza (ou, excepcionalmente, 75% para os projectos respeitantes a *habitats* naturais prioritários ou a espécies prioritárias) e de 100% para as medidas de acompanhamento.

1.3. O Direito Português

Em Portugal, toda a legislação recentemente aprovada nesta matéria tem sido determinada pela necessidade de transposição das normas europeias, limitando-se, quanto ao seu conteúdo, ao mínimo indispensável para o cumprimento do dever de prossecução nacional dos fins fixados ao nível europeu.

Em geral podemos afirmar que desde a Lei n.º 9/70, a primeira lei de bases sobre protecção da natureza e dos seus recursos, aprovada pela Assembleia Nacional em 19 de Junho, até à Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade, constante da Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, que o desígnio de preservação do património natural tem ganho força e actualidade no nosso País.

Um percurso pelo direito vigente dá uma percepção mais clara da intensidade do cometimento legal a este fim.

1.3.1 Uma incumbência constitucional e legal

A conservação da natureza surge desde logo, a nível constitucional, entre as incumbências do Estado em matéria de ambiente. Nos precisos termos do artigo 66.º da lei fundamental, «incumbe ao Estado (...) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico».

Também no plano infraconstitucional, a conservação da natureza tem sido um propósito legal gradualmente assumido.

1.3.2. A Lei de Bases do Ambiente

Antes de mais, a Lei de Bases do Ambiente, no seu artigo 29.º, sobre *áreas protegidas, lugares, sítios, conjuntos e objectos classificados* já previa o estabelecimento de uma «rede nacional contínua de áreas protegidas, abrangendo áreas terrestres, águas interiores e marítimas e outras ocorrências naturais distintas que devam ser submetidas a medidas de classificação, preservação e conservação, em virtude dos seus valores estéticos, raridade, importância científica, cultural e social ou da sua contribuição para o equilíbrio biológico e estabilidade ecológica das paisagens».

1.3.3. A Rede Nacional de Áreas Protegidas

Em 1993, o Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, cria a rede nacional de áreas protegidas, integrando parques nacionais, reservas, parques ou monumentos naturais, paisagens protegidas ou sítios de interesse biológico. Nove anos mais tarde, o Decreto-Lei n.º 221/2002, de 22 de Outubro, vem alterar o procedimento de nomeação dos membros e competências da comissão directiva das áreas protegidas de interesse nacional. Agora é competência da comissão directiva emitir parecer prévio, de carácter vinculativo, às autorizações de actos ou actividades condicionados na área protegida, que vierem a ser indicados no plano de ordenamento da área protegida.

As áreas protegidas classificáveis são as «áreas terrestres e as águas interiores e marítimas em que a fauna, a flora, a paisagem, os ecossistemas ou outras ocorrências naturais apresentem, pela sua raridade, valor ecológico ou paisagístico, importância científica, cultural e social,

uma relevância especial que exija medidas específicas de conservação e gestão, em ordem a promover a gestão racional dos recursos naturais, a valorização do património natural e construído, regulamentando as intervenções artificiais susceptíveis de as degradar».

Excepcionalmente, dentro das áreas protegidas podem ser criadas «reservas integrais», enquanto «espaços que têm por objectivo a manutenção dos processos naturais em estado imperturbável e a preservação de exemplos ecologicamente representativos num estado dinâmico e evolutivo e em que a presença humana só é admitida por razões de investigação científica ou monitorização ambiental».

Em 2002, o Decreto-Lei n.º 204/2002, de 1 de Outubro, mantém em vigor todas as classificações de áreas protegidas operadas pelo Decreto-Lei n.º 19/93 e por diversos diplomas avulsos. O objectivo é assegurar a existência de um regime legal para as áreas mais representativas do património natural que não tivessem, até à data, qualquer plano de ordenamento aprovado, o que se verificou ser muito frequente.

1.3.4. A lei fundamental de conservação da natureza

Mas foi em 1999 que foi adoptado o mais recente diploma de transposição, aquele que, de forma mais completa, regulamenta, para o território português, as disposições europeias relativas à preservação dos mais importantes elementos do património natural. Tendo como objectivos «contribuir para assegurar a biodiversidade, através da conservação e do restabelecimento dos *habitats* naturais e da flora e fauna selvagens num estado de conservação favorável no território nacional (...)», o Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, aplica-se a todas as espécies de aves que ocorrem naturalmente no estado selvagem no território nacional (incluindo os seus ovos e ninhos), a um vasto número de espécies da fauna e da flora nacionais e ainda aos seus *habitats* naturais. Recentemente, já em Junho de 2003, o Tribunal de Justiça teve oportunidade de se pronunciar em termos não muito favoráveis, sobre a lei fundamental relativa à conservação da natureza em Portugal, no processo n.º 72/02. No seu acórdão, o Tribunal declara o incumprimento pelo Estado português do dever de transposição correcta e completa das directivas comunitárias sobre conservação da natureza. Mais concretamente, são as seguintes as apreciações daquele Tribunal Europeu relativamente ao Direito português:

a) não transpõe para a ordem jurídica interna os artigos 3.º, n.º 3, 10.º, 11.º e 12.º, n.º 4, da Directiva 92/43, nem os artigos 7.º e 8.º da Directiva 79/409;

b) transpõe incorrectamente os artigos 1.º, 6.º, n.ºs 1 a 4, e 12.º, n.º 1 al. d), da Directiva 92/43 e os artigos 2.º, 4.º, n.ºs 1 e 4, e 6.º da Directiva 79/409.

Como seria de esperar, num processo perante o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, de nada adiantou a explicação acerca da demissão do Governo e das eleições legislativas, de nada adiantou a invocação da solene intenção de revisão da legislação vigente.

Em vista do desenlace, é de prever que a necessária revisão legislativa ocorra em breve.

1.3.5. As Zonas de Protecção Especial

O Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de Setembro, cria quase três dezenas de zonas de protecção especial das aves selvagens, cumprindo assim as obrigações, que poderíamos considerar de «primeiro grau», resultantes da directiva n.º 79/409, de 2 de Abril. Antes e depois destas, algumas outras zonas de protecção especial foram criadas ou viram os seus regimes alterados.

1.3.6. Os sítios de importância comunitária

Em 1997, com dois anos de atraso em relação ao prazo estabelecido pela Comunidade Europeia, é adoptada, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 142/97, de 28 de

Agosto, a primeira lista nacional de sítios a apresentar à Comissão Europeia para integrar a rede *Natura 2000*, em cumprimento da Directiva Comunitária 92/43. Tal catálogo virá a ser completado apenas em 2000, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 76/2000, de 5 de Julho, que aprova a lista complementar de sítios portugueses. De todos, a Comissão Europeia apenas adoptou, até ao momento, os localizados na região biogeográfica macronésia abrangendo, no caso português, todos os sítios de importância comunitária localizados na Madeira e nos Açores (Decisão 2002/11, de 28 de Dezembro de 2001).

1.3.7. *As espécies cinegéticas*

No que respeita a certas espécies animais, cuja protecção não é considerada prioritária por não se tratar de espécies prioritárias mas, antes pelo contrário, de espécies cinegéticas, ao Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, vem juntar-se a Lei n.º 173/99, a Lei de bases da caça regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 227-B/2000 (por sua vez alterado pelo Decreto-Lei n.º 338/2001).

Este regime geral é completado, em cada ano, com a aprovação do calendário venatório que estabelece, em concreto, os períodos legalmente admissíveis de caça a cada espécie cinegética. Para a época 2002-2003, o calendário venatório foi aprovado pela Portaria n.º 776/2002, de 2 de Julho.

1.3.8. *Os documentos estratégicos*

Sendo a planificação um dever ambiental fundamental dos órgãos competentes do Estado, encontramos, em matéria de conservação da natureza, dois importantes documentos de carácter estratégico. O primeiro é a Resolução n.º 27/99, de 8 de Abril (rectificada em 30 de Abril pela Declaração de Rectificação n.º 10-AA/99), através da qual o Conselho de Ministros aprova o plano de desenvolvimento sustentável da floresta portuguesa. Aí se procura «a compatibilização das funções da floresta, produtivas, ambientais, sociais e culturais, garantindo-se a sustentabilidade da exploração dos recursos e o normal funcionamento e vitalidade do tecido empresarial», partindo do pressuposto de que a «ausência da valorização económica da floresta será sempre um factor indutor da sua degradação».

O segundo documento é a Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro, que adopta a estratégia nacional de conservação da natureza e da biodiversidade, tendo como objectivos «conservar a natureza e a diversidade biológica, incluindo os elementos notáveis da geologia, geomorfologia e paleontologia; promover a utilização sustentável dos recursos biológicos; contribuir para a prossecução dos objectivos visados pelos processos de cooperação internacional na área da conservação da natureza (...), designadamente a conservação da biodiversidade, a utilização sustentável dos seus componentes e a partilha justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos».

2. O dever de conservação da natureza pelos Estados membros da União Europeia

Analisando as obrigações dos Estados membros da União Europeia relativamente à conservação da natureza, verificamos que elas se manifestam em dois momentos-chave: o da designação e o da protecção.

2.1. *Dever de designação*

Este é o primeiro momento, aquele em que os Estados exercem a sua prerrogativa de seleccionar espécies e habitats. Quanto às espécies, os Estados devem seleccionar,

entre as espécies da fauna e da flora constantes dos anexos das directivas, aquelas que existem naturalmente no seu território e que, simultaneamente são carecidas de protecção. Quanto aos *habitats*, devem fazer o levantamento dos existentes e designar aqueles cuja protecção se impõe, indicando com precisão o seu recorte geográfico. O cumprimento do dever de designação (de espécies e *habitats*) corresponde ao limiar mínimo de conformidade do Direito Nacional com o Direito Comunitário, abaixo do qual se considera haver incumprimento flagrante do dever de protecção. É precisamente a consideração do dever de classificação como o *grau mínimo* do cumprimento que leva à interpretação extremamente restritiva da obrigação de classificar, designadamente quando as instituições comunitárias afirmam a superioridade dos critérios científicos de classificação sobre critérios políticos ou de oportunidade, ou quando as instituições comunitárias defendem que são os Estados que têm que provar um facto negativo, que é a inexistência de qualquer carência de protecção da zona para justificar a sua intenção de não classificar, invertendo o ónus da prova da necessidade de protecção.

Numa primeira fase, foi também a este dever que se limitou a função fiscalizadora da Comissão Europeia e, conseqüentemente, o controlo do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Os Estados eram frequentemente condenados, por exemplo, por não terem designado algumas espécies ou *habitats*, ou por não terem designado *habitats* em número ou em dimensão suficientes. No capítulo seguinte veremos a que critérios vêm atendendo, a Comissão e o Tribunal, na censura aos Estados pelo incumprimento do dever de designação.

2.2. Dever de protecção

O segundo momento-chave do estabelecimento de um regime legal, regulamentar ou convencional que garanta o respeito dos imperativos ecológicos dentro dessas zonas é o do dever de protecção. Este, tem-se revelado a tarefa mais difícil para os Estados membros, estando mesmo na origem de inúmeros acórdãos declarando o incumprimento do Direito Comunitário do Ambiente.

Quanto ao dever de proteger, o incumprimento pode resultar tanto da deficiência do regime legal instituído, como de acções materiais do Estado, intencionais ou negligentes, que contrariam o regime estabelecido, como ainda da insuficiência dos meios existentes para controlo das actuações dos particulares.

Portugal não constitui excepção e, também em território nacional, encontramos abundantes situações em que o nível elevado de protecção imposto nas zonas designadas como aptas para a conservação da natureza não é respeitado, em virtude da complacência mais ou menos consciente dos organismos competentes do Estado.

Por um lado, é a própria lei que frequentemente contempla situações de condescendência com actividades inconciliáveis com o nível de protecção desejável, baixando a fasquia de protecção para níveis dificilmente aceitáveis.

Por outro lado, a actividade fiscalizadora, indispensável para prevenir e sancionar as actividades legal ou ilegalmente³ desenvolvidas dentro das zonas, pela sua exigência de meios humanos e financeiros pode por vezes claudicar, pondo em perigo os valores ecológicos subjacentes ao regime instituído. Esta última situação, já apelidada de «transposição simbólica»⁴, redundava por vezes em flagrantes discrepâncias entre o nível de protecção legal e o nível de cuidado efectivo.

3. O dever de conservação da natureza em Portugal: o caso do Estuário do Tejo

O caso da zona de protecção especial do Estuário do Tejo é perfeitamente demonstrativo de como, tanto a instituição concreta (o dever de classificação) como a protecção efectiva (dever

de protecção) dos sítios indicados por Portugal para integrar a rede Natura 2000, têm estado sujeitas a pressões desmesuradas e a regimes legais perfeitamente voláteis, tendo como consequência o estabelecimento de um nível de protecção periclitante.

A primeira classificação do estuário do Tejo foi feita em 1976, ainda enquanto Reserva Natural, pelo Decreto-Lei n.º 565/76, de 19 de Julho, que proibiu qualquer alteração às actividades económicas ali existentes ou à morfologia do terreno (nomeadamente no que respeita a caminhos, a construção de quaisquer imóveis ou a alteração dos existentes, a passagem de novas linhas eléctricas ou telefónicas), sem autorização especial da Secretaria de Estado do Ambiente. Nesse mesmo ano, o regulamento geral da reserva natural do estuário do Tejo, aprovado pela Portaria n.º 481/79, de 7 de Setembro, limita-se a prescrever as sanções concretamente aplicáveis a estas infracções.

Criada formalmente em 1994, a zona de protecção especial do Estuário do Tejo é a nossa primeira zona de protecção especial formalmente instituída e o primeiro exemplo de grande conflito ecológico numa zona de conservação da natureza, com passagem prolongada pelas instâncias judiciais.

O diploma de criação, o Decreto-Lei n.º 280/94, de 5 de Novembro, fundamentava o regime legal na «elevada produtividade biológica», ao nível da avifauna bravia que ali ocorre regularmente e em concentrações notáveis e elencava, desde logo, um conjunto de actividades absolutamente interditas dentro da zona de protecção especial e ainda outras actividades dependentes de consulta do Instituto de Conservação da Natureza, seguida de autorização ministerial expressa. Entre as primeiras, encontravam-se o licenciamento de novos loteamentos urbanos e industriais; o lançamento de águas residuais susceptíveis de causar poluição e, dentro de certos limites, o sobrevoo por aeronaves (artigo 7.º, n.º 1).

Em 1995, por causa da construção da nova ponte sobre o Tejo, é criada uma contribuição especial que tributava as mais-valias de certos prédios situados junto aos acessos à nova ponte. Por razões de justiça fiscal, foi tributado às taxas de 20% e 30%, o aumento de valor, resultante da possibilidade de utilização como terrenos para construção urbana, dos prédios situados nos municípios de Alcochete, Montijo e Moita, no município de Palmela (as freguesias de Pinhal Novo, Rio Frio, Palmela, Quinta do Anjo e Cabanas), e no município de Benavente (freguesia de Samora Correia) (Decreto-Lei n.º 51/95, de 20 de Março).

Este mesmo diploma redefine, pela primeira vez, os limites da zona de protecção especial, o mesmo voltando a acontecer em 1997, desta vez, ao que parece, com aumento da área total (Decreto-Lei n.º 46/97, de 24 de Fevereiro).

Ainda no ano de 1997, o novo executivo apercebe-se de que a interdição absoluta de licenciamento de loteamentos urbanos e industriais na zona de protecção especial do estuário do Tejo, estabelecida em 1994, «conduziu a situações de conflitualidade administrativa, com prejuízos sociais significativos». Invocando a necessidade de *sustentabilidade social*, a alínea a) do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 280/94 é alterada, tornando-a inaplicável aos loteamentos pendentes em 5 de Novembro de 1994, data da entrada em vigor da lei (Decreto-Lei n.º 327/97, de 27 de Novembro).

Já em 1998, é a Assembleia da República que, censurando esta alteração, revoga integralmente a referida alínea, relativa à interdição dos loteamentos e, em alternativa, estabelece um prazo máximo de seis meses para o Governo proceder a nova redefinição de áreas da zona de protecção do estuário do Tejo. Desta vez seria obrigatória a audição das autarquias locais, das organizações de defesa do ambiente, do Instituto de Conservação da Natureza e dos órgãos próprios da zona de protecção especial (Lei n.º 52/98, de 18 de Agosto).

Discordando da deliberação parlamentar, o Governo aprova, em Março de 1999, a repristinação da mesma alínea que interdita os loteamentos, na sua versão originária (Decreto-Lei n.º 76/99, de 16 de Março). Volta a proibição absoluta de loteamentos urbanos e industriais.

Em 30 de Junho de 1999, a Portaria n.º 670-A/99, de 30 de Junho, que aprova o Plano de Gestão da zona de protecção especial do Estuário do Tejo, reitera a mesma proibição estrita [artigo 2.º, al. a)].

Novamente em 1999, cinco meses mais tarde, a Assembleia da República vem, através de uma Resolução, recomendar ao Governo que a redefinição da área da zona de protecção do estuário do Tejo seja precedida de audição das autarquias locais envolvidas, das organizações de defesa do ambiente, do Instituto da Conservação da Natureza e dos órgãos próprios da zona de protecção especial (Resolução da Assembleia da República n.º 69/99, de 17 de Agosto).

No ano 2000 não há novidades quanto à zona de protecção especial do estuário do Tejo, tendo apenas sido criadas uma área de refúgio de caça e várias áreas interditas à caça (Portaria n.º 1226-GE/2000, de 30 de Dezembro).

Em 2001, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/2001, de 10 de Maio, determina a composição da Comissão mista de coordenação que, no âmbito do Instituto de Conservação da Natureza, deverá proceder, no prazo de um ano, à elaboração de um novo plano de ordenamento, substituindo assim o regulamento geral da reserva natural do Estuário do Tejo, aprovado mais de vinte anos antes, pela Portaria n.º 481/79, de 7 de Setembro.

Como objectivos orientadores da elaboração do novo plano de ordenamento, encontramos cuidados puramente ecológicos, a par de preocupações que reflectem a controvérsia relativa aos licenciamentos de actividades, *maxime*, loteamentos. Assim, por um lado, temos a definição de uma «correcta estratégia de conservação e gestão que permita a concretização dos objectivos que presidiram à classificação como reserva natural» e ainda a correspondência aos «imperativos de conservação dos *habitats* naturais da fauna e flora selvagens protegidas». Por outro lado, temos o estabelecimento de «propostas de ocupação do solo que promovam a necessária compatibilização entre a protecção e valorização dos recursos naturais e o desenvolvimento das actividades humanas em presença, tendo em conta os instrumentos de gestão territorial convergentes na área da Reserva Natural».

Em 2002, o Decreto-Lei n.º 140/2002, de 20 de Maio, procede a duas importantes alterações do regime aplicável: por um lado, mantendo-se a proibição liminar dos loteamentos, acrescenta-se agora que as obras de construção civil fora dos perímetros urbanos passam apenas a estar sujeitas a um parecer do ICN, excepcionando-se em seguida as obras de reconstrução, ampliação, demolição e conservação, as quais dispensam mesmo esse parecer prévio; por outro lado, procede, pela terceira vez, à redefinição dos limites da Zona de Protecção Especial do Estuário do Tejo. A decisão é legitimada invocando três ordens de razões: primeiro, a correcção de «incongruências existentes, desde o início, entre a descrição de limites (...) e a respectiva representação cartográfica»; segundo, «imperativos de defesa nacional» que justificam o recuo do perímetro da zona de protecção, deixando de fora uma instalação militar (um campo de tiro); e terceiro, a compatibilização da zona de protecção com a realidade existente em função de características e ocupação dos solos, o que permite a redefinição do perímetro urbano do município de Alcochete.

Quatro meses depois, porém, toda a redefinição de limites volta a ceder aparentemente, desta vez, por razões ecológicas e de responsabilidade internacional do Estado português: «a observância do princípio da precaução e a necessidade de assegurar o correcto cumprimento das obrigações decorrentes dos compromissos que Portugal assumiu perante a Comissão Europeia» levam à suspensão da vigência do Decreto-Lei n.º 140/2002, de 20 de Maio, na parte em que fixava novos limites à zona de protecção especial do estuário do Tejo, ripristinando, deste modo, o perímetro anterior, fixado pelo Decreto-Lei n.º 51/95, de 20 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 46/97, de 24 de Fevereiro. Proceder-se-á agora a uma cuidada reponderação da necessidade de se

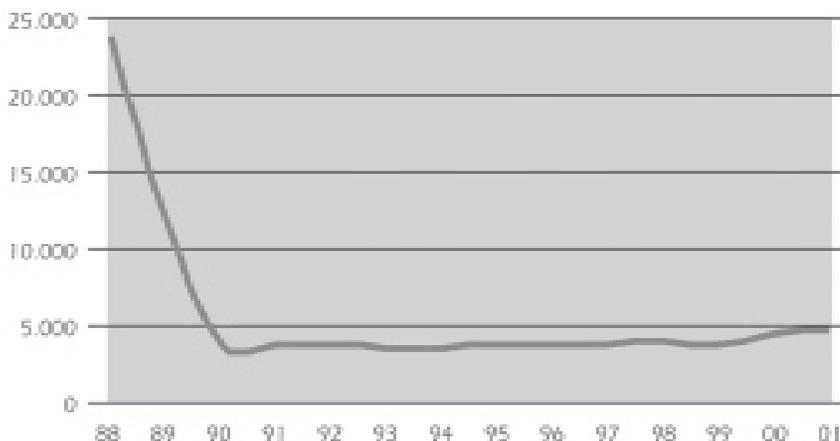
alterarem os limites da zona de protecção especial, bem como a uma audição prévia da Comissão Europeia.

Se este é o último lance conhecido, até ao momento, do autêntico *pingue-pongue* de interesses que se vem desenvolvendo, desde há uma década, relativamente à zona de protecção especial do estuário do Tejo ele é também a prova acabada das manipulações, a que está sujeita a conservação da natureza, sob o ímpeto das pressões de toda a ordem — desde as urbanísticas às agrícolas, desde as rodoviárias às florestais.

Fora desta descrição ficaram ainda as situações de infracção clara ao regime legalmente instituído e ainda aquelas que, sem infringir, comprometem seriamente este regime e que vão desde a colocação clandestina de redes de pesca do *meixão* (enguias recém-nascidas conhecidas como o «caviar português») até ao aumento exponencial de construção de casas na margem sul do Tejo, causando níveis de poluição incompatíveis com o equilíbrio ecológico desejável na zona de protecção especial.

Infelizmente, o número de vigilantes da natureza, que poderiam controlar, no terreno, estas situações, não tem sentido grandes aumentos desde há mais de uma década.

Área Protegida (ha) / Vigilante



Vigilantes da natureza em Portugal continental (Fonte: ICN, 2002)

4. A instituição concreta da rede Natura 2000

Em cumprimento do dever de transposição das directivas comunitárias, cabe aos Estados, num primeiro momento, seleccionar e designar as espécies e os *habitats* carecidos de protecção que ocorrem naturalmente no seu território.

Para esse efeito, os Estados dispõem, nos múltiplos anexos das directivas, de preciosos auxílios: longas listas de espécies da fauna, listas de espécies da flora, listas de *habitats*, listas de métodos de caça proibidos e, ultimamente, até listas de critérios de selecção dos *habitats*.

Analisando a prática dos Estados, verifica-se que a identificação das espécies parece não ter levantado tantas dificuldades como a identificação dos *habitats* de interesse comunitário. As razões prendem-se, por um lado, com a margem de apreciação dos

Estados que (no caso dos *habitats*, é maior), por outro lado, com a sua expectável relutância em onerar parcelas significativas do seu território com um regime que se caracteriza pela incompatibilidade com a generalidade das actividades económicas, e, finalmente, com a íntima relação entre a selecção de *habitats* e o ordenamento do território, matéria que, na repartição de competências entre a União e os Estados, se tem mantido essencialmente na competência dos Estados e onde estes conservam um forte poder deliberativo, gozando de poder individual de veto nas deliberações no seio do Conselho (nos termos do artigo 175.º, n.º 2, do Tratado que institui a Comunidade Europeia).

Foram as dúvidas sobre os limites e a susceptibilidade de controlo judicial do poder discricionário dos Estados (quanto à selecção de *habitats* de interesse comunitário e o conseqüente excesso de litigação relativamente a esta questão) que levaram a que, na aprovação da segunda directiva relativa à conservação da natureza, não se tenha querido continuar a confiar no bom senso e boa fé dos Estados na selecção dos *habitats* dignos de protecção.

Com efeito, a razoabilidade demonstrada pelos Estados, no cumprimento do dever de designar, tem deixado muito a desejar. Com efeito, o dever de designar tem sido considerado:

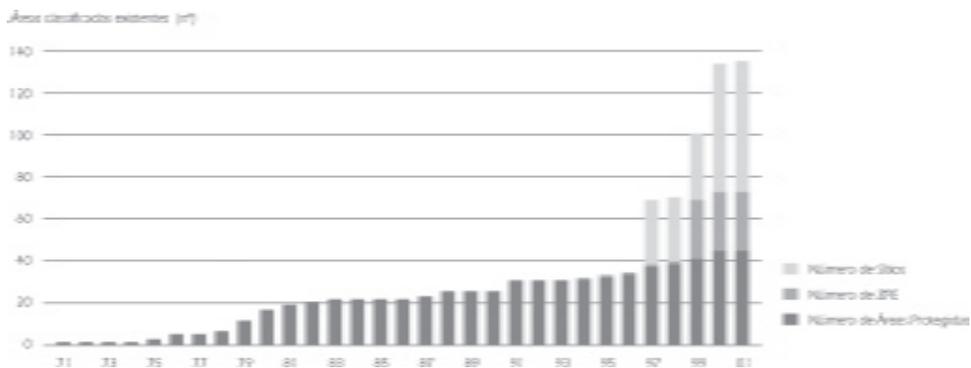
- por uns, como mera faculdade (e não um poder-dever, como parecem considerar a Comissão e o Tribunal Europeu);
- por outros, como um dever condicionado à existência de condições (nomeadamente financeiras), ou um dever de realização gradual (e não um dever instantâneo cujo cumprimento pode ser imediatamente exigível, pelo menos num nível mínimo, como é o entendimento europeu);
- por outros ainda, como um dever meramente formal, ao qual não se segue necessariamente a instituição de qualquer regime especial (e não um pré-requisito indispensável da protecção efectiva à qual os Estados estão estritamente obrigados); e, finalmente,
- por todos em geral, como um poder discricionário livre e insusceptível de qualquer tipo de sindicância judicial e, sobretudo, insusceptível da invocação de efeito directo (contrariamente à posição consensual e constante das instituições comunitárias, que defendem a existência de critérios objectivos e controláveis subjacentes à decisão de designar ou não designar um sítio do território nacional como adequado à conservação da natureza e que esta existência justifica cabalmente a invocação do efeito directo).

Alternativamente, restava às instituições comunitárias o recurso à solução habitual: o estabelecimento de uma longa lista legal de critérios de transposição, que, limitando sensivelmente a discricionariedade dos Estados, iria facilitar o controlo e legitimar a invocação do efeito directo. Foi esta a opção da «Directiva-*habitats*» que inclui, no anexo III, oito critérios nacionais e cinco critérios europeus. Entenda-se: trata-se de oito critérios que devem ser observados pelos Estados, na selecção dos locais susceptíveis de serem identificados como locais de importância comunitária no seu território, e de cinco critérios aos quais se cingirá a Comissão na avaliação da importância comunitária dos locais incluídos nas listas nacionais, para efeito de integração definitiva na rede *Natura 2000*.

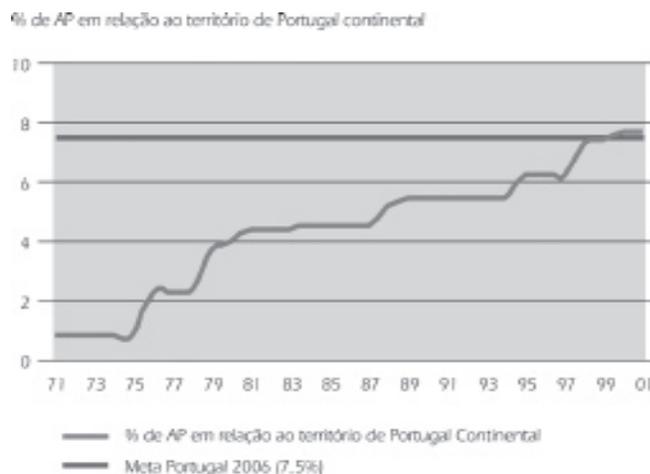
Em aplicação dos referidos critérios, vejamos qual o panorama nacional, relativamente aos locais considerados como sítios de interesse comunitário. Os mapas seguintes correspondem, respectivamente, às listas de 1997 e de 2000, ou seja, à primeira e segunda listas nacionais de sítios.



Segundo dados do Instituto de Conservação da Natureza relativos a 2002, em termos de número absoluto de zonas protegidas, verifica-se que progredimos bastante rapidamente no cumprimento do dever de designação de zonas protegidas.



Analisando o mesmo número, mas reportando-nos agora à área ocupada relativamente à totalidade do território, estamos pouco acima da fasquia de 7,5% do território nacional.



No entanto, se tomarmos em consideração todos os sítios propostos na segunda lista nacional de sítios, este valor ascende a mais de 20% do território nacional, dos quais cerca de $\frac{1}{3}$ têm uma ocupação florestal e $\frac{1}{5}$ uma ocupação agrícola.

5. O dever de designação e a coerência da rede Natura 2000

A coerência é o critério fundamental subjacente à instituição concreta da rede *Natura 2000*. Mas, na realidade, o objectivo de estabelecimento de uma «rede coerente» surge logo na «Directiva-aves» que, já em 1979, preconizava que as zonas designadas deveriam constituir uma «rede coerente respondendo às necessidades de protecção das espécies na zona geográfica marítima e terrestre de aplicação da presente directiva» (artigo 4.º, n.º 3).

E é no momento da selecção de zonas ou sítios que o critério da coerência está especialmente presente⁵.

Intimamente relacionada com os princípios fundamentais do Direito do Ambiente, a coerência é o reflexo dos princípios da integração e da planificação no domínio particular da conservação da natureza e resulta da consciência da ineficácia de uma protecção pontual e fragmentária.

Se a selecção dos sítios for coerente, então a coerência torna-se uma característica essencial da rede. Correspondendo a uma evolução do entendimento tradicional da técnica do *zonamento* na conservação da natureza, a coerência subjacente às zonas designadas e, portanto, a coerência da rede, é a garantia de que não estamos a criar meras *ilhas* de biodiversidade e de precários equilíbrios ecológicos no meio das oceanos de ambientes hiper-humanizados e degradados.

É necessário garantir a sustentabilidade de cada *ilha*, e daqui resulta a importância de três conceitos fundamentais para a eficácia e bom funcionamento da rede *Natura 2000*: corredores ecológicos, protecção transfronteiriça e zonas tampão.

Estes três conceitos concretizadores da rede *Natura 2000* correspondem aos mais recentes movimentos de conservação da Natureza e são, também eles, manifestações do princípio da integração. No entanto, como veremos, a coerência da rede não resulta apenas e automaticamente da existência de zonas tampão, de protecção transfronteiriça e de corredores ecológicos, mas também de uma correcta aplicação dos critérios que presidem à selecção de sítios.

5.1. Os corredores ecológicos

Na «Directiva-habitats», os corredores ecológicos são expressamente considerados como importantes reforços da coerência ecológica da rede *Natura 2000* (artigo 3.º, n.º 3).

Nos termos daquela directiva de 1992, os corredores ecológicos são elementos paisagísticos que, «pela sua estrutura linear e contínua (tais como rios e ribeiras e respectivas margens ou os sistemas tradicionais de delimitação dos campos) ou pelo seu papel de espaço de ligação (tais como lagos e lagoas ou matas), são essenciais à migração, à distribuição geográfica e ao intercâmbio genético de espécies selvagens» (artigo 10.º).

Os corredores ecológicos servem de *interface* ou elemento de ligação entre sítios sem contiguidade geográfica mas com afinidades naturais. Têm como vantagem promover a multiplicação das possibilidades de conservação e reprodução das espécies, permitindo a prossecução dos objectivos de protecção — a manutenção dos *habitats* num estado de conservação favorável — em espaços geograficamente mais alargados e, portanto, mais sustentáveis⁶.

Apesar de ausentes da legislação nacional, não temos dúvidas da importância dos corredores ecológicos como elementos estruturantes fundamentais da rede *Natura 2000*, razão que justifica até o dever que os Estados têm, de fomentar a investigação científica nessa matéria (artigo 18.º, n.º 2, da «Directiva-habitats»).

5.2. A protecção transfronteiriça

A existência de um «ecossistema coerente situado de ambos os lados de uma ou várias fronteiras internas da Comunidade» é um dos critérios de «selecção dos sítios susceptíveis de serem identificados como sítios de importância comunitária e designados como zonas especiais de conservação» mencionados nos anexos B - III do Decreto-Lei n.º 140/99 e anexo III da «Directiva-habitats».

A ideia de protecção transfronteiriça visa impedir que as divisões políticas entre os Estados membros possam vir a constituir uma fronteira física à livre circulação de espécies da fauna ou da flora selvagem da Europa.

Apenas para dar dois exemplos: tal como, apesar do mercado comum e apesar das liberdades de circulação, os diferentes regimes linguísticos dos Estados membros constituem um obstáculo inegável à liberdade de circulação de pessoas dentro do território da União Europeia; tal como os diferentes regimes fiscais (é o caso do imposto automóvel ou outros impostos especiais de consumo) obstruem a liberdade de circulação de mercadorias, provocando algumas distorções do mercado, também a falta de coerência no traçado do perímetro de uma zona de conservação ou a falta de coerência entre os regimes de gestão do sítio de um e do outro lado da fronteira podem ter como efeito o reerguer de barreiras de facto à natural distribuição geográfica ou às trocas genéticas entre populações.

Em que deverá consistir a chamada protecção transfronteiriça?

Antes de mais, e sobretudo, numa troca eficaz de informações, no sentido de compatibilizar a implantação geográfica das zonas a designar num e noutro Estado. Em segundo lugar, na colaboração estreita, com vista a coordenar ambos os regimes de protecção. Para além disso, consistirá na consulta recíproca prévia de autoridades e do público do outro Estado membro, antes de qualquer tomada de posição relativamente ao sítio, independentemente da eventual obrigação de proceder a avaliação de impactes ambientais. Antes de aprovar qualquer actividade a realizar dentro da zona, ou qualquer actividade desenvolvida fora dela, mas com incidências no seu interior; antes de aprovar um plano relativo ao sítio (ou, do mesmo modo, qualquer plano externo ao sítio, mas que possa ter incidências no interior do sítio), o Estado responsável pelo eventual licenciamento ou aprovação do plano deverá fornecer ao Estado contíguo todas as informações de que disponha, tomando em consideração, na sua decisão final, o resultado dos pareceres ou da participação pública.

O objectivo final destes procedimentos é assegurar que, sendo os objectivos de protecção iguais (as mesmas espécies, o mesmo tipo de *habitat*), os níveis de protecção sejam também idênticos, garantindo assim a coerência da rede.

Isto significa que o diálogo e a concertação entre as autoridades competentes dos Estados conjuntamente envolvidos na conservação de espaços naturais comuns é:

- ainda mais premente do que no caso da avaliação de impactes ambientais transfronteiriços, tanto de projectos como de planos ou programas susceptíveis de produzirem impactes ambientais no território de outro Estado membro (conforme os artigos 32.º a 35.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio);
- ainda mais importante do que no procedimento de atribuição de licenças ambientais a instalações industriais poluentes localizadas perto da fronteira (artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto);
- mais indispensável do que na prevenção de acidentes graves ligados a certas substâncias perigosas (artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 164/2001, de 23 de Maio).

E porquê? Porque não estamos aqui a falar simplesmente de relações especiais de vizinhança entre Estados, geradas por instalações perigosas, desenvolvidas no território de um Estado membro mas susceptíveis de produzir poluição ou impactes ambientais, com repercussões num outro lado da fronteira na sequência de um acidente ou mesmo em virtude do seu

funcionamento normal. Aquilo de que se trata, no caso da protecção transfronteiriça de espécies ou *habitats* é da gestão conjunta de um património comum⁷.

5.3. As zonas tampão

Mais complexo é o problema das «zonas tampão». Servindo de interface entre zonas do território onde, em princípio, está excluída a generalidade das actividades humanas, e zonas onde, em regra, quaisquer actividades são permitidas, as zonas *buffer* assumem uma importância crescente na gestão dos sítios ligados à conservação da natureza.

Na realidade, um entendimento material da protecção efectiva de tais zonas implica que seja dada uma especial atenção às actividades desenvolvidas exteriormente ao perímetro das zonas designadas, de modo a garantir que os efeitos de tais actividades não se repercutam no seu exterior.

Deste modo, a compatibilidade, entre as actividades desenvolvidas *fora da zona* e os objectivos prosseguidos *dentro da zona* deve ser aferida caso a caso, em função da natureza da actividade e do grau de sensibilidade das espécies e dos *habitats* aos impactes ambientais típicos de tal actividade. Por isso, também a extensão das zonas de protecção não pode ser pré-definida em abstracto, na medida em que depende não só da natureza da actividade considerada, cujos impactes ambientais são muito variáveis, como do tipo de espécies da fauna, flora e *habitat* em vista dos quais a zona tiver sido designada.

Apenas a título de exemplo, já anteriormente nos referimos ao afastamento de dois quilómetros entre o perímetro exterior de certas zonas de protecção especial e o traçado de uma auto-estrada⁸.

Igualmente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia já se pronunciou sobre os impactes sentidos no interior dos sítios e provenientes de actividades desenvolvidas no exterior, o que corresponde ao reconhecimento das zonas tampão ou, o mesmo é dizer, de um princípio de protecção efectiva e material dos sítios, em detrimento de uma protecção meramente formal⁹.

5.4. A coerência geral da rede Natura 2000

Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, al. m), do Decreto-Lei n.º 140/99, um sítio de importância comunitária é «um sítio que, na ou nas regiões biogeográficas atlântica, mediterrânica ou macaronésica, contribua de forma significativa para manter ou restabelecer um tipo de *habitat* natural do anexo B-I ou de uma espécie do anexo B-II num estado de conservação favorável, e possa também contribuir para a coerência da rede Natura 2000 ou para, de forma significativa, manter a diversidade biológica na ou nas referidas regiões biogeográficas».

Portanto, não basta o respeito pelos três aspectos acabados de referir para assegurar a almejada coerência da rede *Natura 2000*, enquanto instrumento de conservação sistemática e planificada da natureza. A coerência da rede *Natura 2000* resulta ainda do facto de ela ser erigida com base num conjunto de critérios uniformes em todo o território da Comunidade, os quais superam os riscos de falta de uniformidade que a designação descentralizada dos sítios acarreta¹⁰. Ora, os critérios que conferem coerência à rede são de dois tipos: qualitativos e quantitativos.

5.4.1. A coerência qualitativa

A coerência qualitativa está ligada às características próprias dos locais a designar. A aplicação de critérios qualitativos resulta na selecção dos locais mais adequados para a conservação da natureza, sítios bem conservados e com elevada diversidade de espécies.

Durante mais de uma década, entre 1979 e 1992, esses critérios, utilizados na selecção das zonas de protecção especial das aves selvagens, eram puramente extralegais e de origem estritamente científica.

Após aquela data, os critérios foram recebidos pelo Direito Comunitário, para efeito de selecção das zonas de conservação especial das espécies da fauna e da flora, assim como dos sítios a integrar na rede *Natura 2000*.

5.4.1.1. Critérios qualitativos de designação de zonas de protecção especial

Na falta de identificação, pela «Directiva-aves», de critérios de selecção de sítios, os Estados membros começaram por defender que a designação seria um puro poder discricionário, insusceptível de controlo judicial, tanto quanto ao seu conteúdo (que zonas designar?) como quanto à oportunidade (quando designar?).

Porém, rapidamente as instituições comunitárias se aperceberam de que deixar na mão dos Estados a designação de tais zonas poria em perigo a realização dos fins comuns, o que era especialmente grave no caso da conservação da natureza em que «a gestão do património comum está confiada, no seu território, aos Estados-membros respectivos»¹¹.

Em alternativa, as instâncias comunitárias fundaram a ausência de discricionariedade estadual nos critérios ornitológicos, condensados no exaustivo relatório científico denominado Important Bird Areas (IBA). Trata-se de um inventário preparado pela «*BirdLife International*», o Conselho internacional para a preservação das aves, para a Comissão Europeia, com a colaboração alargada de peritos dos Estados membros e em cooperação com peritos da Comissão, editado pela primeira vez em 1989.

A credibilidade e peso científico deste documento, consensual entre a comunidade científica ornitológica europeia, permitem-nos afirmar que, desde então, o IBA faz parte, materialmente, do Direito Comunitário. Transformado em *lista-sombra* das listas nacionais, o IBA passa a servir como critério validador das listas nacionais, só podendo ser contrariado pelos Estados com base em provas científicas concludentes, se quiserem justificar a não inclusão de sítios constantes do IBA nas listas nacionais.

Desde aí, a identificação e delimitação de zonas ao abrigo da «Directiva-aves» é um exercício puramente científico que não permite a consideração de outros critérios, nem sequer os económicos ou de recreio, referidos no artigo 2.º, *in fine*, da «Directiva-aves»¹². Estes são válidos apenas para a protecção conferida às aves e aos habitats em zonas já designadas, e não para a identificação e delimitação destas. O mesmo se passa com os interesses da saúde e da segurança públicas, da segurança aeronáutica, para evitar danos importantes às culturas, ao gado, às florestas, às pescas ou às águas e ainda para a protecção da flora e da fauna, todos referidos no artigo 9.º

Finalmente, a existência deste relatório justifica, segundo o Tribunal de Justiça, a inversão do ónus da prova, o que facilita sobremaneira, à Comissão Europeia, a tarefa de fundamentação das sucessivas acções por infracção ao Direito Comunitário, instauradas contra os Estados membros que não designaram zonas de conservação. Deste modo, se um determinado local não tiver sido designado pelo Estado mas constar do IBA, basta à Comissão Europeia invocar a sua inclusão no IBA como área importante para as aves, cabendo ao Estado provar que esse *habitat* nunca existiu, ou deixou de existir ou então que existe mas a sua protecção não é necessária à luz dos objectivos de conservação europeus¹³.

5.4.1.2. Critérios qualitativos de designação de zonas de conservação especial e sítios da rede *Natura 2000*

No caso das zonas de conservação especial das espécies da fauna e da flora, assim como dos sítios a integrar na própria rede *Natura 2000*, não existem relatórios idênticos ao referido para as aves, para cada espécie animal ou vegetal. Assim, os critérios usados são

os consagrados na «*Directiva-habitats*» no anexo III, transposto para o Direito Português pelo anexo B-III do Decreto-Lei n.º 140/99.

Estes critérios legais são de três tipos: critérios de selecção dos locais adequados para preservação de *habitats* naturais prioritários, critérios de selecção dos locais adequados para preservação das espécies prioritárias e critérios de avaliação da importância comunitária dos locais incluídos nas listas nacionais.

Para a preservação de *habitats* naturais prioritários atender-se-á ao grau de representatividade do habitat natural, à superfície coberta pelo *habitat* natural relativamente à superfície total coberta por esse tipo de *habitat* natural no território nacional, ao grau de conservação e (possibilidade de restauro) da estrutura e das funções do habitat natural em questão, sem deixar de fazer uma avaliação global do valor do local para a conservação do *habitat* natural em questão.

Na preservação das espécies prioritárias ter-se-á em consideração a extensão e densidade da população da espécie presente no local, relativamente às populações presentes no território nacional, o grau de conservação dos elementos do *habitat* importantes para a espécie considerada e possibilidade de restauro, o grau de isolamento da população presente no local relativamente à área de repartição natural da espécie, procedendo-se, mais uma vez, a uma avaliação global do valor do local para a conservação da espécie considerada.

Finalmente, ao avaliar a importância comunitária dos locais incluídos nas listas nacionais, a Comissão deverá ponderar o valor relativo do local a nível nacional, a localização geográfica do local relativamente às vias migratórias de espécies do anexo II, bem como à sua eventual pertença a um ecossistema coerente situado de ambos os lados de uma ou várias fronteiras internas da Comunidade, a superfície total do local, o número de tipos de *habitats* naturais do anexo I e de espécies do anexo II presentes no local, o valor ecológico global do local para a região biogeográfica considerada ou para o conjunto do território europeu, tanto pelo aspecto característico ou único dos elementos que o compõem, como pela sua combinação.

Estes critérios, apesar de terem essa enorme vantagem de estarem consagrados em anexos legais, o que faz com que os Estados não contestem tanto a sua aplicação, tem a desvantagem de ainda carecerem, na sua aplicação territorial, da mediação subsuntiva dos órgãos estaduais, que enviam a informação relevante acerca dos sítios propostos, preenchendo o formulário aprovado pela Decisão 97/266, de 18 de Dezembro, da Comissão. Esse é, pelo contrário, o grande mérito do IBA, que se apresenta geograficamente consubstanciado através de mapas que são a encarnação viva dos critérios ornitológicos relevantes.

5.4.2. A coerência quantitativa

A coerência quantitativa está ligada à configuração global da rede e impõe que o elenco de sítios designados seja suficiente, completo e útil.

Em suma, os Estados só terão cumprido cabalmente o dever de designação se, além dos critérios qualitativos de selecção de ZPEs e ZECs, atenderem ainda a critérios quantitativos. Haverá, portanto, coerência da rede, se as zonas designadas forem suficientemente grandes em extensão (característica da suficiência), forem em número razoável (característica da completude) e foram úteis na perspectiva da rede na sua totalidade (característica da utilidade).

Tal como para a coerência qualitativa, também a coerência quantitativa vale tanto para a «*Directiva-aves*» como para a «*Directiva-habitats*».

5.4.2.1. Critérios quantitativos de designação de zonas de protecção especial

Os critérios quantitativos de selecção de sítios, nomeadamente a suficiência e a completude, decorrem, desde logo, expressamente do artigo 4.º, n.º 1, *in fine* da «*Directiva-aves*»: «os Estados-membros classificarão, nomeadamente, em zonas de protecção especial os

territórios mais apropriados, em número e em extensão, para a conservação destas últimas na zona geográfica marítima e terrestre de aplicação da presente directiva».

Apesar da contestação sistemática dos Estados, o Tribunal tem-se mantido impassível, sufragando a generalidade das teses da Comissão Europeia, quanto aos efeitos da prevalência absoluta de critérios puramente científicos.

Em primeiro lugar, começou por afirmar que o facto de um Estado não ter designado formalmente uma zona de protecção especial não significa que ela não exista e que o dever de protecção não impere¹⁴. A linha argumentativa passou pela proclamação do efeito directo da referida norma, constante do artigo 4.º, n.º 1, *in fine*. Apesar de pouco evidentes, o Tribunal conseguiu provar que os clássicos requisitos de efeito directo estavam presentes na norma¹⁵, desde que devidamente integrada pelos critérios plasmados no IBA. Se a designação formal fosse uma condição prévia indispensável da protecção dos habitats e das aves selvagens, seria demasiado fácil para os Estados frustrar os fins da directiva. Os Estados começaram assim a ver cerceada a sua discricionariedade na transposição da Directiva¹⁶.

Em segundo lugar, o Tribunal ratificou a desnecessidade de indicação concreta de zonas por designar, em casos de insuficiência manifesta do número total de zonas¹⁷. No processo 3/96, a Comissão Europeia acusava os Países Baixos precisamente da insuficiência quantitativa das ZPEs designadas, que eram menos de metade do número absoluto e da área total de zonas consideradas pelo IBA como aptas para classificação. Enquanto a Comissão considerou esta como uma discrepância manifesta, os Países Baixos contestaram a acusação, tendo mesmo o Governo Alemão, que foi admitido a intervir no processo, considerado que a fixação de um mínimo de 50% de locais classificados é arbitrária e destituída de base científica. A opinião do Tribunal, proferida em 19 de Maio de 1998, foi inteiramente sensível aos argumentos da Comissão.

Posteriormente, em 11 de Setembro de 2001, desta vez no processo n.º 220/99, contra a França, a acusação de *insuficiência manifesta* resultou do próprio comportamento do Estado que, tendo comunicado no decurso do procedimento pré-contencioso com a Comissão, apenas 535 sítios, acabou por designar, já no decurso da acção judicial, mais 495 sítios, num total de 1030 sítios!

Na mesma data, mas agora no processo n.º 67/99, contra a Irlanda, acontece precisamente o mesmo, com a Irlanda a designar inicialmente 48 sítios e, no decurso do processo, 362 sítios.

Para usar a classificação que adoptámos, viola-se neste caso o princípio da coerência, na sua dimensão de completude. Mais uma vez se inverte o ónus da prova: não é a Comissão que necessita de provar o «interesse único ou particular» de determinados locais para a conservação da natureza, são os Estados que têm que provar que os locais já designados são suficientes para assegurar o nível europeu adequado para a conservação da natureza¹⁸.

No entanto, a completude tem um limite, estabelecido no artigo 4.º, n.º 2, da «Directiva-habitats»: «os Estados-membros cujos sítios que integrem tipos de *habitats* naturais e espécies prioritários representem mais de 5% do território nacional podem, mediante acordo da Comissão, solicitar que os critérios referidos no anexo III (fase 2) sejam aplicados com mais flexibilidade na selecção do conjunto dos sítios de importância comunitária existentes no seu território».

Em terceiro lugar, se se verificar a presença de aves fora das zonas designadas, pode vir a provar-se que a área total fica aquém do desejável. Nesse caso, o incumprimento do Estado é declarado, com fundamento em que a zona foi mal delimitada porque não é suficientemente ampla. Trata-se, aqui, do desrespeito da característica da suficiência¹⁹ das zonas.

5.4.2.2. Critérios quantitativos de designação de zonas de conservação especial e sítios da rede Natura 2000

Além da suficiência e completude, o terceiro critério, o critério da utilidade, é particularmente importante quanto à rede Natura 2000:

Recordamos aqui que, segundo o artigo 3.º, n.º 1, al. m) do Decreto-Lei n.º 140/99 [análogo ao artigo 1.º, al. k), da «Directiva-habitats»], os sítios de importância comunitária são os que contribuem para preservar os *habitats* naturais e as espécies, mas também os que contribuem «de forma significativa para a coerência da rede Natura 2000». Devem, portanto, ser considerados como sítios de importância comunitária todos aqueles que, além de contribuírem para a prossecução dos objectivos de conservação estabelecidos, ainda são úteis ao reforço da coerência da rede Natura 2000.

Isto significa que os Estados, na proposição dos sítios a integrar na rede Natura 2000, mas sobretudo as instituições europeias, aquando da selecção definitiva destes sítios, devem ter em consideração a configuração total da rede, de forma a evitar sítios isolados e a potenciar todas as possibilidades de interacção entre os sítios propostos.

Poderá, por isso, haver sítios que, não correspondendo tão bem aos critérios qualitativos ou materiais de selecção individual de sítios, tenham uma localização geográfica estratégica em relação a toda a rede, de tal modo que se justifica a sua classificação como sítios de importância comunitária. Estamos a pensar, por exemplo, em sítios algo degradados, onde a densidade populacional das espécies visadas seja comparativamente baixa, em sítios cuja área seja relativamente pequena, ou ainda em sítios residuais, localizados num Estado onde o número de sítios propostos é já bastante elevado. Locais assim, aparentariam não reunir as condições de designação. No entanto, podem vir a ser designados, se se provar que reforçam a coerência da rede Natura 2000 por exemplo, por poderem servir como ponto de repouso intermédio para as espécies migratórias, ou por fazerem a ligação entre sítios isolados ou longínquos da rede, evitando «pontas soltas»²⁰.

6. A protecção efectiva da natureza nas zonas classificadas

Tão importante como a selecção de sítios (de acordo com os critérios indicados da suficiência, completude e utilidade), é a garantia de uma efectiva protecção dentro das zonas e dos sítios designados.

Longe vai o tempo em que a Comissão e o Tribunal de Justiça se limitavam a verificar formalmente²¹ o respeito pelo dever de transposição das directivas, criticando os Estados sempre que não encontrassem, a legislação nacional, normas gerais e vinculantes de transposição expressa das directivas²².

Nesta fase de maturidade do Direito Comunitário do Ambiente, a preocupação é já a da verificação material do efectivo cumprimento dos fins das directivas no território de cada Estado membro. Ao transpor directivas, os Estados membros estão obrigados a estabelecer os meios e as formas adequadas para alcançar os fins. Se esses meios e essas formas se revelarem, na sua aplicação prática subsequente, como insuficientes, os Estados podem ser — e efectivamente têm sido — responsabilizados pela não prossecução dos fins. Trata-se, portanto, no caso do dever de transposição de directivas, de uma obrigação de resultados e não de uma obrigação de meios, devendo o Estado usar todos os instrumentos ao seu alcance na prossecução do resultado comum. Assim aconteceu no caso do défice de protecção da tartaruga *Caretta caretta* pelo Estado Grego²³ e ainda da insuficiente protecção da zona denominada *Plaine des Maures*, em França²⁴.

O regime de protecção efectiva de *habitats* e espécies, actualmente previsto no artigo 6.º, n.ºs 2, 3 e 4, da «Directiva-habitats», comporta obrigações de três tipos:

a) evitar perturbações significativas para as espécies;

- b) evitar a deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* de espécies;
- c) condicionar a autorização de planos ou projectos susceptíveis de afectar significativamente o sítio ao resultado de uma avaliação das incidências.

Além destas, também a protecção provisória dos sítios é uma das garantias da protecção efectiva, como veremos imediatamente a seguir.

6.1. Protecção provisória dos sítios

Presentemente, o procedimento conducente à selecção e designação de sítios para integrar a rede *Natura 2000* ainda não está completo, estando apenas designados os sítios de importância comunitária para a região biogeográfica macaronésica, que abrange os arquipélagos da Madeira, Açores e Canárias (Decisão n.º 2002/11, de 28 de Dezembro de 2001).

Quanto às restantes regiões biogeográficas, os sítios propostos pelos Estados membros aguardam a sua adopção pela União Europeia. Nos termos do parágrafo 3 do artigo 4.º, n.º 2, da «Directiva-habitats», a lista dos sítios seleccionados como de importância comunitária deverá ser elaborada pela Comissão, em conformidade com um parecer a emitir pelo comité, com competência especializada, composto por representantes dos Estados-membros e presidido pelo representante da Comissão e previsto no artigo 20.º da mesma directiva.

Logo que um sítio seja inscrito nessa lista, ficará sujeito ao regime *normal* de protecção de *habitats* e espécies, referido *supra*. Porém, enquanto a lista não é aprovada, levanta-se o problema da protecção provisória dos sítios, problema que é tão mais grave quanto os prazos-limite previstos na «Directiva-habitats» foram já ultrapassados.

Considerando que a protecção dos *habitats* e das espécies pode envolver medidas activas de conservação e medidas passivas de conservação, pelo menos em relação a estas últimas, entendemos que se aplica o princípio da boa fé no cumprimento do Direito Comunitário, directamente resultante do artigo 10.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia: «os Estados-membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade. Os Estados-membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão. Os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado».

Deste modo, a aplicação do princípio da boa fé vai implicar que, mesmo antes da adopção formal dos sítios de importância comunitária que integrarão a rede *Natura 2000*, os Estados estejam obrigados a assegurar uma protecção efectiva mínima, nos sítios que propuseram à União Europeia. No caso do Estado português, que comunicou a primeira lista de sítios em 1997, e a segunda três anos depois, essa obrigação põe-se com especial acuidade. Ora, essa protecção mínima passa pela abstenção de desenvolver novas actividades que perturbem significativamente as espécies ou que deteriorem os *habitats*²⁵.

Trata-se do dever de *standstill*, já proclamado para as directivas, e aplicável concretamente no decurso do prazo de transposição: desde a adopção de uma directiva, até que ela é transposta, decorre um período que pode ser relativamente longo mas que, se não exceder o limite máximo fixado na própria directiva, não legitima qualquer invocação de efeito directo. Porém, desde a adopção da directiva, é consensual o entendimento de que os Estados não são inteiramente livres, na medida em que não podem privá-la do seu objecto ou do seu fim.

Analogamente, no caso concreto do período que medeia entre a comunicação dos sítios seleccionados pelos Estados e a sua adopção pela Comissão Europeia, são aplicáveis o mesmo princípio e os mesmos argumentos. É nesta mesma linha que preconizamos alguns limites ao dever de *standstill*.

Primeiro, ele apenas vincula directamente entidades públicas. Estas é que são obrigadas a tomar em consideração a probabilidade de os sítios virem a ser integrados na rede *Natura 2000*, não só em relação às actividades que directamente planeiem desenvolver nas zonas, como também em relação às actividades desenvolvidas por particulares, e que estejam dependentes de autorização prévia.

Segundo, também não são abrangidas pelo dever de *standstill* as medidas de protecção activa destinadas, nomeadamente, à restauração de *habitats*.

Mas além da obrigação de *standstill*, decorrente do princípio da boa fé, outros argumentos e outros princípios podem ser convocados, deles resultando idênticas soluções.

Estamos a pensar, sobretudo, no princípio da precaução, que intervém em casos de dúvida, sempre que não existam certezas sobre a carência de protecção ambiental num caso concreto, indicando o sentido da decisão mais favorável ao ambiente. No caso da protecção provisória dos futuros sítios a integrar na rede *Natura 2000*, o princípio da precaução justifica que, na dúvida sobre se a Comissão adoptará ou não os sítios propostos, se dê o tratamento que envolver uma protecção mais rigorosa da natureza, aquele que mais eficazmente prosseguir os objectivos de conservação do património natural. Ou seja, o Estado deverá proceder como se os sítios por si propostos tivessem sido já todos promovidos pela União Europeia a sítios de interesse comunitário, integrantes da rede *Natura 2000*.

Finalmente, a mesma solução justificar-se-ia até por analogia com o regime provisório instituído para os casos em que há uma divergência de opinião entre um Estado membro e a Comissão Europeia, quanto aos sítios a integrar na rede. No artigo 5.º, n.º 1, da «Directiva-habitats», está previsto que, sempre que um Estado não propuser um sítio que integra habitats naturais prioritários ou espécies prioritárias e a Comissão Europeia entender que esse sítio é indispensável para a manutenção do habitat ou para a sobrevivência da espécie e apresentar, em abono da sua posição, informações científicas pertinentes e fiáveis, dar-se-á início a um «processo de concertação bilateral (...) com vista à comparação dos dados científicos utilizados por ambas as partes».

Durante o procedimento, que pode durar nove ou até mais meses, o sítio não proposto pelo Estado (mas considerado importante pela Comissão) fica sujeito, desde logo, ao regime normal de protecção, previsto no artigo 6.º n.º 2 (cfr. artigo 5.º, n.º 4): proibição de perturbações significativas para as espécies e de deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* de espécies. De fora fica a obrigação de avaliar as incidências dos planos ou projectos susceptíveis de afectar significativamente o sítio.

6.2. Protecção das espécies e dos habitats

6.2.1. A protecção efectiva

O grau de protecção das espécies varia consoante as espécies em causa. As que exigem um nível mais elevado de protecção são as espécies animais e vegetais de interesse comunitário. Tal como acontecia para os *sítios* de interesse comunitário, as *espécies de interesse comunitário* são aquelas que reúnem um conjunto de características distintivas que as tornam especialmente carecidas de protecção. As espécies de interesse comunitário são, por um lado, especialmente representativas de, pelo menos, uma das cinco regiões biogeográficas em que se divide a Europa (Alpina, Continental, Mediterrânica, Boreal e Atlântica) e, por outro, são vulneráveis, raras ou endémicas. Tratando-se de espécies em perigo — espécies eminentemente ameaçadas por perigos vários, que põem em causa a sua sobrevivência, e que são assinaladas com um asterisco na legislação — passam a ser consideradas como *espécies prioritárias* e sujeitas a um regime de protecção ainda mais rigoroso [artigo 1.º, al. g) e h), da «Directiva-habitats», incompletamente transposto para a lei nacional, pelo artigo 3.º, n.º 1, al. g)].

No extremo oposto, as espécies cinegéticas estão sujeitas a um regime especial, menos protector, regulado por legislação própria.

No meio ficam ainda todas as restantes espécies animais e vegetais de interesse comunitário e ainda as espécies animais e vegetais cuja captura ou colheita e exploração podem ser objecto de medidas de gestão, às quais é conferido um grau de protecção intermédio.

Quanto à protecção conferida aos *habitats*, temos, por um lado, os *habitats* das aves selvagens e, por outro, os *habitats* naturais e os *habitats* das espécies. Os primeiros deverão ser classificados como zonas de protecção especial (reguladas pela «Directiva-aves» e, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 140/99) e os segundos como zonas especiais de conservação e sítios de importância comunitária (reguladas pela «Directiva-habitats» e, em Portugal, pelo mesmo Decreto-Lei n.º 140/99).

6.2.2. Os objectivos da protecção efectiva

O dever de protecção efectiva de espécies e *habitats* foi consagrado nos artigos 4.º, n.º 4 (*ab initio*), da «Directiva-aves», e 6.º, n.ºs 2, 3 e 4, da «Directiva-habitats». No entanto, eles nunca coexistiram, tendo os segundos revogado o primeiro aquando da sua entrada em vigor. Como veremos, estas modificações correspondem a um maior rigor quanto aos pressupostos legais e uma maior abrangência e coerência nos objectivos.

Assim, se antes se proibia, dentro das zonas de protecção especial, «a poluição ou a deterioração dos *habitats* bem como as perturbações que afectam as aves», agora passam a proibir-se «a deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas».

Por outro lado, também se alteraram os fins legais relevantes. Onde antes se dizia «desde que [a poluição, deterioração ou perturbações] tenham um efeito significativo a propósito dos objectivos do presente artigo», diz-se agora «na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva».

Qual o alcance de tais alterações?

Antes de mais, compreende-se a exclusão liminar da poluição do elenco das actividades proibidas: primeiro, porque a proibição é uma actividade ilícita, tanto dentro como fora das zonas de conservação da natureza; segundo, porque, logicamente, a poluição será sempre uma forma de deterioração, pelo que continua abrangida pela proibição da norma. Além disso, a proporcionalidade entre as proibições e os fins legais, ganhou agora outro relevo em virtude da ampliação desses fins. Com efeito, o limiar a partir do qual a deterioração e as perturbações deixam de ser aceitáveis, é agora sensivelmente mais baixo, na medida em que a diferença entre os objectivos do artigo 4.º da «Directiva-aves» e os objectivos gerais da «Directiva-habitats» é abismal. Se, em 1979, o objectivo não era mais do que «garantir a sua sobrevivência [das aves selvagens] e a sua reprodução na sua área de distribuição» (artigo 4.º, n.º 1, *ab initio*), já em 1992, o renovado objectivo passa a ser o de «contribuir para assegurar a biodiversidade através da conservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens no território europeu» (artigo 2.º, n.º 1).

Aqui houve uma evolução significativa, de um objectivo minimalista para um objectivo muito mais abrangente, em consonância com os propósitos mais ambiciosos da Directiva-*habitats*.

Em treze anos, os fins conservacionistas evoluíram de uma simples garantia da «sobrevivência e reprodução na sua área de distribuição», para o assegurar da «biodiversidade através da conservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens no território europeu dos Estados-membros». Além disso, os próprios fins da conservação, vigentes no

Direito Europeu, também evoluíram, visando-se agora a manutenção ou o restabelecimento dos *habitats* naturais e das populações de espécies da fauna e da flora selvagens num «estado de conservação favorável».

Ora, o estado de conservação do *habitat* só será favorável se «a sua área de repartição natural e as superfícies que dentro dela abrange forem estáveis ou estiverem em expansão», se «a estrutura e as funções específicas necessárias à sua manutenção a longo prazo existirem e forem susceptíveis de continuar a existir num futuro previsível» e ainda, se as espécies típicas estiverem, elas próprias, num estado de conservação favorável! Por sua vez, as espécies estarão num estado de conservação favorável se «os dados relativos à dinâmica das populações da espécie em causa indicarem que essa espécie continua e é susceptível de continuar a longo prazo a constituir um elemento vital dos *habitats* naturais a que pertence e a área de repartição natural dessa espécie não diminuir nem correr o perigo de diminuir num futuro previsível e existir e continuar provavelmente a existir um *habitat* suficientemente amplo para que as suas populações se mantenham a longo prazo».

Daqui resulta que os novos propósitos conservacionistas são ao mesmo tempo muito mais ambiciosos e também muito mais optimistas ao exigir que, sob a pressão do desenvolvimento das actividades humanas (industriais, urbanas, de mobilidade, recreacionais, científicas, culturais e turísticas, entre outras) os espaços naturais se mantenham a longo prazo em iguais ou melhores condições tanto quantitativas como qualitativas, o mesmo se dizendo para as espécies!

6.2.3. A protecção efectiva em Portugal

Depois de termos demonstrado a inconstância da conservação da natureza em Portugal, através da descrição dos sucessivos avanços e recuos, a que esteve sujeita a protecção da zona do Estuário do Tejo, vamos agora acompanhar de perto o regime instituído no nosso País para a protecção das zonas classificadas, um regime peculiar caracterizado pela falta de uniformidade.

O ponto de partida é o artigo 6.º, n.º 1, da «Directiva-habitats» que prevê a obrigatoriedade de os Estados membros adoptarem as medidas de conservação necessárias, dando como exemplos planos de gestão, regulamentos e medidas administrativas ou contratuais.

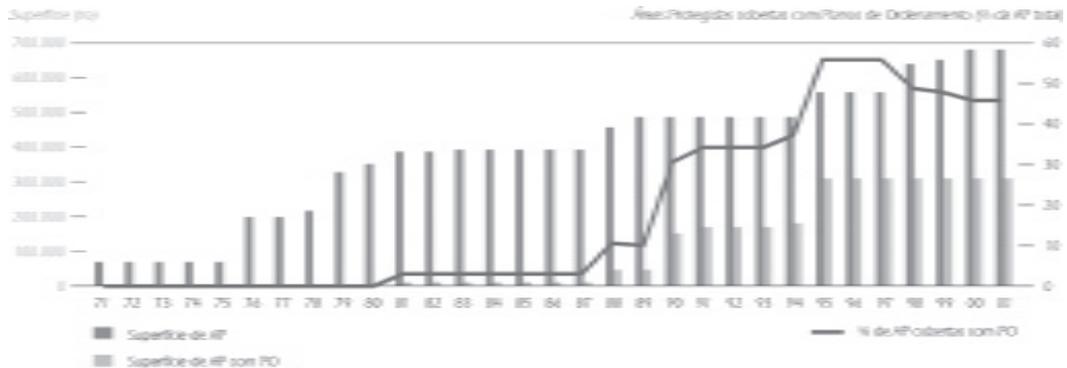
Em Portugal, é o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 140/99, que regula a matéria, embora sem grande clareza, sob a epígrafe «planeamento e ordenamento» e começando por estabelecer uma grande distinção entre os sítios e zonas coincidentes e não coincidentes com a rede nacional de áreas protegidas.

Assim, para os sítios de interesse comunitário e zonas especiais de conservação que se localizem dentro dos limites da rede nacional de áreas protegidas (Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, ou legislação anterior), vale o regime previsto nos respectivos diplomas de classificação como área protegida.

Para as zonas de protecção especial, vale o regime instituído no respectivo diploma de criação (Decreto-Lei n.º 75/91, de 14 de Fevereiro).

Os novos sítios ou zonas que não coincidam com a rede nacional de áreas protegidas serão sujeitos ao regime estabelecido nos instrumentos de planeamento territorial ou outros instrumentos de planeamento de natureza especial, quando existam.

É aqui que começam as maiores dificuldades. É que, na maior parte dos casos, ainda não existem instrumentos de planeamento específicos para a gestão das zonas, como as estatísticas demonstram:



Áreas Protegidas com Plano de Ordenamento em Portugal continental (Fonte: ICN, 2002)

Reportando-nos a dados de 2002, verificamos que menos de 50% das áreas protegidas (tanto em número como em superfície) estavam abrangidas por um plano de ordenamento. Por outro lado, como os instrumentos de planeamento territorial existente, em regra, não contemplam normas sobre gestão dos sítios, preconiza o Decreto-Lei n.º 140/99 que passem a contemplá-las «na primeira revisão a que sejam sujeitos», a qual pode tardar anos. Para obstar a estas dificuldades previsíveis, o legislador apressou-se a fixar um prazo de seis meses para a aprovação de «um plano sectorial relativo à implementação da rede *Natura 2000*». Estava-se em Abril de 1999 e, em Junho de 2001, o prazo vem a ser prorrogado por mais um ano, terminando, desta vez, em Junho de 2002 (pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2001, de 6 de Junho).

Os propósitos do referido plano sectorial são agora estabelecidos com maior rigor, pelo Conselho de Ministros. São eles: (1) estabelecer orientações para a gestão territorial das zonas de protecção especial; (2) estabelecer o regime de salvaguarda dos recursos e valores naturais dos locais integrados no processo de rede *Natura 2000*, fixando os usos e o regime de gestão compatíveis com a utilização sustentável do território; (3) representar cartograficamente a distribuição dos *habitats* presentes nos sítios da lista nacional de sítios nas zonas de protecção especial; (4) estabelecer directrizes para o zonamento das áreas em função das respectivas características e prioridades de conservação; (5) definir as medidas que garantam a valorização e a manutenção num estado de conservação favorável dos *habitats* e espécies, (...) fornecer a tipologia das restrições ao uso do solo, tendo em conta a distribuição dos *habitats* a proteger; (6) fornecer orientações sobre a inserção em plano municipal ou especial de ordenamento do território das medidas e restrições referidas; (7) definir as condições, os critérios e o processo a seguir na realização da avaliação de impacte ambiental e na análise de incidências ambientais.

Eis tudo aquilo que, até à data, está por fazer.

Entretanto, enquanto não existirem instrumentos de planeamento territorial ou instrumentos de planeamento de natureza especial que garantam os objectivos de conservação, há um conjunto de actos ou actividades cujo licenciamento ou autorização depende de parecer favorável do Instituto de Conservação da Natureza.

Que actividades são essas e qual é a força de tal parecer? É o que vamos ver de seguida. As actividades são as previstas no artigo 8.º, n.º 1: a realização de obras de construção civil fora dos perímetros urbanos; alterações ao uso actual do solo; alterações à morfologia do solo ou ao uso actual dos terrenos das zonas húmidas ou marinhas; deposição de resíduos sólidos e líquidos; abertura de vias de comunicação; instalação de linhas de transporte de energia e de comunicações; prática de certas actividades desportivas e reintrodução de espécies indígenas da fauna e da flora selvagens.

Quanto ao parecer, ele deverá ser emitido no prazo de 45 dias úteis sob cominação de a ausência de parecer equivaler à emissão de um parecer favorável. Trata-se de mais uma situação de *deferimento tácito*, tão criticável em matéria ambiental, que até já foi objecto de julgamento desfavorável, pelo Tribunal de Justiça, em Junho de 2001²⁶.

Mas não se ficam por aqui as restrições legais ao valor do parecer do Instituto de Conservação da Natureza. O Decreto-Lei n.º 384-B/99, de 23 de Setembro, que institui concretamente as zonas de protecção especial das aves selvagens (e que sujeita as novas zonas de protecção especial ao regime de gestão estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 140/99, remetendo para ele nos aspectos relativos ao planeamento e ordenamento das zonas de protecção especial, à fiscalização, às contra-ordenações, à aplicação de coimas e sanções acessórias, e à reposição da situação anterior), vem também restringir significativamente a força jurídica desse parecer. Naquele diploma, o legislador optou por atribuir prevalência, em abstracto, às disposições dos Planos Directores Municipais relativamente aos valores ecológicos em homenagem aos quais as zonas de protecção especial foram criadas.

Esta é uma solução muito pouco defensável, sabendo que a finalidade do *zonamento ecológico* é precisamente a criação de *refúgios naturais*, áreas protegidas contra a expansão de actividades humanas incompatíveis, e onde os valores estritamente ecológicos gozam de prevalência (ainda que não absoluta), sobre outros valores não ecológicos.

Por isso, não se compreende qual a lógica do dever, que se fez impender sobre o Instituto de Conservação da Natureza, de tomar «em consideração as disposições dos planos municipais de ordenamento do território em vigor». Mais grave ainda, muito menos se compreende a prerrogativa, concedida às Câmaras Municipais, de solicitar aos Ministros do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e do Ambiente a «reapreciação da situação» se considerarem que o parecer do Instituto de Conservação da Natureza não tomou em devida consideração as disposições dos seus Planos Municipais de Ordenamento do Território no parecer emitido a propósito de uma das actividades a ele sujeitas!

Este dever e esta possibilidade estão em contradição com o estatuto de um organismo público como o Instituto de Conservação da Natureza, que tem como missão principal «assegurar a preservação da biodiversidade e do património genético e a gestão sustentada de espécies e de *habitats* naturais da flora e da fauna selvagens», sempre sem deixar de «promover a articulação e a integração dos objectivos de conservação e de valorização do património natural e paisagístico como factor estruturante dos diferentes sectores da actividade económica e social e dos processos de ordenamento do território» (artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 97/2003, de 7 de Maio, que aprova a orgânica do Ministério das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente).

Além do mais, esta solução é incoerente com o próprio espírito da lei que, a diversos propósitos, dá indícios de aceitar a superioridade dos valores ecológicos nas zonas de conservação. Um exemplo é precisamente a Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2001, de 6 de Junho, que determina a elaboração do plano sectorial relativo à implementação da rede *Natura 2000*. No preâmbulo da sua Resolução, o Conselho de Ministros prescreve a superioridade do plano sectorial relativo à implementação da rede *Natura 2000* sobre os planos municipais de ordenamento do território. Aí se afirma que o plano sectorial relativo à implementação da rede *Natura 2000* «há-de servir de orientação para a elaboração dos planos municipais de ordenamento do território ou, se for o caso, dos próprios planos especiais de ordenamento do território, constitui, assim, um instrumento de concretização da política nacional e comunitária de conservação da diversidade biológica, visando a salvaguarda e valorização das ZPE e dos sítios da Lista Nacional de Sítios, bem como a manutenção das espécies num estado de conservação favorável».

6.2.4. A jurisprudência comunitária e a protecção efectiva

A maior novidade trazida pela jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça é a sua intensa preocupação com a protecção material ou efectiva das zonas de conservação da natureza.

O exemplo que vamos relatar mostra como as preocupações das instituições comunitárias evoluíram de uma mera verificação do cumprimento formal (a transposição simbólica) para um exame da boa aplicação prática do Direito Comunitário (a protecção efectiva).

Referimo-nos a uma acção de incumprimento instaurada, em 2000, contra a Grécia. Nesse processo, a Comissão Europeia censura à Grécia uma série de comportamentos omissivos que demonstram o défice de cumprimento do dever de protecção de uma espécie selvagem: a tartaruga marinha *Caretta caretta*, no seu local de reprodução anual, a ilha grega de Zákynthos.

Os comportamentos perturbadores da espécie eram os mais variados guarda-sóis e cadeiras na praia, navegação de barcos a pedal e a remos junto à costa, acesso de motociclos ao areal e até construções ilegais.

Na sequência das advertências da Comissão, as autoridades gregas adoptaram medidas como: campanhas de informação e sensibilização do público, sinalização interditando veículos, substituição da iluminação, remoção de guarda-sóis e cadeiras, demolições e intensificação da vigilância das praias.

Na prática, as medidas revelaram-se insuficientes, na medida em que algumas destas actividades continuaram, o que levou a que a Comissão instaurasse efectivamente a acção (processo n.º 103/00) e que o Tribunal concluísse, no seu acórdão de 20 de Janeiro de 2002, que a Grécia violou o Direito Comunitário porque não adoptou o quadro jurídico capaz de assegurar uma protecção rigorosa da tartaruga marinha, tendo sido incapaz de evitar perturbações intencionais da *Caretta caretta*.

Interessante é ainda que o Tribunal tenha considerado irrelevante o facto de o número de ninhos não ter diminuído nos últimos quinze anos, como eventual prova da inocuidade dos comportamentos alegadamente perturbadores relativamente à espécie. Antes pelo contrário, o Tribunal considerou os comportamentos recriminados como potencialmente perturbadores, em abstracto, independentemente de a perturbação se reflectir ou não em diminuição efectiva do número de indivíduos daquela espécie. Este é um bom exemplo de como o Direito do ambiente e, especialmente, o Direito da conservação da natureza assumem um cariz eminentemente preventivo-precaucional.

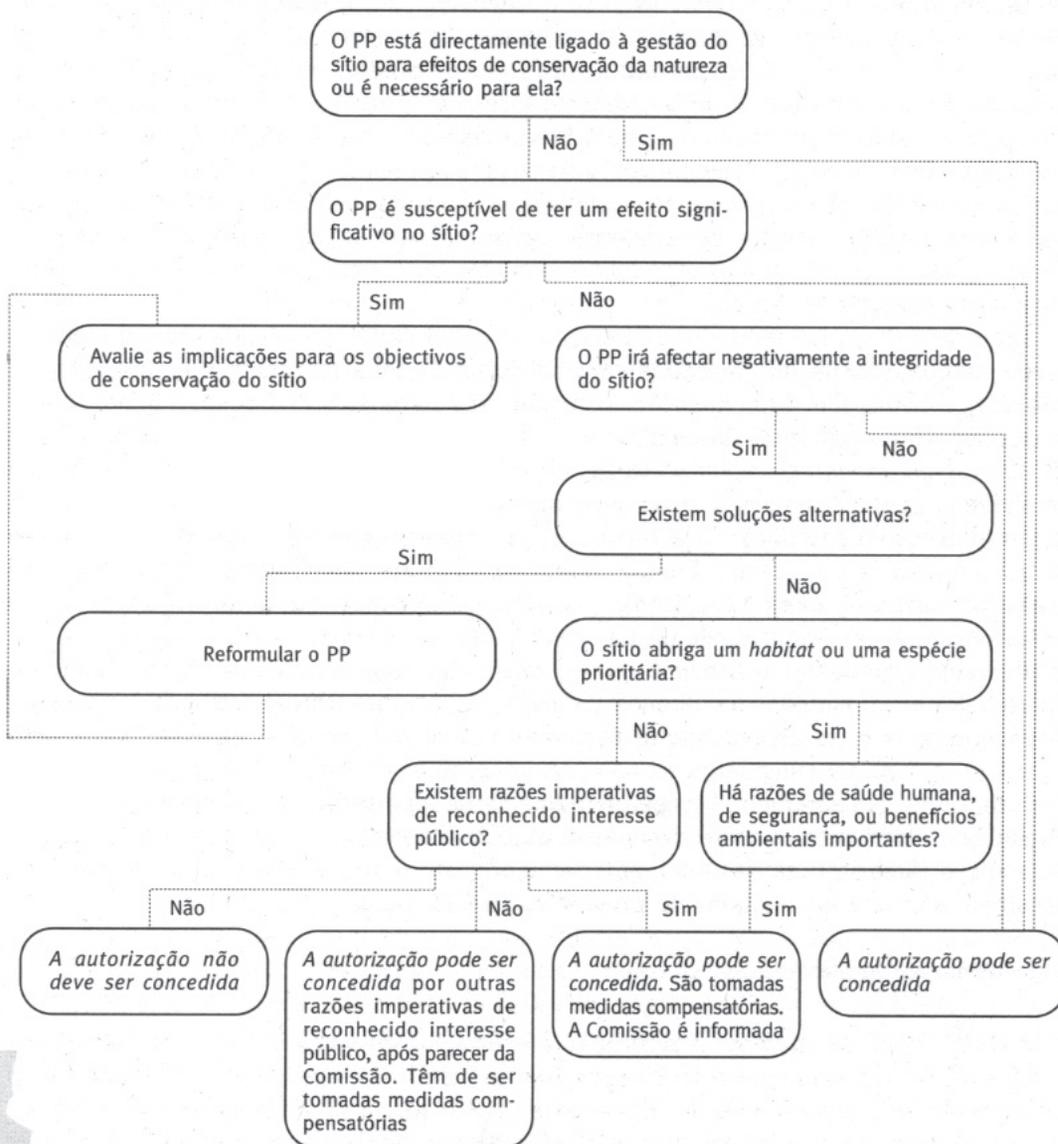
6.3. Avaliação de incidências

A terceira obrigação atinente à protecção efectiva é a de sujeitar todos 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» a uma «avaliação adequada de incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo» (artigo 6.º, n.º 3, da «Directiva-habitats»).

A questão da relação entre o regime da avaliação de incidências ambientais e de avaliação do impacte ambiental (regulada pelas Directivas n.º 85/337, de 27 de Junho, e n.º 97/11, de 3 de Março, que actualiza a primeira e, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, que transpõe ambas as directivas simultaneamente), é um tema complexo mas incontornável, relativamente ao qual nos limitaremos a avançar algumas rápidas observações comparativas.

O pressuposto de análise de que partimos foi o de que os regimes da avaliação de impacte ambiental e da avaliação de incidências ambientais não se confundem: a epígrafe do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 140/99 é, a este propósito, elucidativa: «avaliação de impacte ambiental e análise de incidências ambientais».

A Comissão Europeia, no seu documento relativo à gestão dos sítios da rede *Natura 2000*, onde faz uma longa interpretação das disposições do artigo 6.º da «Directiva-habitats», anexa uma esclarecedora árvore de decisão para análise dos planos e projectos susceptíveis de afectar os sítios *Natura 2000*, que transcrevemos aqui.



Gestão dos sítios *Natura 2000*. As disposições do artigo 6º da «Directiva-Habitats» 92/43/CEE, 2000

6.3.1. Âmbito de aplicação

Nos termos da lei da avaliação de impacte ambiental, em Portugal todos os projectos desenvolvidos em zonas sensíveis estão sujeitos a um regime mais rigoroso do que os projectos desenvolvidos em qualquer outro ponto do território nacional. A própria qualificação das zonas como sensíveis é que, na lei nacional, peca por defeito relativamente ao espírito e à letra das directivas sobre avaliação de impacte ambiental. Este é um dos aspectos mais criticáveis do regime nacional de AIA, que se limita a considerar como sensíveis as áreas formalmente classificadas, divergindo assim gravemente do espírito e da letra das directivas sobre avaliação de impacte ambiental.

Em Portugal só são áreas protegidas as que tiverem sido classificadas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 227/98, de 17 de Julho (trata-se da rede nacional de áreas protegidas), os sítios da rede *Natura 2000*, as zonas especiais de conservação e zonas de protecção especial, classificadas nos termos do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, e as áreas de protecção dos monumentos nacionais e dos imóveis de interesse público definidas nos termos da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho.

Vemos várias objecções a esta definição de áreas sensíveis. A primeira é que há muitos outros critérios de *sensibilidade* para além dos critérios naturais ou monumentais que presidem à classificação das zonas em Portugal. Demonstrativo disso é o anexo III da «Directiva-habitats», não transposto para a ordem jurídica portuguesa, cuja enumeração é longa, mas não exaustiva: quanto à localização dos projectos, há que ter em consideração «a afectação do uso do solo, a riqueza relativa, a qualidade e a capacidade de regeneração dos recursos naturais da zona, a capacidade de absorção do ambiente natural, com especial atenção para as seguintes zonas: a) zonas húmidas, b) zonas costeiras, c) zonas montanhosas e florestais, d) reservas e parques naturais, (...) f) zonas nas quais as normas de qualidade ambiental fixadas pela legislação comunitária já foram ultrapassadas, g) zonas de forte densidade demográfica, h) paisagens importantes do ponto de vista histórico, cultural ou arqueológico». Para além disso, há que considerar ainda as características dos projectos (como a dimensão, os efeitos cumulativos, a utilização dos recursos naturais, a produção de resíduos, a poluição e incómodos causados e o risco de acidentes) e as características do impacte potencial (extensão, natureza transfronteiriça, magnitude e complexidade, probabilidade, duração, frequência e reversibilidade).

A segunda objecção é a de que certas zonas não classificadas, mas em vias de classificação, também podem ser sensíveis (caso dos sítios propostos para integrar a rede Natura 2000, enquanto esta não for adoptada).

Ora, o que é mais surpreendente na lei nacional é que, mesmo tendo consagrado uma aceção tão restritiva de áreas sensíveis, mesmo assim, ainda admite o licenciamento de uma infinidade de projectos nessas zonas sensíveis, sem dependência de uma prévia avaliação de impacte ambiental.

Em Portugal, por exemplo, podem ser licenciadas instalações de pecuária intensiva até 749 porcos ou até 249 bovinos; armazenagem subterrânea e superficial de gases combustíveis até 149 toneladas; armazenagem superficial de combustíveis fósseis ou petróleo até 19 999 toneladas; fabrico de cal até 9,5 toneladas por dia; produção de óleos e gorduras animais até 14,5 toneladas por dia; fabrico de cerveja, xaropes, amido, farinha de peixe, óleos e gorduras vegetais ou açúcar até 59,5 toneladas por dia; abate de animais até 9,5 toneladas por dia; loteamentos urbanos até 19 999m²; parques de estacionamento até 9999m²; barragens até 7,5 metros de altura ou 0,09hm³ de albufeira ou 249 metros de coroamento; linhas de eléctrico ou metropolitano até 39 999m² ou 900 metros; construção de gasodutos com 49 centímetros de diâmetro; aquedutos e adutoras com 1999 metros de comprimento e 59 centímetros de diâmetro; sistemas de captação ou realimentação artificial de águas subterrâneas até 0,9hm³ por ano; estações de tratamento de águas residuais até 49 999 hab. eq.; tratamento de solventes orgânicos até 99 toneladas por ano, hotéis ou apartamentos turísticos até 19 camas, parques de campismo até 199 utentes ou 5999m² e parques temáticos até 19999m².

Esta situação resulta da consagração de limiares de sujeição a avaliação de impacte ambiental excessivamente altos e, sobretudo, da ignorância dos impactes cumulativos dos projectos e do grau de sensibilidade relativa da zona, os quais só podem ser aferidos caso a caso e não podem ser definidos em abstracto, na lei.

A consequência desta situação é que certos projectos que, considerados isoladamente, apenas são susceptíveis de produzir fracos impactes, cumulativamente com outros projectos existentes ou planeados, produzirão seguramente impactes muito mais significativos. No entanto, não estarão sujeitos a avaliação de impacte ambiental mas apenas a uma avaliação de incidências. Neste aspecto, a «Directiva-habitats» não deixa qualquer margem para dúvidas: o carácter significativo ou não significativo da potencial afectação do sítio pelo plano ou projecto resulta apenas de uma apreciação individual do plano ou projecto mas também da «conjugação com outros planos e projectos» (artigo 6.º, n.º 3, da «Directiva-habitats»).

Finalmente, os planos ou programas com incidências dentro dos sítios não estavam sujeitos, até agora, a avaliação de impacte ambiental, em virtude do atraso na transposição da Directiva 2001/42, de 27 de Junho, que prevê a avaliação dos efeitos de planos e programas no ambiente, estando apenas sujeitos a uma avaliação de incidências. No entanto, após 21 de Julho de 2003, com o esgotamento do prazo de transposição da directiva, a invocação do efeito directo tornou-se possível.

6.3.2. Força jurídica

Contrariamente ao que se passa com a avaliação europeia de impacte ambiental, nas zonas dedicadas à conservação da natureza só poderão ser autorizados planos ou projectos quando o resultado da avaliação de incidências ambientais assegure que não afectarão a integridade do sítio. É bem sabido que a avaliação europeia de impacte ambiental, apesar de ser um procedimento obrigatório para os projectos de certas categorias, não é vinculativo quanto ao seu resultado, ou seja, por muito negativos que sejam os impactes ambientais avaliados, considerações de qualquer outra ordem podem ultrapassar a avaliação ambiental negativa.

Neste ponto, o regime de avaliação de incidências nas zonas de conservação da natureza não contrasta tão fortemente com o regime nacional de avaliação de impacte ambiental que, neste aspecto, foi mais longe do que as directivas. Em Portugal reconhece-se força jurídica vinculativa à decisão final de avaliação de impacte ambiental de sentido positivo, isto é, aquela que concluir pela inaceitabilidade dos impactes imputáveis ao projecto avaliado (é o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 69/2000).

Além disso, há apenas três excepções à força jurídica da avaliação de incidências nas zonas de conservação da natureza e a sua interpretação deve ser restritiva. Só podem ser realizados planos ou projectos susceptíveis de ter incidências negativas sobre o sítio, desde que não haja outras alternativas e desde que se verifique qualquer uma das seguintes condições:

1. Se o sítio em causa abrigar um *habitat* natural ou uma espécie prioritária, só se existirem razões relacionadas com a saúde humana ou a segurança pública, ou se a Comissão emitir parecer favorável à realização do plano ou projecto com fundamento noutras razões imperativas de reconhecido interesse público.
2. Inexistindo *habitats* ou espécies prioritárias, se os Estados invocarem quaisquer «razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica», e desde que adoptem «todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede *Natura 2000*» (artigo 6.º, n.º 4, *ab initio*). Curiosamente, esta é a única vez que encontramos a coerência da rede referida a propósito do regime de protecção e não relacionado com a designação de zonas de conservação.
3. Se o plano ou projecto, apesar de ter incidências negativas sobre o sítio, tiver consequências benéficas primordiais para o ambiente.

Este é o conteúdo do artigo 10.º, n.ºs 1, 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 140/99, consentâneo, quanto a este aspecto, com o artigo 6.º, n.ºs 3 e 4, da «Directiva-habitats».

6.3.3. Participação pública e conteúdo do estudo

Mas é no que diz respeito à participação do público e ao próprio conteúdo do estudo de impacte ambiental, que o procedimento de avaliação de impacte ambiental supera, de longe, a avaliação de incidências.

Não existe comparação entre a minúcia com que a publicitação e a participação pública são reguladas na lei portuguesa de avaliação de impacte ambiental (nos artigos 11.º, n.ºs 5, 6 e 7; 14.º, 15.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º e 31.º, já para não referir a participação transfronteiriça, nos artigos 32.º a 35.º) ou mesmo nas directivas respectivas (artigos 4.º, n.º 4, 6.º, n.ºs 2 e 3, 7.º, 8.º e 9.º) e a leveza com que a «directiva-habitats» se refere à *auscultação da opinião pública*, «se necessário».

Por outro lado, uma descrição detalhada do conteúdo do estudo, tal como a encontramos no artigo 12.º e no anexo III da lei nacional, simétricos do artigo 5.º e anexo IV da Directiva relativa à avaliação de impacte ambiental, é simplesmente inexistente no regime da avaliação de incidências.

6.3.4. Comparação

O que concluir da comparação entre avaliação de impacte ambiental e avaliação de incidências ambientais?

Após a análise de ambos os regimes, a principal conclusão a que chegámos é que o regime de avaliação de impacte ambiental é, em certos aspectos processuais, mais rigoroso do que o da avaliação de incidências ambientais, embora o regime de avaliação de incidências ambientais seja mais exigente quanto ao seu âmbito de aplicação e força jurídica²⁷.

Todavia, é perfeitamente defensável por força do princípio do nível de protecção elevado, vigente no Direito Comunitário do ambiente, que se aplique a cada caso o regime mais protector, sobretudo se se tratar de projectos desenvolvidos por entidades públicas.

No caso dos planos, como a sua natureza é sempre pública, será sempre o regime que de forma mais efectiva proteja o ambiente.

Isto significaria que, quanto ao âmbito de aplicação e à força jurídica da avaliação, atenderíamos às leis de conservação da natureza, quanto à consulta do público e outros aspectos processuais às leis relativas à avaliação de impacte ambiental.

7. Conclusões

Da análise da jurisprudência comunitária podemos concluir que o Direito da conservação da natureza entrou numa segunda fase, em que a verificação do cumprimento dos deveres de conservação pelos Estados não passa por uma mera conferência da correspondência formal entre a legislação nacional e comunitária, exigindo-se agora uma prova factual do resultado pretendido: a protecção eficaz do património natural em todo o território europeu.

Porém, a preservação dos elementos da biosfera não tem que ser um obstáculo ao desenvolvimento económico: é possível desenvolver formas de protecção activa compatíveis com uma utilização racional dos recursos.

Medidas como o turismo de natureza permitem harmonizar actividades humanas potencialmente nocivas com a conservação da natureza, condição base de tais actividades. O Decreto-Lei n.º 47/99, de 16 de Fevereiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 56/2002, de 11 de Março, surge precisamente do reconhecimento de que «os espaços naturais surgem cada vez mais, no contexto internacional e nacional, como destinos turísticos em que a existência de valores naturais e culturais constituem atributos indissociáveis do turismo de natureza. As áreas protegidas são, deste modo, locais privilegiados como novos destinos, em resposta ao surgimento de outros tipos de procura, propondo a prática de actividades ligadas ao recreio, ao lazer e ao contacto com a natureza e às culturas locais, cujo equilíbrio,

traduzido nas suas paisagens, conferem e transmitem um sentido e a noção de ‘único’ e de ‘identidade de espaço’, que vão rareando um pouco por todo o nosso território».

Por outro lado, medidas agrícolas como o pousio ou a rotação de culturas permitem compatibilizar actividades tradicionais com os objectivos ecológicos prosseguidos nas zonas protegidas. Neste contexto, segundo a Portaria n.º 475/2001, de 10 de Maio, alterada pela Portaria n.º 192/2003, de 22 de Fevereiro, os objectivos gerais das denominadas medidas agro-ambientais são a promoção de «formas de exploração das terras agrícolas compatíveis com a protecção e a melhoria do ambiente, da paisagem e das suas características, dos recursos naturais, dos solos e da diversidade genética», o incentivo da «extensificação da actividade agrícola e a manutenção de sistemas de pastagem extensivos», o contributo para a «conservação de espaços cultivados de grande valor natural», a preservação da «paisagem e das características históricas e tradicionais nas terras agrícolas» e o fomento da «utilização do planeamento ambiental nas explorações agrícolas» (artigo 2.º).

Para além destes, haverá, naturalmente, casos em que apenas medidas negativas mais drásticas, a interdição absoluta de novas actividades ou a realocação de actividades existentes, são as únicas que permitem conciliar interesses geograficamente concorrenciais e materialmente incompatíveis.

É o que acontece, por exemplo, com o exercício de determinadas actividades industriais (*maxime*, extracção de recursos minerais, produção de cimento ou produção pecuária intensiva) em zonas especiais de conservação da natureza.



(Maria Alexandra Aragão)

Assistente da Faculdade de Direito da universidade de Coimbra

¹ «O Paul de Arzila e a protecção do património natural», in *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 2000.

² «As ZPEs e a (ausência de) discricionariedade dos Estados», in *Revista do CEDOUA*, n.º 1, 2000.

³ Relativamente às actividades legalmente desenvolvidas, trata-se de prevenção de abusos; quanto às actividades ilegalmente desenvolvidas é a prevenção de infracções.

⁴ A expressão é de Michel Prieur, «Les raisons juridiques et institutionnelles d'une crise», in *Les difficultés de mise en oeuvre de la directive Habitats*, Université de Limoges, n.º 19, 2002, p. 12.

⁵ Encontramos uma única referência à coerência da rede a propósito do regime instituído e não da designação de zonas no artigo 6.º, n.º 4, da «Directiva-habitats». A ela nos referiremos *infra*, a propósito da protecção efectiva e da avaliação de incidências.

⁶ Um exemplo é a zona de protecção especial das Basses Corbières, em França, considerado pela Comissão Europeia como um «corredor de passagem de migração de importância europeia» (processo n.º 374/98, com acórdão de 7 de Dezembro de 2000).

⁷ No processo n.º 220/99, com acórdão de 11 de Setembro de 2001, o Tribunal afirma claramente, referindo-se à protecção transfronteiriça, que o estado de conservação favorável de um *habitat* natural ou de uma espécie deve ser apreciado em relação ao conjunto do território europeu.

⁸ «O Paul de Arzila e a protecção do património natural», in *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 2000.

⁹ No processo 166/97, instaurado contra a França, foi analisada a questão do funcionamento de uma fábrica de gesso de titânio *fora* de uma zona de protecção especial das aves selvagens. A Comissão alega violação do artigo 4.º, n.º 4, segunda fase, da «Directiva-aves». Porém, a França alegou a elaboração de um estudo de impacto cujos resultados foram negativos em relação à zona, assim como a adopção de um conjunto de medidas minimizadoras e compensatórias. Assim, a França acabou por conseguir a absolvição, mas apenas porque a Comissão não logrou demonstrar cabalmente que o Estado não se esforçou por evitar a deterioração do *habitat* (acórdão de 18 de Março de 1999) e, contrariamente ao que se passa com a inversão do ónus da prova no caso da classificação de *habitats* das aves selvagens, neste caso, o ónus da prova cabe à Comissão, que alega a infracção (neste sentido, citam-se os acórdãos de 25 de Maio de 1982, processo 96/81, e de 23 de Outubro de 1997, processo 157/94).

¹⁰ A Comissão Europeia, com o inteiro apoio do Tribunal, aponta três condições que a margem de apreciação dos Estados deve respeitar na aplicação dos critérios de designação: só critérios científicos devem presidir à selecção de sítios a propor, os sítios propostos devem assegurar uma cobertura geográfica homogénea e representativa e a lista deve ser completa, incluindo um número suficientemente representativo de habitats (processos n.º 71/99 e n.º 67/99, ambos com acórdão de 11 de Setembro de 2001).

¹¹ Expressão recorrente na jurisprudência do Tribunal repetida, nomeadamente, nos processos n.º 236/85 (Comissão contra Países Baixos), n.º 247/85 (Comissão contra Bélgica), n.º 252/85 (Comissão contra França) e n.º 262/85 (Comissão contra Itália).

¹² Esta afirmação é frequente nos acórdãos mais recentes. Apenas a título de exemplo, indicamos os processos n.ºs 3/96 e 378/01, processos de infracção instaurados pela Comissão Europeia contra os Países Baixos e a Itália (com acórdãos datados, respectivamente, de 19 de Maio de 1998 e 20 de Março de 2003) e o processo n.º 371/98, um reenvio prejudicial do High Court of Justice do Reino Unido destinado a obter a interpretação do artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 92/43 quanto à admissibilidade da consideração de exigências económicas, sociais e culturais bem como particularidades regionais e locais no procedimento de classificação (acórdão de 7 de Novembro de 2000).

¹³ Em diversos processos o Tribunal de Justiça considerou que apesar de o inventário IBA não ser juridicamente vinculativo para os Estados, «contém elementos de prova científica que lhe permitem apreciar em que medida um Estado-membro respeitou a sua obrigação de classificar em ZPE os territórios mais apropriados em número e em superfície para a conservação das espécies protegidas» (processo n.º 3/96, de 19 de Maio de 1998, processo n.º 374/98, de 7 de Dezembro de 2000, e processo n.º 378/01, de 20 de Março de 2003).

¹⁴ Processo n.º 355/90, contra a Espanha, com acórdão de 2 de Agosto de 1993.

¹⁵ Uma análise detalhada dos requisitos de efeito directo das directivas pode ver-se no ponto IV nas conclusões fundamentadas do Advogado Geral no processo n.º 287/98, com acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2000. Tratava-se de um reenvio prejudicial a propósito da aplicação, pelo Luxemburgo, da Directiva n.º 85/337, relativa à avaliação de impacte ambiental.

¹⁶ O Governo Neerlandês, por exemplo, apesar de não pôr em causa a credibilidade científica do inventário de zonas adequadas à protecção das aves selvagens da Europa, IBA, alega que apesar de ter observado os critérios consagrados no IBA para proceder à designação das zonas nacionais, a aplicação de tais critérios gerais não conduz forçosamente a resultados unívocos. O Governo Alemão, por exemplo, sustenta que a lista do IBA nem pode considerar-se incluída na Directiva, nem é legalmente vinculativa (processo 3/96, com acórdão de 19 de Maio de 1998).

¹⁷ Em 6 de Março de 2003, no processo n.º 240/00, a Comissão faz idêntica acusação à Finlândia que, em 1996, apenas tinha classificado 15 territórios com uma superfície de 967 km², e em 1998 apresenta 439 zonas com uma superfície total de 28 100 km². Porém, desta vez, a Comissão fundamentou a sua acusação na nova versão, do ano 2000, do IBA de 1989, o relatório *BirdLife*. Este facto permitiu ao Estado Finlandês uma defesa mais incisiva, na medida em que o relatório *BirdLife* não estava concluído na data do início do procedimento pré-contencioso, pelo que ele não poderia tê-lo tomado em consideração. No cômputo final, a Finlândia também não se livrou da habitual censura do Tribunal de Justiça, embora o fundamento da *insuficiência manifesta* não tenha sido a nova versão do IBA.

¹⁸ No processo 3/96, instaurado pela Comissão contra os Países Baixos, com fundamento na falta de designação de zonas de protecção especial das aves selvagens, a Comissão sustentou que o incumprimento do dever de designação não tem que ser declarado território por território, desde que se prove que o Estado membro classificou manifestamente menos zonas do que as exigidas por aplicação de critérios ornitológicos.

No caso, os Países Baixos tinham designado 23 territórios com uma superfície total de 327 602 hectares, sendo que no IBA figuravam 70 zonas com uma área de 77 602 hectares.

¹⁹ No processo 166/97, a República Francesa foi objecto de censura, pelo facto de ter classificado como zona de protecção especial apenas uma área de 2750 hectares do estuário do Sena, quando no inventário ornitológico europeu (IBA) figuravam 7800 hectares (acórdão de 18 de Março de 1999). Novamente em 6 de Abril de 2000, a França é censurada pela insuficiente extensão da zona de protecção especial do Marais Poitevin: 26 250 hectares classificados que ficavam muito aquém dos 57 830 do IBA.

²⁰ Foi o que se passou no caso do processo n.º 374/98, com acórdão de 7 de Dezembro de 2000. Neste processo, a França, que não classificou como zona de protecção especial o sítio das Basses Corbières, justificou-se pelo facto de essa não ser uma zona muito rica e de nem sequer lá existirem grandes concentrações de aves, contrariamente ao que acontecia nas zonas húmidas do litoral. Tratava-se, na realidade, mais de uma zona de passagem do que de paragem ou alimento. A Comissão, por seu lado, alega que se trata de um «corredor de passagem de migração de importância europeia», o que, só por si, já justificava a classificação.

Recordamos ainda o processo n.º 220/99, com acórdão de 11 de Setembro de 2001, no qual o Tribunal afirma que «o estado de conservação favorável de um habitat natural ou de uma espécie deve ser apreciado relativamente ao conjunto do território europeu (...)».

²¹ Apesar de tudo, ainda subsiste algum *formalismo* necessário nas acusações da Comissão e, conseqüentemente, nos acórdãos do Tribunal de Justiça. Referimo-nos ao recente caso de censura ao Reino da Bélgica que, apesar de ter adoptado inúmeras medidas de promoção da informação e da educação geral sobre a necessidade de proteger os *habitats*, dando, deste modo, cumprimento prático ao artigo 22.º da «Directiva-habitats», não notificou a Comissão Europeia da adopção de tais medidas. Apesar de não pôr em causa a veracidade dos investimentos feitos em informação e educação, a falta de notificação à Comissão bastou para que o Tribunal tivesse concluído pelo incumprimento do Direito Comunitário pelo Reino da Bélgica (processo n.º 324/01, com acórdão de 5 de Dezembro de 2002).

²² Veja-se o acórdão lapidar, proferido em 13 de Outubro de 1987, no processo n.º 236/85, que opôs a Comissão aos Países Baixos, a propósito da transposição da «Directiva-aves» através de Despacho Ministerial, em que o Tribunal concluiu que as simples práticas administrativas não são formas aceitáveis de transposição de directivas, tanto pela falta de publicidade inerente como pelo seu carácter modificável. Posteriormente, o Tribunal continuou inalterável na sua posição. Apenas a título de exemplo, citamos dois acórdãos mais recentes. O primeiro, foi proferido em 11 de Dezembro de 1997, no processo n.º 83/97, contra a República Federal da Alemanha. No processo, o Estado Alemão alegava que, apesar de não ter adoptado legislação de transposição da Directiva n.º 92/43, as autoridades competentes sempre aplicavam directamente a directiva, interpretando inclusivamente o Direito interno conformemente a ela. Idêntica argumentação foi adoptada pelo Grão-Ducado do Luxemburgo no nosso segundo exemplo, datado de 13 de Fevereiro de 2003 (processo 75/01), que, apesar de tudo, ainda invoca uma circular ministerial impondo a aplicação da directiva.

²³ Acórdão de 30 de Janeiro de 2002, proferido no processo n.º 103/00.

²⁴ Acórdão de 26 de Novembro de 2002, proferido no processo n.º 202/01.

²⁵ Analisámos este dever de abstenção dos Estados em pormenor no artigo intitulado «A localização da nova ponte sobre o Tejo», elaborado em co-autoria com José Eduardo Figueiredo Dias e publicado na *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 4, Dezembro 1995.

²⁶ Acórdão de 14 de junho de 2001, proferido no processo n.º 230/00, em que o Tribunal censura o regime de concessões tácitas de autorizações em matéria ambiental, considerado, pela doutrina, como contrário ao princípio da precaução. (Veja-se José Eduardo Dias, «O deferimento tácito da DIA – mais um repto à alteração do regime vigente», *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 2001).

²⁷ O Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de procedimentos de avaliação de impacte ambiental não satisfazerem suficientemente a exigência de análise das incidências de um projecto no sítio (processos 374/98, de 7 de Dezembro de 2000, e 256/98, de 6 de Abril de 2000).

Medidas Cautelares dos Planos

RESUMO

As medidas cautelares dos planos e o respectivo regime jurídico encontram-se consagrados no Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, mantendo este diploma, como medida cautelar, a figura já tradicional no nosso ordenamento jurídico das medidas preventivas (artigos 107.º a 116.º) e introduzindo, ainda, o instituto inovador da sus-pensão de concessão de licenças (artigo 117.º). Tendo em consideração o regime que a legislação urbanística actualmente em vigor reserva para os referidos institutos, pretende-se proceder a uma análise individualizada de cada um deles, de forma a extrair os seus pontos mais impressionantes e controversos, determinar as suas influências recíprocas e apresentar uma sua síntese comparativa.

1. Das medidas cautelares em geral

As medidas *cautelares* ou, na terminologia utilizada no Código de Procedimento Administrativo *provisórias* (artigo 84.º do CPA), destinam-se, em geral, a acautelar o resultado final de um procedimento que se encontra em curso.

Todavia, estas medidas não podem ser consideradas apenas como actos instrumentais ou preparatórios do procedimento a que se encontram ligadas, configurando, antes, verdadeiras actuações administrativas produtoras, por si só, de efeitos jurídicos externos passíveis de afectar a esfera jurídica dos seus destinatários. Estamos, assim, perante subprocedimentos que culminam na prática de um acto que, para além de possuir autonomia funcional, não visa conformar o conteúdo ou mesmo o procedimento do acto final, mas apenas assegurar a sua prática ou a efectividade das suas determinações.

Dos termos sumariamente expostos, retira-se que estas medidas são, em regra, *conservatórias*, já que visam a manutenção da situação tal como ela se encontrava antes do início ou do decurso do procedimento principal. Porém, a doutrina e a própria legislação têm vindo a admitir, com maior amplitude, mas sempre com reforçadas cautelas, medidas preventivas *antecipatórias*¹, que visam a permissão, ainda que provisória e, naturalmente, precária², de certos efeitos jurídicos em momento anterior ao da definição da situação jurídica objecto de apreciação a título principal.

Quanto ao regime jurídico que lhes anda, normalmente, associado, o artigo 84.º do CPA inscreve o princípio de que, em qualquer fase de procedimento administrativo principal, o órgão competente para a prática da decisão final pode ordenar a prática de medidas provisórias, desde que se verifiquem certos requisitos dos quais depende a legalidade da sua adopção, quais sejam: a exigência de fundamentação; a necessidade da sua notificação aos interessados; e, sobretudo, o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Este último requisito é, sem margem para dúvidas, a pedra de toque de todo o edifício das medidas cautelares, pois, se apenas se podem ordenar *“as medidas provisórias que se mostrem necessárias, se houver justo receio de, sem tais medidas, se produzir lesão grave ou de difícil reparação dos interesses públicos em causa”*, esta exigência reflectir-se-á, desde

logo, na natureza e intensidade das medidas consideradas admissíveis (ainda que o CPA não tenha introduzido qualquer tipologia das mesmas), assim como na sua delimitação temporal (artigos 84.º, n.º 2, e 85.º do CPA).

No que diz respeito às suas características típicas, para além da inerente provisoriedade e acessoriedade, apontam-se-lhes as notas de uma relativa informalidade, da desejável celeridade na sua adopção — já que, em regra, se encontram justificadas por motivos de urgência —, e do consequencial aligeiramento da tramitação, não sendo (em princípio) necessário o cumprimento dos formalismos destinados a assegurar as garantias do contraditório [artigo 103.º, n.º 1, alínea a), do CPA].³

2. Tipologia das medidas cautelares dos planos

No âmbito do direito do urbanismo, estas regras gerais sofrem alguma modelação, de acordo com a natureza dos interesses públicos que se pretendem acautelar e com a própria morosidade dos procedimentos de elaboração, alteração ou revisão dos instrumentos de gestão territorial.

Num primeiro nível de análise, nem em todos os procedimentos se pode enxertar um sub-procedimento de adopção de medidas cautelares, estando esta figura reservada, em princípio, para os planos directa e imediatamente vinculativos dos particulares: planos especiais e planos municipais de ordenamento do território (respectivamente, PEOTs e PMOTs). E compreende-se esta opção do legislador, na medida em que, dotando tão-só estas figuras planificatórias de efeitos externos, considerou deverem elas servir de receptáculo das opções plasmadas em instrumentos de planificação com os quais devam ser compatíveis ou conformes, diluindo-se, assim, as previsões destes no seu conteúdo.

Em segundo lugar, a regulamentação que o Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro (RJIGT), e a Lei dos Solos inscrevem nesta matéria é bastante mais pormenorizada do que o tratamento que, em geral, lhe é deferido, o que permite a adopção de soluções jurídicas mais adequadas às especificidades das normas urbanísticas que, para além de assumirem carácter real — já que definem, em primeira linha, a situação jurídica de bens e não de sujeitos de direito —, se encontram marcadas pelas características da multiplicidade, dispersão e mutabilidade.⁴

As medidas cautelares dos planos e o respectivo regime jurídico encontram-se consagrados no Capítulo IV do RJIGT, mantendo este diploma a figura já tradicional no nosso ordenamento jurídico das *medidas preventivas* (artigos 107.º a 116.º) e introduzindo, ainda, o instituto inovador da *suspensão de concessão de licenças* (artigo 117.º).

Tendo em consideração o regime que a legislação urbanística actualmente em vigor reserva para os referidos institutos, pretendemos, com o presente artigo, proceder a uma análise individualizada de cada um deles de forma a extrair os seus pontos mais impressionantes e controversos, determinar as suas influências recíprocas, concluindo com a apresentação de uma síntese comparativa dos mesmos.

2.1. Medidas preventivas

Se as medidas preventivas são o instituto que, entre nós, tem acompanhado, em termos legislativos, o procedimento de elaboração, revisão e alteração dos planos urbanísticos, não é, porém, a figura jurídica mais mobilizada nos ordenamentos europeus de referência.⁵ De facto, apenas na Alemanha se prevê a utilização de uma figura similar a — *Veränderungssperre* — que, contudo, não é a única legalmente prevista para acautelar o efeito útil do plano em elaboração, revisão ou alteração, uma vez que se admite também, com a mesma finalidade, a “suspensão de apreciação de projectos” (*Zurückstellung von Baugesuchen*).

Entre nós, a primeira regulamentação específica deste instituto surge com a Lei dos Solos (artigos 7.º a 13.º), que, ainda que em menor extensão — uma vez que, com a entrada em vigor do RJIGT, passa a ser apenas aplicável para salvaguarda dos planos especiais de ordenamento do território, bem como de decisões de localização de infra-estruturas ou de empreendimentos públicos (artigos 107.º, n.º 8, e 158.º do RJIGT)⁶ — e com alterações de menor monta — já que o seu estabelecimento passa a ser determinado não por Decreto, mas por Resolução do Conselho de Ministros (artigo 109.º, n.º 2, do RJIGT)’, —, continua a ser aplicável.

Esta dualidade de regimes jurídicos (ainda que em termos materiais sejam bastante pró-ximos), permite-nos detectar a primeira especificidade destas medidas no domínio urbanístico: se é assente que a característica da acessoriedade das medidas preventivas aos planos que visam salvaguardar condiciona a competência para a sua emissão, não deixa também de ser nítido que o artigo 107.º, n.º 8, admite poderem as medidas preventivas dos PMOTs ser determinadas não apenas pela Assembleia Municipal, mas também por Resolução do Conselho de Ministros, sempre que esteja em causa a salvaguarda de “*situações excepcionais de reconhecido interesse nacional ou regional*”.

Com efeito, o referido artigo serve de base legal não apenas para a adopção de medidas preventivas para salvaguarda de PEOTs, mas também para a adopção de medidas referentes a PMOTs, sempre que se pretenda que os mesmos garantam os interesses já consagrados ou que se pretendem vir a consagrar nos planos superiores, sectoriais ou regionais, que prosseguem interesses, respectivamente, de cariz nacional e regional. A necessidade de adopção deste tipo de medidas preventivas justifica-se se tivermos em consideração o facto de a suspensão dos PMOTs para salvaguarda de excepcionais interesses de carácter nacional ou regional, prevista no artigo 100.º, n.º 2, alínea a), do RJIGT, apenas ser aplicável a planos municipais que se encontrem *em vigor*, sendo, por isso, um meio inidóneo de salvaguarda dos referidos interesses se esses planos se encontrarem em elaboração ou mesmo se estiver a correr um procedimento da sua revisão ou alteração (sendo que essas alterações podem, inclusivamente, ser determinadas pela superveniência de um plano superior com o qual terão de ser compatibilizados). Nesta situação, os referidos interesses nacionais ou regionais poderiam ficar seriamente comprometidos se a Administração municipal pudesse prosseguir a sua tarefa (poder-dever) de gerir urbanisticamente o espaço municipal sem as “amarras” que decorrem dos níveis de planificação que a devem enquadrar ou condicionar, servindo as medidas preventivas, determinadas nos termos da 1.ª parte do n.º 8 do artigo 107.º do RJIGT para alcançar este objectivo. Por outro lado, também quando haja lugar à suspensão de um PMOT vigente, ao abrigo do disposto no artigo 100.º, n.º 2, alínea a), do RJIGT, pode revelar-se necessário fazê-la acompanhar da concomitante adopção de medidas preventivas por parte de quem detém a tutela dos interesses nacionais e regionais que se visam salvaguardar.

Debruçando-nos mais detidamente sobre o disposto no RJIGT relativo a medidas preventivas, infere-se que, para além de estas terem de estar ligadas a um procedimento de elaboração, revisão, alteração ou suspensão de um PMOT, assumem carácter meramente *facultativo*. Tal é o que resulta expressamente do disposto no n.º 1 do artigo 107.º, ao determinar que “... *podem ser estabelecidas medidas preventivas...*”.

Tendo em consideração este dado jurídico, pode afirmar-se que a resposta à questão do an das medidas preventivas, isto é, à questão de saber se devem ou não ser mobilizadas medidas deste tipo, dependerá essencialmente do juízo sobre a proporcionalidade da sua adopção que, em cada caso, seja feito pela autoridade competente. Tal juízo abrange não apenas a demonstração da *adequação* (isto é, da aptidão, total ou parcial, do meio para a prossecução do fim proposto) e da *necessidade* (que se analisa na preferência pelo meio menos severo ou restritivo de entre aqueles aptos a atingir o fim delineado) das

referidas medidas, mas também, como decorre expressamente do artigo 110.º do RJIGT, do respeito pelo *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Este princípio exige que a entidade competente proceda a uma análise de custos e benefícios, de forma a determinar se os prejuízos resultantes da possível alteração das características do local são ou não socialmente mais gravosos do que os inerentes à adopção dessas medidas. Só se desta tarefa de ponderação de bens e interesses se concluir neste segundo sentido é que a adopção destas medidas se pode considerar legítima. Para tanto, a adopção de medidas preventivas deve ser *fundamentada*, impelindo o RJIGT no sentido da concretização normativa desse dever formal, nomeadamente através da indicação das disposições do futuro plano cuja execução ficaria comprometida na sua ausência, para se poder ajuizar da justeza da opção tomada pela entidade competente (artigo 110.º, n.ºs 2 e 3). Nota-se, assim, que a necessidade de fundamentação das medidas preventivas vai sendo cada vez mais exigente consoante estas forem adoptadas em momentos mais avançados do procedimento de elaboração, revisão ou alteração do plano a salvaguardar.⁷ Resta saber, porém, se após a fase da discussão pública ainda se pode lançar mão deste instituto ou se ele deve ser preterido, em toda a linha, pela “suspensão de concessão de licenças”. Voltaremos a esta questão quando nos referirmos às relações que medeiam entre estes dois tipos de medidas cautelares.

Outra nota de relevo é a de que as medidas preventivas tanto podem ser conservatórias como *antecipatórias*. Aliás, de outra maneira não se compreenderia a formulação múltipla do artigo 107.º, n.º 1, que assinala como funções das mesmas “*evitar a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes que possa limitar a liberdade de planeamento ou comprometer ou tornar mais onerosa a execução do plano*”, e a opção, assumida pelo legislador, de não “reconduzir” o instituto das normas provisórias, uma vez que ponderou poderem as medidas preventivas antecipar, em certa medida, os objectivos que enformam o novo plano. Contudo, nunca se tratará de uma verdadeira aplicação antecipada do plano, já que as medidas preventivas, ainda que se refiram aos termos em que o mesmo se encontra a ser elaborado, apenas o toma em consideração para decidir sobre o destino de uma específica pretensão urbanística, não o aplicando enquanto dado normativo subsistente, por si só, para permitir o que, apesar de ser proibido nesse momento, é admitido pelo plano em elaboração.

Só desta forma se compreende a tipificação flexível das medidas preventivas admissíveis, previstas no artigo 117.º, n.º 3, e o facto de elas poderem consistir não apenas na *proibição* ou *limitação* de certas acções urbanísticas (por exemplo, determinando a redução das cércas admissíveis), mas também na sua *sujeição* a parecer *vinculativo*.

Por seu lado, ainda que se inscreva um elenco taxativo do tipo de medidas preventivas que podem ser adoptadas, ele não poderá, tal como o determinam as máximas da adequação e a da necessidade em sentido material ou modal, deixar de ser adaptado à situação a regular, para que possa dar resposta aos desafios por ela lançados. Assim, para além de se deverem preferir as medidas menos restritivas de entre as indicadas, desde que idóneas para a prossecução do objectivo delineado, ou de, para partes da área ou para momentos temporais diferentes dentro do procedimento de elaboração ou modificação do plano, se preverem medidas de impacte diferenciado de acordo com os objectivos que se pretendem prosseguir, também não se pode, de forma indiscriminada, sujeitar todas as acções urbanísticas previstas nas várias alíneas do artigo 117.º, n.º 3, a medidas preventivas, devendo estas abranger apenas as “*acções necessárias para os objectivos a atingir*” (artigo 117.º, n.º 4).⁸

Este mesmo artigo, ao determinar que as actividades por elas enquadradas têm de estar o mais determinadas possível, permite expressamente que a entidade competente possa proibir ou condicionar, não todas as acções expressamente referidas na lei, mas apenas,

por exemplo, loteamentos, construções ou outras operações que revistam *determinadas características*.

O “critério-guia” para que uma determinada acção urbanística possa ser sujeita a medidas preventivas está, assim, na capacidade de ela vir a ser regulada pelo plano de forma inovadora ou diferenciada, já que estas medidas são adoptadas precisamente para a sua garantia.

Nesta linha, chamamos a atenção para o facto de o termo *acções* (utilizado no corpo do n.º 3 do artigo 107.º do RJIGT) e o termo *operações urbanísticas* (na terminologia utilizada no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, doravante RJUE), não serem conceitos diferentes, sob pena de se proibirem (ilegalmente) actuações particulares que se encontram subtraídas ao domínio de competência do município.⁹ A discrepância deve-se ao facto de o RJIGT se referir a actuações materiais (com excepção da referência feita aos procedimentos de comunicação prévia e à dispensa de procedimentos prevista em regulamentos municipais) e a disciplina jurídica estabelecida no RJUE assentar, primacialmente, em tipos de procedimentos¹⁰, sem que, contudo, estas imprecisões conceituais possam ser mobilizadas para fundarem decisões administrativas no sentido apontado (isto é, no sentido de se proibirem ou limitarem, por intermédio de medidas preventivas, acções particulares que cabem no âmbito da liberdade do respectivo proprietário), ou para subtrair as entidades públicas que estão isentas dos procedimentos regulados no RJUE (artigo 7.º) do cumprimento das medidas preventivas aplicáveis na área em causa.¹¹

Ainda no que se refere aos tipos de medidas preventivas admissíveis, há uma questão que, na prática, tem suscitado algumas dúvidas. Determinando o n.º 3 do artigo 107.º, que as medidas preventivas podem consistir na sujeição a parecer vinculativo das acções referidas (tratando-se, na verdade, de um parecer conforme positivo), e o n.º 7 do mesmo artigo que cabe à entidade competente pelo estabelecimento de medidas preventivas a determinação das entidades a consultar, tem-se colocado a questão de saber qual deve ser a concreta configuração das referidas entidades, que são o suporte subjectivo para a emissão dos mencionados pareceres. Algumas soluções que têm vindo a ser adoptadas não nos parecem, de todo, as mais adequadas.

É o que acontece com a exigência de que as acções referidas no n.º 3 do artigo 107.º fiquem sujeitas a parecer vinculativo da própria Câmara Municipal, entidade que terá depois de licenciar ou autorizar as referidas operações¹², ou com a exigência que o referido parecer seja emitido pela Direcções Regionais do Ambiente e do Ordenamento do Território (DRAOTs) competentes, o que configuraria, pelo menos naquelas situações em que estão em causa loteamentos ou obras de urbanização em área não coberta por PDM que sejam da responsabilidade da autarquia local ou suas associações (artigo 7.º, n.º 3, do RJUE) ou procedimentos de licenciamento de operações de loteamento de iniciativa de particulares que se realizem em áreas não abrangidas por qualquer PMOT (artigo 42.º, RJUE), uma duplicação da sua intervenção procedimental em moldes vinculativos. Também nas restantes situações a intervenção das DRAOTs não tem, igualmente, razão de ser, pois não só não são elas as entidades responsáveis pelas opções dos PMOTs que se pretendem salvaguardar, como também não têm, em princípio, competência nos procedimentos de licenciamento aos quais tais medidas se aplicam. Estas soluções, para além de ilógicas, corresponderiam a um desperdício de recursos e de tempo incompreensíveis num momento em que, mesmo em termos constitucionais, se afirmam a eficácia e a eficiência como princípios rectores da actuação administrativa.

Entendemos, assim, que o referido parecer tem de ser emanado por uma entidade ou por entidades que participem na definição das concepções e das opções subjacentes ao projecto do plano em elaboração (revisão ou alteração), o que acontece, se a elaboração do plano for feita de forma directa, com os departamentos de planeamento do Município ou, se tiver precedido contrato de concepção, com as equipas projectistas adjudicatárias.

Todavia, para que não se levantem objecções pelo facto de não se estar perante órgãos administrativos e, no primeiro caso, nem sequer de centros de imputação subjectiva autónomos, consideramos defensável, se não mesmo desejável, a constituição de uma equipa específica ou uma entidade *ad hoc*, que integre, nomeadamente, um representante da Câmara ou da equipa exterior que se encontra a elaborar o plano, um representante da Comissão Mista de Acompanhamento, se se tratar de um PDM, e um representante da DRAOT, no pressuposto de que ele se autovincule pela posição manifestada.

O título jurídico para a criação deste tipo de órgãos é, precisamente, o n.º 7 do artigo 107.º do RJIGT, que comete ao órgão competente para o estabelecimento das medidas preventivas a determinação das entidades a consultar, não se exigindo, nessa sede, que se trate de uma única entidade nem, sequer, que se trate de entidades existentes integradas na Administração pública.

Voltando ao princípio da necessidade na adopção das medidas preventivas, este manifesta-se também numa perspectiva *espacial* ou *territorial*, como decorre do artigo 111.º, que determina que a “*área sujeita a medidas preventivas deve ter a extensão que se mostre adequada à satisfação dos fins a que se destina*”, admitindo-se, expressamente, que a área das mesmas não coincida com a área global do plano em apreço.

O mesmo princípio revela-se, igualmente, numa *dimensão temporal*. Nesta última vertente, deve destacar-se a previsão, no artigo 112.º, de *prazos máximos* de vigência e da sua prorrogação (2 + 1 anos) e de *prazos supletivos* de vigência quando tal não se encontre expressamente previsto no texto das medidas preventivas (1 ano + 6 meses).¹³

Outro aspecto do regime jurídico das medidas preventivas tratado expressamente no RJIGT é o que diz respeito às causas de cessação de vigência das mesmas, com destaque para as que determinam a sua caducidade automática, demonstrativas do seu carácter acessório. São elas: o decurso do prazo fixado para a sua vigência; o abandono da intenção de elaborar o plano; a cessação do interesse na salvaguarda das situações excepcionais de reconhecido interesse nacional ou regional; e a entrada em vigor do plano que motivou a sua aplicação, ainda que este deva referir expressamente essa caducidade (artigo 112.º, n.º 8).¹⁴

No que diz respeito à revogação, total ou parcial, das medidas preventivas, o seu fundamento ancora essencialmente no princípio da necessidade material, embora numa dimensão negativa, já que denota a desnecessidade da sua manutenção, manifestada no decorrer dos trabalhos de elaboração, revisão ou alteração do plano ou mesmo com a entrada em vigor de outros planos que não os que motivaram a sua adopção [alínea a) e n.º 4 do artigo 112.º].

Por fim, foi introduzida no artigo 112.º, n.º 5, uma solução, inovadora em termos legislativos mas já defendida pela doutrina com base no exemplo alemão.¹⁵ Com efeito, embora se determine que uma mesma área só pode voltar a ser abrangida por medidas preventivas decorridos quatro anos sobre a caducidade (ou revogação) das anteriores, tal proibição é meramente relativa, uma vez que se admite que seja derrogada sempre que ocorram *motivos excepcionais*, devendo o texto das medidas preventivas, nesta situação, ser alvo de uma fundamentação acrescida e, em qualquer caso, de ratificação.

Questiona-se, porém, se, em comparação com o disposto no direito alemão — que admite expressamente uma quarta prorrogação e ainda uma renovação das medidas preventivas que serão, nesse caso, indemnizáveis —, se esta previsão normativa só deve ser aplicável a medidas preventivas “*novas*” (medidas preventivas para salvaguarda de outro plano) ou, ao invés, a uma “*renovação*” das anteriores (medidas preventivas para salvaguarda do mesmo plano). Quanto a nós, também esta segunda hipótese é admitida por este normativo legal que não distingue, para este efeito, as duas situações referidas. Parece-nos, no entanto, que, tal como acontece no direito alemão aquando da ocorrência de uma quarta

prorrogação das medidas preventivas¹⁶, que, nesta situação excepcional de renovação de medidas preventivas anteriores, se tenha de demonstrar e explicitar claramente um grau acrescido de necessidade de adopção das mesmas.

No que se refere à sua natureza jurídica, o artigo 108.º determina que as medidas preventivas são regulamentos administrativos, sendo dotadas, portanto, de valor jurídico idêntico ao dos planos directa e imediatamente vinculativos dos particulares e estando sujeitas, em princípio, ao mesmo regime material, formal e processual. Assim se compreende que elas estejam sujeitas a ratificação quando o plano a que respeitam também deva ser ratificado (o que só se saberá, em regra, tendo por base os termos de referência que guiam os procedimentos de elaboração ou modificação dos planos, mas que podem vir a sofrer alterações no seu decurso) e que devam ser objecto de publicação [artigo 148.º, n.ºs 1, alínea *h*), e 3, alínea *d*)], publicitação (artigo 149.º, n.º 2) e registo (artigo 150.º). Todavia, o legislador prevê expressamente, devido ao carácter cauteloso e, em regra, urgente destas medidas, que a Administração está dispensada de dar cumprimento aos trâmites de audiência dos interessados ou de apreciação pública. Ao utilizar tal expressão, a lei confere, genericamente, uma permissão para dispensar, sem que o ente administrativo tenha de praticar um acto fundamentado que tenda à prossecução desses mesmos efeitos. Não parece, porém, que se trate de uma verdadeira situação de inexistência de audiência, em que a Administração está obrigada a passar à fase constitutiva sem dar cumprimento a esta formalidade, uma vez que, se o considerar necessário ou oportuno, poderá auto-vincular-se à sua efectivação, sendo que, neste caso, deve respeitar os princípios que regem a actuação administrativa, nomeadamente os princípios da igualdade e da transparência.¹⁷

Por outro lado, o incumprimento das medidas preventivas também determina efeitos jurídicos similares aos que decorrem do desrespeito dos planos vinculativos dos particulares. Assim, se o incumprimento for imputável à Administração, que pratique um acto administrativo que decida pedidos de licenciamento (ou autorização) com inobservância das medidas preventivas, a sanção cominada é a da *nulidade* (artigo 115.º). Se a violação das limitações determinadas pelas medidas preventivas for perpetrada por particulares, corresponder-lhes-á, nos termos ainda não definidos por portaria, a prática de uma contra-ordenação, punível com coima e com sanções acessórias, bem como o embargo e a demolição das obras, enquanto medidas de tutela da legalidade urbanística (artigos 113.º e 114.º).¹⁸

De referir, ainda, que a primeira parte do n.º 5 do artigo 107.º consagra legalmente uma regra que decorre já do princípio geral de direito *tempus regit actum*. Com efeito, nos termos deste dispositivo, as medidas preventivas, como regulamentos administrativos que são, só se aplicam para o futuro, devendo ficar salvaguardados os actos administrativos que tenham sido praticados em data anterior à sua entrada em vigor. No entanto, o legislador reconhece uma excepção a esta regra que é a da obrigatoriedade de excluir da aplicação das medidas preventivas as licenças ou autorizações relativamente às quais tenha existido informação prévia favorável, sendo a Administração obrigada a licenciar (ou autorizar) em conformidade com tal informação e, portanto, em desconformidade com as medidas preventivas em vigor. Esta hipótese de não aplicabilidade das medidas preventivas aos pedidos de licenciamento ou de autorização antecedidos de uma informação prévia favorável à operação em causa configura, igualmente, um desvio ao disposto no artigo 67.º do RJUE. Com efeito, de acordo com esta norma legal, a regra do *tempus regit actum*, no que concerne aos procedimentos de licenciamento ou de autorização de operações urbanísticas, só não vale na situação prevista no artigo 60.º, que visa a garantia do existente, pelo que é aplicável a todas as licenças ou autorizações, mesmo que os respectivos pedidos venham instruídos com uma informação prévia favorável.¹⁹

Pode questionar-se, legitimamente, qual a razão de ser de uma regra especial com este teor para os casos de adopção de medidas preventivas. Pensamos que tal se deve ao facto de

estas regularem de forma meramente transitória (provisória) uma situação que pode obter ou não acolhimento em termos definitivos, impondo o princípio da necessidade, no sentido do menor sacrifício, que, neste caso, em face da incerteza da solução impeditiva do futuro plano, se deva dar preferência à manutenção e concretização dos direitos dos particulares. Em todo o caso, o n.º 6 do artigo 107.º prevê uma espécie de válvula de escape pois, se a Administração competente, ponderada a situação concreta, concluir que a informação prestada coloca em causa o plano, pode indeferir (ou licenciar condicionada-mente) essa pretensão, havendo lugar, neste caso, ao pagamento de uma indemnização.²⁰

Coloca-se, ainda, a questão da extensão deste desvio aos casos em que, em data anterior à adopção das medidas preventivas, tenha havido *aprovação do projecto de arquitectura*. Parece-nos que, por maioria de razão, esta hipótese deve considerar-se incluída neste normativo legal e, portanto, excluída do âmbito de aplicação das medidas preventivas. É que, com a aprovação do projecto de arquitectura aprecia-se de forma definitiva a conformidade do mesmo com as normas legais e regulamentares aplicáveis, apreciação essa que, ocorrendo em momento anterior à entrada em vigor das medidas preventivas, terá de ficar necessariamente afastada do âmbito de aplicação das mesmas. Deste modo, o respectivo titular dispõe de uma posição jurídica estavelmente definida, ainda que parcelar, tratando-se de uma situação mais consolidada do que aquela em que apenas dispõe de uma informação prévia favorável ao projecto, hipótese esta que, como vimos, o legislador afasta expressamente do âmbito de aplicação das medidas preventivas.²¹

No que diz respeito às consequências jurídicas que podem resultar da adopção de medidas preventivas, temos de destacar, por um lado, os seus efeitos indemnizatórios e, por outro, a sua influência na suspensão do plano em apreço ou de outros planos que incidam sobre a área de referência.

Quanto à questão da indemnização das restrições provocadas por estas medidas, a resposta dada, inclusivamente em termos legislativos, vai no sentido da sua negação (artigo 116.º, n.º 1). E isto quer se tome como fundamento o facto de elas serem medidas de cariz transitório, quer o facto de elas responderem a questões levantadas pela vinculação situacional do solo.²² Mas também esta regra conhece excepções, sendo indemnizáveis, para além das medidas preventivas ilegais (que desencadeiam a aplicação das regras sobre responsabilidade da Administração por actos de gestão pública ilícitos), aquelas que provoquem danos equivalentes, ainda que transitórios, aos previstos no artigo 143.º, designadamente quando comportem, durante a sua vigência, uma restrição ou supressão substancial de direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados (como sucede na hipótese prevista no artigo 107.º, n.ºs 5 e 6), e aquelas que sejam decretadas antes do decurso de quatro anos sobre a caducidade de medidas preventivas anteriores para a área [artigo 116.º, n.º 2, alínea a), e artigo 112.º, n.ºs 6 e 7].²³

Quanto ao segundo aspecto apontado, terá de reter-se que, de acordo com o disposto no artigo 107.º, n.º 2, as medidas preventivas apenas suspendem o plano que está a ser *revisto* ou *alterado* e não quaisquer outros planos que incidam sobre a mesma área. Trata-se, quanto a nós, de uma solução que tem razão de ser em determinadas situações, mas que exige, em outras, a adopção de cautelas suplementares. Vejamos mais por-menorizadamente este ponto através de um exemplo prático. Um município está a elaborar, para uma determinada área já abrangida por PDM, um plano de urbanização (PU) que, embora não estabeleça regras que alterem aquele plano superior, fixa, contudo, um índice de ocupação mais baixo do que o limite máximo por aquele previsto para essa área.²⁴ Ora, numa situação como esta, em que o PU impõe regras mais restritivas do que as constantes do PDM, é necessário que, avisadamente, se suspenda, através de uma deliberação própria para o efeito, o PDM em vigor, pois esse efeito não poderá ser conseguido através da adopção de medidas preventivas no processo de elaboração do PU, uma vez que estas não determinam

a suspensão dos efeitos de outros planos em vigor sobre a mesma área²⁵. E isto para que não se coloque uma questão, *prima facie*, de incoerência ou, mesmo, de contradição entre as normas urbanísticas (do PDM e das medidas preventivas) que se aplicam a um mesmo espaço, o que implicaria, na ausência de solução legislativa ou de previsão regulamentar expressa, a mobilização de critérios de escolha genéricas, que nem sempre apontam em sentidos coincidentes.

Concluindo sobre o regime jurídico das medidas preventivas, acentuamos o facto de o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente da necessidade, ser, claramente, a sua pedra de toque. Apresentamos, por isso, o quadro identificativo das situações em que, por aplicação do referido princípio, as medidas preventivas podem ser adoptadas e aquelas em que elas devem ser afastadas, sob pena de invalidade da respectiva deliberação.

Actual plano	Futuro plano	Solução adequada
Actividade X admitida	Actividade X proibida	Necessidade de medidas preventivas
Actividade X proibida	Actividade X proibida	Desnecessidade de medidas preventivas, devendo o indeferimento fundar-se no actual plano ²⁶
Actividade X permitida	Actividade X permitida	Desnecessidade de medidas preventivas, devendo a pretensão ser definida
Actividade X proibida	Actividade X permitida	Possibilidade de adopção de medidas preventivas antecipatórias

2.2. Suspensão de concessão de licenças²⁷

Este instituto de natureza cautelar, apesar de configurar uma inovação da nossa mais recente legislação urbanística, foi tratado em termos bastante menos pormenorizados do que o instituto das medidas preventivas, tendo-lhe sido dedicados apenas dois artigos — o artigo 117.º do RJIGT e, de forma remissiva, o artigo 13.º do RJUE.²⁸

As lacunas de regulamentação da formulação legal, não obstante permitirem uma maior margem de adaptação das soluções aos casos concretos, geram imprecisões dificilmente superáveis, sobretudo se se atentar na multiplicidade e força criativa das situações da vida que se enquadram no âmbito do direito do urbanismo. Só deste modo se compreende que, em tão curto espaço de tempo, se tenham sucedido dois despachos interpretativos internos sobre este instituto [Despacho do Secretário do Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza (SEOTCN) de 20 de Novembro de 2000 e Despacho do Secretário de Estado Adjunto e do Ordenamento do Território (SEAOT) de 25 de Novembro de 2002]. Sabendo, porém, que, apesar de constituírem orientações para os serviços, estes despachos se encontram desprovidos de efeitos externos²⁹ e sempre na mira da elucidação do sentido mais razoável a conferir ao texto legal, não podemos deixar de mencionar os institutos, objecto de maior sedimentação legal, doutrinal e jurisprudencial, que, no direito comparado, são análogos à nossa “suspensão de concessão de licenças”.

A suspensão de procedimentos, como instrumento cautelar do plano, existe em ordenamentos que, salvo no caso alemão, não dispõem de um instrumento equiparado às nossas medidas preventivas, nomeadamente nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e francês.

Em Espanha, a *suspensão de concessão de licenças* pode ser ordenada pela entidade responsável pelo planeamento para estudo da formação, revisão ou modificação do plano, sendo, com este objectivo, uma medida *facultativa*. Contudo, a aprovação inicial do plano determina a *suspensão automática* da outorga de licenças, mas apenas nas áreas para as quais o novo plano preveja modificações do regime urbanístico vigente, podendo conceder-se licenças baseadas no regime em vigor, sempre que se respeitem as determinações do novo planeamento. Esta suspensão não impede, pois, a concessão de licenças que não violem o novo plano.³⁰

Por seu lado, no que diz respeito às *misura di salvaguardia* normais do direito italiano (já que as extraordinárias se referem à suspensão de trabalhos já iniciados), afirma-se que elas são obrigatórias, o que não significa que actuem de forma automática, uma vez que só poderão ser mobilizadas quando exista uma concreta pretensão urbanística dos particulares exigindo-se, ainda, a contrariedade entre esta e o plano já *adoptado*.³¹

No mesmo sentido, o *sursis a statuer* francês consiste numa decisão do órgão competente pelos procedimentos de licenciamento pela qual este se recusa, para garantia do plano em elaboração ou em revisão, pronunciar-se de imediato, de forma positiva ou negativa, sobre os pedidos de ocupação ou de utilização dos terrenos.³²

Referindo-nos, agora sim, especificamente, ao instituto previsto no direito português (artigo 117.º do RJIGT), vejamos atentamente cada um dos pressupostos de que depende a sua aplicação e os traços mais impressionantes (e imprecisos) do seu regime jurídico.

Em primeiro lugar, ressalta que esta suspensão apenas se aplica quando esteja em curso a tramitação procedimental relativa a um *plano municipal* ou *especial* de ordenamento do território, já que só estes, como vimos, vinculam, sem interposição necessária de qualquer outro, entidades privadas.³³

Outra questão que não deixa margem para quaisquer dúvidas é a exclusão, do âmbito de aplicação deste instituto, dos procedimentos de informação prévia, de licenciamento e de autorização quando o pedido tenha por objecto obras de reconstrução ou de alteração de edificações existentes, desde que tais obras não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade das edificações (artigo 117.º, n.º 4). Esta solução tem toda a lógica se tivermos presente que estamos, nestes casos, perante situações de garantia do existente nos termos previstos no artigo 60.º do RJUE. Isto é, trata-se de operações que, por não poderem ser indeferidas com base nas regras do novo plano, também não podem ser afectadas por qualquer medida de salvaguarda deste.

Encontram-se igualmente excluídos desta suspensão os procedimentos de licenciamento ou de autorização cujos pedidos tenham sido instruídos com informação prévia favorável de carácter vinculativo (artigo 17.º, n.º 4, do RJUE), bem como, em nosso entender, aqueles procedimentos de licenciamento relativamente aos quais ocorreu já aprovação do respectivo projecto de arquitectura. É que, como afirmámos antes, a propósito das medidas preventivas, com a aprovação do projecto de arquitectura aprecia-se, de forma definitiva, a conformidade do mesmo com as normas legais e regulamentares aplicáveis, verificação essa que, ocorrendo em momento anterior à abertura da fase da discussão pública do plano, não poderá, naturalmente, ser afectada pela suspensão cautelar dos procedimentos, visto que, mais do que na hipótese da informação prévia (que o legislador expressamente exclui do âmbito da suspensão), o respectivo titular dispõe, nestes casos, de uma posição jurídica estavelmente definida.

Mais problemático é o facto de o n.º 1 do artigo 117.º determinar que a suspensão dos procedimentos apenas se aplica às “*áreas a abranger por novas regras urbanísticas*”, o que apela para uma limitação do âmbito territorial de incidência desta suspensão que pode, de acordo com este entendimento, não coincidir com toda a área do plano em apreço. Neste sentido, determinava expressamente o despacho do SEOTCN de 20.01.2000 que “*A suspensão dos procedimentos de informação prévia, de licenciamento e de autorização verifica-se apenas na área a que respeitam as novas regras urbanísticas e não a toda a área em que é aplicável o plano municipal ou especial de ordenamento do território que se pretende alterar ou rever*”.

Porém, o mais recente despacho ministerial parece enveredar por um caminho inverso — de aplicação territorial mais extensiva desta medida —, ao pressupor que o anterior despacho, por determinar a aplicação da suspensão dos procedimentos às situações a

abranger por *novas regras urbanísticas*, apenas teve em mente a revisão dos planos e não a sua elaboração, já que nesta última situação todas as regras são novas regras, devendo, assim, a suspensão dos procedimentos incidir sobre toda a área a abranger pelo plano em elaboração. Para além do mais, afirma-se que, mesmo nas situações em que o plano se encontra em revisão, a suspensão dos procedimentos terá de se aplicar a toda a área geográfica do mesmo, uma vez que “o âmbito espacial de aplicação das regras urbanísticas a constar dos instrumentos de gestão territorial não se compreende no poder discricionário da Administração, antes constitui um dos elementos da tipologia legal dos instrumentos de gestão territorial” (§41), determinando a alteração dos limites territoriais da proposta um “novo procedimento de elaboração e acompanhamento, de forma a serem definidas as regras para a área territorial a abranger” (§50).

Esta leitura — de aplicação da suspensão dos procedimentos a toda a *área territorial* de elaboração ou de revisão dos planos — não nos parece a mais adequada se tivermos em consideração o regime jurídico dos planos e das respectivas medidas cautelares. Assim, e quanto ao último argumento referido — de a área territorial de cada plano ser um elemento da respectiva tipologia — não nos devemos esquecer que a tipologia legal dos planos, salvo quanto à área a abranger pelos PDM, é, na sua base, flexível e que se a Administração não pode aprovar um plano de urbanização para uma zona rural, já pode recortar, no *decorso do procedimento de elaboração desse plano*, qual a área urbana que por ele deve ser abrangida.³⁴

Para além disso, aquela leitura pode revelar-se manifestamente desproporcional e atentatória do princípio da necessidade que é, como vimos, condição de legitimidade das medidas cautelares. Com efeito, ainda que a Administração esteja a elaborar um plano e não a proceder à sua revisão, tal não significa que as respectivas regras assumam sempre carácter inovador. Não nos podemos esquecer que, num momento em que praticamente todo o território nacional já se encontra abrangido por planos (de tipos diferentes, é certo, mas, na maioria dos casos, pelo menos, por PDMs), nem sempre a elaboração *ex novo* de um plano implica a criação de *regras novas*, se compararmos o seu regime com o que vigorava na mesma área antes da elaboração do novo plano. Veja-se a hipótese em que o município está a elaborar um PU para uma área em que já existe PDM, ou um Plano de Pormenor (PP) numa área já abrangida por PDM ou PU. Ou então atente-se ao que acontece numa situação de elaboração (*ex novo*) de um PEOT, numa área em que se encontra em vigor um PMOT, ou a elaboração de um plano municipal numa área em que já vigora um PEOT. Em qualquer dos casos referidos pode ocorrer uma de duas situações distintas: ou o novo plano (em elaboração ou revisão), no projecto que é posto a discussão pública — onde constam as suas opções fundamentais relativas à ocupação dos solos e de acordo com os objectivos identificados logo no início do procedimento —, não altera as opções estabelecidas no plano anterior (da mesma ou de diferente natureza) ou então, quando tal é possível, pretende alterar as regras dos planos anteriores, o que assume especial relevo quando pretende introduzir regras mais restritivas. Ora, enquanto nesta última situação o instituto da suspensão de procedimentos prevista no artigo 117.º do RJIGT tem razão de ser, já na primeira situação referida se pode revelar completamente desnecessária a sua utilização.

Voltemos aos exemplos e vejamos a situação em que o município está a elaborar um PU que se limita a concretizar as opções do PDM, sem as pôr em causa (não reduz índices, nem proíbe qualquer actividade que é admitida pelo PDM), ou em que um PP em elaboração admite uma determinada actividade que também não está proibida pelo PEOT que se encontra em vigor naquele momento e que abrange a sua área de incidência. Numa situação deste tipo não vemos para quê suspender todos os procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia, impedindo o deferimento imediato de

operações permitidas pelo PDM ou pelo PEOT em vigor na área e admitidas pelo futuro plano. Outra situação paralela ocorre quando se procede à elaboração de um PP que proíbe uma determinada actividade, que também se encontra proibida por um plano especial em vigor na área. Também neste caso não vemos porque se há-de suspender o procedimento de licenciamento já que, quer à luz do plano em vigor, quer à luz do plano em elaboração, aquelas actividades estão proibidas e, por isso, devem ser indeferidas.

Assumindo, pois, o princípio da necessidade como “linha de prumo” que deve pautar o funcionamento de qualquer medida de carácter cautelar e que, por isso, não pode estar arredado do regime jurídico deste novo instituto cautelar dos planos, e tendo presente a finalidade que se pretende atingir com medidas deste cariz, ele só deve, quanto a nós, de acordo com a sua dimensão territorial, abranger as áreas que, numa análise comparativa entre o plano ou planos em vigor para a mesma e a proposta do futuro plano submetido a discussão pública, mereçam soluções urbanísticas distintas. Deve, pois, valer aqui também o princípio que vimos valer, legislativamente, para as medidas preventivas.

De igual forma, entendemos que, se esta área territorial sujeita a “*novas regras*” for objecto de alteração após a discussão pública do projecto do plano, sobretudo se nos reportarmos à aprovação do plano, que configura o seu verdadeiro momento constitutivo, tornando tal suspensão desnecessária, ela deverá cessar relativamente à área cuja regulamentação se mantém inalterada, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

A orientação apontada é ainda suportada por um outro argumento. Com efeito, a razão de ser das medidas cautelares dos planos é a de garantir o efeito útil destes, o que significa que elas só têm lógica naquelas situações em que estão em causa operações que, apesar de serem permitidas pelos instrumentos de planeamento em *vigor* nesse momento, serão, com um *grande grau de probabilidade*, proibidas pelo futuro plano. Já não têm aplicação relativamente àquelas operações que, sendo admitidas pelo actual instrumento de planeamento, também o serão, em princípio, pelo futuro plano. Dito de outro modo, o princípio da necessidade justificativo da adopção das medidas cautelares — por isso também aplicável à suspensão dos procedimentos prevista no artigo 117.º do RJIGT — não necessita fundar-se (por se tratar, precisamente, de medidas cautelares) numa certeza de que as operações em causa vão contrariar as normas do futuro plano, sendo suficiente um *justo receio* de que os interesses envolvidos no plano em elaboração serão lesados ou postos em causa. Mas, se isto assim é, não é menos verdade que também não é um *qualquer receio* que pode justificar o funcionamento deste tipo de medidas, devendo tratar-se de um *receio fundado* de que ocorra uma lesão qualificada daqueles interesses (um prejuízo grave ou de difícil reparação para o futuro plano).³⁵

Isto significa que, embora tenha razão o despacho de 2002 ao afirmar que não há a certeza, no momento da discussão pública do plano, que as normas que vão entrar em vigor corresponderão exactamente às que constam do projecto nesse momento, podendo efectivamente acontecer que venham a ser proibidas pelo plano actividades que, no momento da discussão pública, eram admitidas, tal não significa que, para se legitimar a *suspensão dos procedimentos* prevista no artigo 117.º do RJIGT, baste essa possibilidade abstracta que, para além de poder não se verificar em concreto, se encontra sempre latente em qualquer procedimento de planificação. Em nosso entender, o que a lei determina é que a suspensão dos procedimentos apenas poderá funcionar se existir a *possibilidade* (fundada, por imposição do princípio da necessidade) de violação do futuro plano em face do *projecto posto a discussão pública*.³⁶

E a consequência que daqui resulta é a de que, se nesse *momento*, perante o projecto posto a discussão pública, não houver *forte probabilidade* de aquelas actividades virem a afectar o futuro plano, não pode funcionar a suspensão dos respectivos procedimentos. Esta é, quanto a nós, a única leitura possível do artigo 117.º do RJIGT, se tivermos em

consideração que estamos perante *medidas restritivas de direitos*, adoptadas em função de planos ainda ineficazes (já que à luz das normas em vigor tais direitos poderiam legitimamente ser exercitados), devendo, pois, ser *interpretados restritivamente*.

Apelativo de uma leitura cuidada e restritiva do disposto no mesmo artigo é o facto de a maior parte dos municípios estarem, neste momento, a rever os respectivos PDM's (já conhecidos por PDMs de 2.^a geração), sendo certo que a maior parte deles não pretende modificar todas as regras anteriormente em vigor. Uma leitura deste instituto tal como é feita pelo despacho de 2002 terá como consequência necessária (*automática*) a suspensão de *todos os procedimentos* de licenciamento, autorização e informação prévia³⁷ em toda a *área do município*, mesmo naquelas para as quais, de acordo com o projecto posto a discussão pública (e tendo em consideração os objectivos apontados nos respectivos termos de referência), não se prevê qualquer alteração relativamente às regras até aí vigentes, não havendo, *nesse momento*, nada que aponte, com suficiente grau de probabilidade, para a sua modificação posterior à discussão pública. Uma leitura deste tipo implicará a paralisação de *toda a actividade* de gestão urbanística na totalidade da *área* do município, com base numa possibilidade abstracta de alteração das regras em vigor, suspensão essa que se manterá até à entrada em vigor do novo plano ou ao decurso do prazo de 150 dias.³⁸

Podemos, pois, concluir para já que, por exigência do princípio da necessidade, que obriga a uma interpretação restritiva do disposto no artigo 117.^o do RJGT, a suspensão dos procedimentos de licenciamento, autorização e informação prévia não deve aplicar-se a *toda a área* a abranger pelo plano em elaboração ou revisão, mas apenas àquelas zonas relativamente às quais se prevêem *novas regras urbanísticas*. Estando em causa áreas para as quais o plano em elaboração não prevê novas regras, a suspensão dos procedimentos deve ser afastada.

O que acontece, porém, relativamente às áreas para as quais o plano em elaboração prevê regras inovadoras?

Tendo em consideração o que acabámos de afirmar, resulta claro que é precisamente para os procedimentos relativos a projectos a realizar nessas áreas que a suspensão tem razão de ser como medida cautelar de PMOTs ou PEOTs em elaboração ou revisão. Deste modo, torna-se essencial que o acto que publicita a abertura da discussão pública identifique claramente essas áreas. Nelas, tal como resulta da lei — ao afirmar que “... *ficam suspensos...*” os referidos procedimentos — o início do período da abertura da discussão pública do plano em elaboração tem como *efeito automático* a suspensão dos procedimentos em curso nessa área até à data da entrada em vigor do respectivo plano ou ao decurso do prazo de 150 dias. Para além desses, embora o legislador não lhes faça referência expressa, suspendem-se também os procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia cujos pedidos tenham sido apresentados ao órgão municipal competente após aquela fase procedimental. Com efeito, não decorre da lei que os interessados fiquem impedidos, após o início do período de discussão pública, de requerer, junto da Administração competente, este tipo de pedidos. No entanto, se um procedimento em curso a essa data se suspende automaticamente por efeito da abertura daquela fase procedimental, também terão de se suspender os procedimentos que se venham a iniciar em momento posterior.

Pese o que acabámos de afirmar — que a abertura do período de discussão pública suspende automaticamente os procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia — tal facto não nos deve fazer esquecer que continuamos na presença de uma medida cautelar que tem de respeitar determinados requisitos jurídicos, designadamente, o princípio da proporcionalidade. Isto significa que esta suspensão pode, à luz do critério da necessidade, ter de ser afastada, por decisão expressa da entidade competente, devendo continuar os seus termos os procedimentos cujos pedidos não terão, ao abrigo das novas regras, uma decisão diferente daquela que decorre das regras urbanísticas em vigor.

Desta forma, deve *indeferir-se definitivamente* os pedidos de licenciamento, autorização ou informação prévia que, não obstante a alteração das regras, sempre teriam de ser indeferidos à luz do regime vigente e do regime proposto (o que acontece, por exemplo, com o projecto relativo a uma construção de 8 pisos numa área para a qual o plano em vigor permite, como máximo, 6 pisos, e o plano em elaboração fixa em 4 o número de pisos máximos) ou deferir-se aqueles que sempre terão de ser deferidos (o que acontece com um projecto relativo a uma construção com três pisos para aquela mesma zona).³⁹

Entendida deste modo, concordamos com a perspectiva defendida no despacho de 2000 — por se basear precisamente no princípio da necessidade — ao afirmar expressamente que, “*Mesmo na área a abranger pelas novas regras urbanísticas a suspensão apenas afecta os procedimentos cujos pedidos teriam ao abrigo das novas regras urbanísticas uma decisão diferente daquela que se impõe face às regras urbanísticas em vigor*”.

Reconhecemos, no entanto, que, quando se trate de uma situação em que o projecto posto a discussão pública aponta no sentido do deferimento da pretensão, mesmo que à luz da regulamentação vigente tal pretensão fosse de indeferir, se deve aplicar o disposto no n.º 5 do artigo 117.º: o licenciamento, autorização ou informação prévia que venham a ser concedidos no termo dos procedimentos que não permaneceram suspensos ficam condicionados à entrada em vigor do plano em elaboração (*condição suspensiva*). Com efeito, determina este normativo legal que, quando haja suspensão do procedimento — que, como vimos, deve ocorrer quando o projecto incida sobre uma área para a qual se prevêem *novas regras urbanísticas* — os interessados possam evitar este efeito, desen-cadeando um novo procedimento, adaptando, para tal, o projecto às novas regras postas a discussão pública, já que, neste caso, o procedimento pode seguir o seu curso normal, ainda que a decisão final fique sujeita à condição suspensiva da entrada em vigor das regras urbanísticas que conformam a pretensão.

Trata-se de uma situação que representa um marco importante no sentido da celeridade da actuação administrativa, ainda que não se permita, em bom rigor, a aplicação antecipada do plano em elaboração ou revisão, até porque esta medida cautelar não tem como efeito a suspensão de eficácia dos PMOTs ou PEOTs que incidem sobre a mesma área e que, portanto, se mantêm vigentes. Naturalmente que, se isto assim é, então, apesar de a lei dizer que os pedidos apresentados antes dessa suspensão apenas podem ser decididos após a data da entrada em vigor das novas regras urbanísticas e à luz destas (artigo 117.º, n.º 2), este preceito não será mobilizado em toda a linha — não podendo aplicar-se àqueles projectos que, embora abstractamente devessem ser abrangidos pela suspensão, já se conformavam com o plano posto a discussão pública.

De tudo o que vem de ser dito resulta, em nosso entender, que, tal como decorre da formulação do artigo 117.º, a suspensão de procedimentos em curso ou que se venham a iniciar após a abertura da fase da discussão pública em áreas para as quais se prevêem novas regras urbanísticas (áreas essas que devem ser devidamente identificadas aquando da abertura daquela fase procedimental) *funciona de modo automático*⁴⁰, mas, tendo em consideração o seu *carácter cautelar* (a finalidade que este instituto visa alcançar) e os princípios a que deve obediência, com especial relevo para o princípio da necessidade, nem sempre se justifica a manutenção “*tout court*” da suspensão dos procedimentos. Motivo pelo qual tem a Administração a *obrigação* oficiosa de a levantar relativamente àqueles procedimentos que, à luz do projecto do plano posto a discussão pública, não terão uma solução diferente daquela que teriam pela aplicação do plano em vigor ou que, mesmo sendo diversa, já tenha sido formulada de acordo com o plano que se encontra a ser elaborado ou modificado.

A esta obrigação da Administração, corresponde, do lado do particular, o *direito à tramitação procedimental*, direito esse que poderá, inclusivamente, ser garantido jurisdicionalmente através de uma acção de condenação à prática de acto administrativo devido, nos termos previstos no novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos.⁴¹ Naturalmente, aos particulares não está excluída a possibilidade de requererem esta apreciação mas, na sua base, ela deverá ser objecto de um procedimento de iniciativa oficiosa pública. Apenas numa situação, a única expressamente prevista no artigo 117.º, n.º 5, se faz depender o “reinício” do procedimento de iniciativa particular, e compreensivelmente, uma vez que há a necessidade de se alterar a base documental que há-de instruir o mesmo.

O levantamento da suspensão dos procedimentos será, pois, objecto de um *acto administrativo* de conteúdo vinculado, designadamente no que se refere à *necessidade* da sua utilização, tratando-se de um acto pelo qual a entidade competente analisa os procedimentos que se encontram suspensos para verificar se se preenchem, *in casu*, os pressupostos para que a suspensão cautelar dos mesmos, determinada por lei, se mantenha. Em caso negativo, deve dar-se andamento aos procedimentos que se encontravam suspensos, decidindo os pedidos formulados de forma condicionada.⁴² Este condicionamento assume uma dupla utilidade, já que, para além de impedir a adopção de soluções contrárias ao ordenamento jurídico ainda vigente, exclui a possibilidade de indemnização dos danos provocados pelo novo plano aos direitos adquiridos, em momento prévio, pelos particulares. E isto porque esses direitos, ao serem sujeitos a uma condição suspensiva, nunca chegam a ser adquiridos se ela não se verificar (isto é, se o plano não for aprovado no sentido proposto). Maiores dúvidas, porém, se colocarão quanto à possibilidade de indemnização de despesas efectuadas com vista ao licenciamento ou autorização condicionados de uma operação urbanística. Neste caso, deve ter-se presente a situação referente aos procedimentos em curso à data da suspensão e relativamente aos quais já se tenham, antes dessa data, efectuado despesas com vista à concretização da edificabilidade prevista nas regras urbanísticas vigentes em data anterior. Neste caso, no ordenamento jurídico vizinho, o direito de exigir a indemnização fica suspenso até à entrada em vigor do novo plano. E logicamente, já que o prejuízo só se produz efectivamente com essa aprovação, pois só aí se tem a certeza se o projecto é ou não aproveitável. Nas hipóteses em que essas despesas são efectuadas já depois dessa suspensão, por forma, desde logo, a adequar o projecto ao novo plano, a defensabilidade da possibilidade de indemnização por actos lícitos da Administração antevê-se ainda mais remota.

Por outro lado, adoptando-se esta perspectiva, tem de se questionar qual a entidade competente para emanar este acto administrativo (levantamento da suspensão), uma vez que os procedimentos de licenciamento, autorização ou de informação prévia são de competência municipal, enquanto a aprovação ou modificação do plano que justifica a suspensão destes procedimentos pode dizer respeito a um plano de imputação municipal ou estadual. No primeiro caso, há uma coincidência entre entes administrativos responsáveis pelos procedimentos paralelos em apreço, mas na segunda hipótese, enquanto o responsável pela elaboração ou modificação do PEOT é o Governo, o município continua a ser o ente competente para licenciar ou autorizar as pretensões urbanísticas que com ele possam conflitar e, portanto, também o ente competente para ordenar o andamento dos procedimentos que se encontravam suspensos por determinação da lei. Parece-nos, porém, que, mesmo neste caso, o acto de levantamento da suspensão de procedimentos deve ser de competência municipal, uma vez que só este ente terá a disponibilidade sobre os processos para fazer uma apreciação casuística dos mesmos relativamente à proposta do PEOT submetida a discussão pública (artigo 48.º do RJIGT), ao que acresce que os municípios terão, em princípio, um conhecimento muito aprofundado da proposta desse

plano que os engloba, já que têm assento na Comissão Mista de Coordenação e devem ser chamados a acordar com a Administração central as formas e os prazos de adequação dos seus PMOTs ao futuro PEOT (artigos 47.º e 49.º do RJIGT).

Antes de avançarmos, vejamos, em termos esquemáticos, as principais conclusões a que chegamos no que se refere ao âmbito de aplicação da designada “suspensão da concessão de licenças”.

Área não abrangida por novas regras urbanísticas	Exclusão da suspensão de procedimentos	
Área a abranger por novas regras (expressamente identificadas na abertura da discussão pública)	1. Projectos relativos a edificações previstas no artigo 60.º do RJUE	Exclusão da suspensão de procedimentos
	2. Projectos instruídos com pedido de informação prévia	Exclusão da suspensão de procedimentos
	3. Procedimentos em curso após a aprovação do projecto de arquitectura	Exclusão da suspensão de procedimentos
	4. Procedimentos cujos pedidos terão, ao abrigo das novas regras urbanísticas, uma decisão diferente daquela que se impõe em face das regras urbanísticas em vigor	Suspensão (automática) dos procedimentos, mas obrigação de levantamento da suspensão com decisão final condicionada, quando se trate de projecto a deferir segundo a proposta do plano e a indeferir segundo o plano em vigor
	5. Procedimentos cujos pedidos não terão, ao abrigo das novas regras urbanísticas, uma decisão diferente daquela que se impõe em face das regras urbanísticas em vigor	Caso se trate de projecto a deferir: suspensão (automática) dos procedimentos, mas levantamento da suspensão com decisão final condicionada Caso se trate de projecto a indeferir: indeferimento definitivo

Depois de nos termos debruçado sobre estes aspectos que são, provavelmente, os mais importantes, problemáticos e, admitimos, controversos do regime jurídico da suspensão de procedimentos⁴³, analisaremos alguns outros pontos relativos e este regime previstos (ou omissos) no artigo 117.º do RJIGT.

Desde logo, o prazo máximo de 150 dias de activação da suspensão de procedimentos é, quanto a nós, absolutamente irrealista, pois, raras vezes, salvo nas alterações sob regime simplificado que, como veremos, não desencadeiam, em nosso entender, a suspensão em apreço, ele será respeitado. Atente-se apenas ao facto de o prazo mínimo de discussão pública ser de 60 dias (úteis, *em princípio*⁴⁴) e o artigo 81.º, n.ºs 2 e 3, referir prazos indicativos (que, quantas vezes, são ultrapassados) que devem mediar entre a aprovação e publicação dos planos, excedendo todos eles, sobretudo se houver ratificação, os 150 dias previstos nesta sede.⁴⁵

Em segundo lugar, realça-se que as limitações temporais intercalares (previstas no n.º 5 do artigo 112.º no âmbito das medidas preventivas), ainda que não expressamente consagradas para esta medida cautelar, serão aplicáveis em algumas situações, ainda que indirectamente, uma vez que, nas hipóteses de revisão de um plano, essa suspensão só poderá ocorrer passados três anos após a aprovação ou última revisão do mesmo. A questão coloca-se, com mais relevo, quanto à elaboração de outros planos de níveis diferentes para uma mesma área, relativamente aos quais não se previu um qualquer interregno temporal (“período de defeso”). Parece-nos, mesmo assim, que, tendo em consideração o carácter não indemnizável das restrições introduzidas pelas medidas cautelares e o carácter provisório (e pouco duradouro) da suspensão de procedimentos, bem como o facto de, em regra, os procedimentos de licenciamento, autorização ou de informação prévia para uma mesma área não se prolongarem excessivamente no tempo (sob pena de formação de deferimento tácito ou de abertura da via contenciosa) e não se repetirem amiúde, esta exigência não terá, a mais das vezes, cabimento.



Outra questão prende-se com o facto de este artigo apenas se referir a situações de elaboração ou revisão, o que parece excluir as restantes figuras que permitem a dinâmica dos planos. Todavia, parece-nos não ser esta a situação mais lógica, pelo menos quando nos referimos à alteração dos planos, uma vez que a linha distintiva entre esta e a revisão não é, de todo em todo, clara. Ainda que, em termos doutrinários, se possa ensaiar uma distinção baseada no impacte diferenciado destas duas figuras na concepção global do planeamento⁴⁶, não é menos verdade que só quanto às alterações sob regime simplificado é que esse critério doutrinário se coaduna perfeitamente com a formulação legal. Daí que só quanto a estas se possa, com razão, falar de uma não aplicação da suspensão de procedimentos, devendo este instituto aplicar-se às demais situações de alteração, sob pena de se tratarem diferenciadamente situações materialmente idênticas, com manifesta violação dos princípios que devem reger a actuação da Administração.⁴⁷ Aliás, seria incompreensível que se recusasse a suspensão de procedimentos em situações de alteração do plano, quando esta figura da dinâmica dos planos pode desencadear a aplicação de medidas preventivas, o que confirma a necessidade de também este procedimento ser acautelado.

Outra problemática não menos controversa é a de saber qual a consequência que resulta do facto de o município tramitar um procedimento que, nos termos do artigo 117.º do RJGT, devia estar suspenso, ou qual a consequência de a Administração licenciar definitivamente uma pretensão urbanística que devia ter sido licenciada condicionadamente à entrada em vigor do plano? A lei, de novo, não nos dá uma resposta satisfatória. Apesar de determinar expressamente que a violação de medidas preventivas gera nulidade, omite qualquer referência similar no artigo 117.º, sendo legítimo colocar a questão de saber se, não obstante esta ausência de previsão legal, não se justifica a adopção da mesma solução — a nulidade — e não a regra geral da anulabilidade. Esta solução é tanto mais defen-sável para quem, como nós, defenda que a suspensão de procedimentos funciona em substituição das medidas preventivas. Isto porque, sendo o mesmo o objectivo que se pretende alcançar com estes dois tipos de medidas cautelares, o grau de gravidade da sua violação é igual, justificando-se, de forma coerente, idêntica solução jurídica.

O último traço característico do regime jurídico da “suspensão da concessão de licenças” consiste em esta não se referir, ao contrário do que acontece com as medidas preventivas, a operações materialmente urbanísticas, afectando apenas actividades susceptíveis de controlo (licença, autorização ou informação prévia), tendo, assim, um âmbito de aplicação mais restrito do que aquele que decorre da utilização de medidas preventivas. Desde logo não abrange as operações urbanísticas de iniciativa da Administração pública (artigo 7.º do RJUE), o que não implica que esta, sobretudo se for a mesma entidade que se encontre a elaborar o plano, não tenha de ponderar o estado e os termos do procedimento da sua elaboração.

3. Relação entre medidas cautelares dos planos

Vistos os regimes de jurídicos que cada uma das medidas cautelares previstas goza no nosso ordenamento jurídico, resta procedermos a uma operação de articulação entre os mesmos, o que pode ser relevante, desde logo, para se determinar o prazo máximo de sujeição a medidas preventivas sem que haja lugar ao pagamento de uma indemnização.

No ordenamento jurídico alemão, único que procede, igualmente, a uma aplicação combinada (embora não simultânea) destes dois institutos, o prazo da suspensão de apreciação de projectos (que intervém logo num primeiro momento) é contabilizado no prazo das medidas preventivas (que se seguem àquela suspensão), o que pode determinar a caducidade das mesmas em data diferenciada, consoante os particulares tenham ou não sido afectados pela suspensão de apreciação dos projectos.⁴⁸

Entre nós, podemos questionar se, apesar de nos termos pronunciado pela não ressarcibilidade da suspensão de procedimentos prevista no artigo 117.º, o prazo de suspensão de 150 dias não deverá ser contabilizado para efeito de aplicação do disposto no artigo 112.º, n.ºs 5, 6 e 7. Parece-nos que, se as medidas preventivas já caducaram, pelo decurso do prazo nelas fixado ou do prazo máximo admissível, a intervenção da suspensão de procedimentos implica uma afectação substancial do prazo intercalar de 4 anos previsto nesses artigos que, por não ser respeitado, impõe a indemnização do “*prejuízo efectivo provocado à pessoa em causa em virtude de ter estado provisoriamente impedida de utilizar o seu solo para a finalidade para ele admitida*”.⁴⁹

A questão da relação entre estes dois institutos é ainda bastante mais complexa se se considerar, não a aplicação disjuntiva dos mesmos, mas uma sua possível aplicação cumulativa.⁵⁰ Quanto a nós, tendo em consideração os diferentes pressupostos de aplicação e as diversas características das duas medidas cautelares aqui em apreciação, entendemos dever concluir-se pela impossibilidade da sua coexistência num mesmo momento temporal (embora não seja excluída a sua associação na regulamentação de uma mesma situação de base).

Neste sentido apontam vários factores. Desde logo o facto de, em termos sistemáticos, o capítulo que temos vindo a analisar se encontrar dividido em duas secções, cada uma correspondendo à respectiva medida cautelar, o que parece apontar no sentido de estarmos perante duas medidas diferentes não conciliáveis entre si. Assim, ou se adoptam medidas preventivas, ou, caso estas não tenham sido adoptadas (ou elas próprias prevejam que deixam de se aplicar no momento em que se abre a discussão pública ou hajam sido previamente revogadas), funcionará a suspensão dos procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia. O próprio facto de o legislador, tendo-as tratado separadamente, não se ter preocupado em articular estes dois tipos de medidas, é demonstrativo de ter partido do princípio de que tais medidas seriam inconciliáveis num mesmo momento temporal.

Também neste sentido, a lei não prevê a caducidade das medidas preventivas após a abertura da fase da discussão pública, momento a partir do qual se suspendem os procedimentos nos termos antes referidos, o que teria como consequência, nos casos em que aquelas tivessem sido adoptadas e não revogadas, a aplicação simultânea de duas medidas cautelares de efeitos bastante diferentes, podendo tal solução conduzir a resultados contraditórios e manifestamente insatisfatórios. Com efeito, veja-se a hipótese em que as medidas preventivas consistem na *limitação* ou na *sujeição a pareceres vinculativos*. Neste caso, não obstante as medidas preventivas, os procedimentos poderiam avançar, podendo-se ir licenciando ou autorizando (definitivamente) operações que não comprometessem o futuro plano, tudo num momento em que o projecto do mesmo pode ainda não estar muito avançado, havendo apenas lugar à definição de termos de referência, mais ou menos genéricos. No entanto, assim que o plano entrasse na fase de discussão pública, isto é, numa fase mais adiantada, em que já se sabe, com algum pormenor, qual, em princípio, “o corpo” do futuro plano, e não apenas a sua “ossatura”, teriam de ficar suspensos todos os procedimentos, mesmo aqueles que incidem sobre projectos que não vão contrariar o futuro plano e que, em data anterior, ao abrigo do disposto nas medidas preventivas, podiam ter sido licenciados.⁵¹ Estaríamos, assim, a admitir a aplicação cumulativa destas duas medidas cautelares, a criar um regime muito mais impeditivo neste segundo momento, quando já se detêm dados mais precisos sobre a (des)necessidade deste tipo de medidas, o que, de um ponto de vista da gestão urbanística e da salvaguarda do efeito útil do futuro plano, carece, em absoluto, de razoabilidade.

É, mais uma vez, o *princípio da necessidade*, neste caso na sua *versão instrumental*, que desempenha aqui um papel fundamental na interpretação das normas definidoras

do âmbito de aplicação das medidas cautelares dos planos. Com efeito, a adopção de medidas preventivas antes da fase de discussão pública do plano torna a suspensão de procedimentos desnecessária, pois através da adopção daquelas fica já salvaguardado o efeito útil do plano⁵², devendo afastar-se a suspensão de procedimentos por configurar uma medida, na grande maioria das hipóteses (ressalvada a situação de proibição de todas as acções urbanísticas enumeradas no artigo 112.º), mais gravosa do que a adopção de medidas preventivas.

Isto permite-nos concluir que o legislador previu que, nos termos da lei, ou a Administração adopta medidas preventivas, sendo estas que funcionam, ou não as adopta (porque elas são facultativas) ou cessa a sua vigência, devendo, *apenas nestes casos*, funcionar a medida cautelar prevista no artigo 117.º, que reveste, assim, a natureza de *medida cautelar supletiva*. Isto é, tratando-se de uma medida cautelar que funciona por força da lei e tendo em consideração a competência administrativa típica que existe nesta matéria, tal medida apenas deve poder funcionar quando os órgãos administrativos competentes não tenham actuado. Sendo a suspensão uma medida cautelar mais gravosa do que as medidas preventivas, se os municípios quiserem evitar o seu funcionamento terão de adoptar medidas preventivas, o que podem fazer a todo o tempo e, por isso, também após a abertura da fase de discussão pública.

4. Conclusão

Tendo em consideração tudo quanto foi referido anteriormente e analisadas algumas das variáveis e “cenários” possíveis de aplicação das medidas cautelares dos planos previstas na nossa lei, não podemos deixar de concluir pela carência de dados normativos estritos que diminuam o “risco”, para o limiar do comportável, de aplicação das mesmas aos casos concretos. Apelamos, deste modo, para um esforço de razoabilidade por parte dos intérpretes jurídicos, pois só assim poderão estas figuras, respeitando os vínculos constitucionais que impendem sobre a actuação da Administração, nomeadamente o respeito pelo princípio da proporcionalidade, servir os objectivos que lhe são assinalados pelo ordenamento jurídico urbanístico.

Como síntese conclusiva, apresentamos a exposição, em termos comparativos e necessariamente simplificados, dos principais aspectos caracterizadores do regime jurídico de cada uma das medidas cautelares dos planos.

	Medidas Preventivas	“Suspensão de Concessão de Licenças”
Adopção	Decisão administrativa regulamentar facultativa	Previsão de funcionamento automático pela lei (caso não se mantenham em vigor medidas preventivas). Possibilidade de determinar o levantamento da suspensão (acto administrativo)
Função	Conservatória ou antecipatória	Conservatória ou antecipatória (esta quando se pratiquem actos condicionados à entrada em vigor do plano)
Pressupostos de adopção	1. Decisão de elaboração, revisão, alteração ou suspensão de um plano 2. Cumprimento do princípio da proporcionalidade, em especial na máxima da necessidade	1. Abertura da fase de discussão pública num procedimento de elaboração, revisão ou alteração de um plano 2. Cumprimento do princípio da proporcionalidade, em especial na máxima da necessidade 3. Procedimento de licenciamento, autorização ou informação prévia em curso ou que se venha a iniciar após a fase de discussão pública
Âmbito material	Acções materialmente urbanísticas	Procedimentos de controlo
Âmbito espacial	Áreas a abranger por novas regras urbanísticas	Áreas a abranger por novas regras urbanísticas
Âmbito temporal	1. Previsão de prazos máximos e de prazos supletivos de vigência; 2. Prazo intercalar de quatro anos, de natureza relativamente proibitiva	Aplicável até à data da entrada em vigor do plano ou passados 150 dias desde o início da discussão pública, consoante o que ocorrer primeiro
Efeitos	Suspensão do plano respectivo em caso de revisão ou alteração	Suspensão dos procedimentos



Fernanda Paula Oliveira
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Dulce Lopes
Assistente estagiária da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Veja-se, ainda, no âmbito do contencioso administrativo, a admissibilidade expressa e ampla deste tipo de medidas cautelares operada pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprova o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro (artigo 112.º), domínio este onde sempre foram afastadas ou levantaram desconfianças por implicarem uma injunção, ainda que provisória, a entidades administrativas.

² Sobre a admissibilidade, em geral, no âmbito do direito administrativo, de actos provisórios e precários, vide Filipa Urbano Galvão, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, Porto, U.C.P., 1998.

³ Mário Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, p. 406.

⁴ Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I., Coimbra, Almedina, 2002, p. 49.

⁵ Para uma breve retrospectiva dos institutos cautelares dos planos nos ordenamentos jurídicos europeus, vide Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas dos Planos Municipais de Ordenamento do Território — Alguns Aspectos do seu Regime Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, *Studia Iuridica* 32, 1998, pp. 15-19.

⁶ Assim, quer se considerem estas decisões de localização de imputação nacional como verdadeiros planos sectoriais ou como actos administrativos de localização, a sua salvaguarda será feita segundo o disposto na Lei dos Solos sendo que, se determinarem uma alteração ou revisão aos PMOTs vigentes, implicam a sua suspensão imediata (artigo 7.º, n.ºs 2 e 3). Sobre a natureza jurídica daquele tipo de decisões, cf. Fernanda Paula Oliveira, “Coordenar e concertar, em vez de mandar”, Anotação ao Acórdão do STA de 12 de Dezembro de 2002, Processo n.º 46 819, 2.ª Subsecção do CA, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 39, 2003, p.24 e ss.

⁷ É de acentuar que, de acordo com o princípio da necessidade, a exigência da fundamentação das medidas preventivas vale não só aquando da adopção das mesmas, mas também aquando da sua aplicação aos casos concretos. Reconhecendo, embora, que a adopção de medidas preventivas possa atribuir uma mais ampla discricionariedade na apreciação da pretensão urbanística, o facto é que o princípio da necessidade exige que um projecto só possa ser indeferido ou condicionado com fundamento naquelas medidas cautelares, quando, à luz do projecto do plano tal como ele se encontra nesse momento ou dos termos de referência constantes da decisão da sua elaboração ou modificação, resulte claramente que ele é de molde a comprometer o futuro plano. Deste modo, nas situações em que as medidas preventivas consistam em sujeição a parecer vinculativo ou na limitação das obras de edificação, por exemplo, a um número máximo de quatro pisos, não se pode, sem aduzir uma fundamentação acrescida e adequada ao estado de elaboração do plano e ao caso em apreço, condicionar o licenciamento apenas a dois pisos.

⁸ De referir, ainda que, sendo as medidas preventivas medidas de carácter excepcional claramente lesivas da esfera jurídica dos particulares, as normas que prevêm a sua aplicação terão de ser interpretadas e aplicadas restritivamente, pelo que apenas os actos ou actividades expressamente referidos na lei poderão ser por elas abrangidos. Cf. Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit., pp. 105-106.

⁹ É claro, desde logo, que, apesar de o artigo 107.º, n.º 3, alínea e), se referir ao derrube de árvores em maciço ou destruição do solo vivo ou do coberto vegetal, este conceito terá de se compatibilizar com o do artigo 4.º, alínea l), do RJUE, no sentido de apenas se condicionarem ou proibirem estes trabalhos de remodelação de terrenos que sirvam fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais ou mineiros. Isto sob pena de —

ressalvadas as normas de cariz jus-ambiental que estabelecem, em geral, condicionalismos ao abate de certo tipo de árvores — a Administração se imiscuir ilegítimamente no direito de propriedade do particular.

¹⁰ Note-se que o destaque é uma operação de loteamento sujeita a um procedimento especial e simplificado, podendo, por isso, estar submetido a medidas preventivas, até porque se admite que o PDM em elaboração possa condicionar os destaques, criando regras que lhe sejam especialmente aplicáveis.

¹¹ Com efeito, embora, designadamente, as operações de loteamento da iniciativa de determinadas entidades públicas não se encontrem sujeitas ao procedimento de licenciamento ou de autorização municipal, elas são susceptíveis de ser sujeitas a medidas preventivas.

¹² Esta exigência só tem razão de ser se significar a introdução de um novo motivo de indeferimento das pretensões dos particulares, para além dos que se encontram taxativamente previstos na lei e que se refira às soluções a inscrever no novo plano. Para uma apreciação desta solução, *vide* Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit. pp. 124 e ss., e “Medidas preventivas e silêncio da Administração”, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Janeiro de 2001, Processo n.º 45 861, 1.ª Secção, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 29, 2001, p. 54.

¹³ A prorrogação das medidas preventivas tem de ser expressamente decidida, por deliberação que terá, necessariamente, de ser publicitada. A questão que se pode colocar a este propósito é a de saber se tal prorrogação tem de estar expressamente prevista no texto das medidas preventivas para poder ser posteriormente decidida e se a obrigatoriedade de aplicação à prorrogação das regras previstas para o seu estabelecimento inicial, plasmada no n.º 9 do artigo 112.º, diz respeito apenas às normas de carácter material (*v.g.* cumprimento do princípio da necessidade) ou também se refere às normas de carácter procedimental (relativas à deliberação, ratificação, publicação e registo). Quanto a nós, se a possibilidade de prorrogação das medidas preventivas não tiver sido expressamente prevista no texto das mesmas, a respectiva deliberação terá de cumprir com todas as normas aplicáveis ao seu estabelecimento inicial (quer se trate de normas de carácter material, quer de carácter procedimental). Quando, porém, a referida possibilidade se encontra expressamente prevista no texto das medidas preventivas, desde que seja garantida a publicidade da deliberação de prorrogação, não vemos qual a utilidade na repetição de todo o procedimento de aprovação, ratificação, publicação e registo.

¹⁴ Ao contrário do que acontecia ao abrigo do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março (cf. o artigo 7.º, n.º 3), agora apenas a entrada em vigor do plano que determinou a adopção das medidas preventivas implica a caducidade destas, embora a entrada em vigor de outros planos possa tornar as medidas preventivas desnecessárias, o que fundamenta a obrigatoriedade da sua revogação, como referiremos de seguida.

¹⁵ Sobre este aspecto, *vide* Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit., pp. 171-177.

¹⁶ Nesta hipótese, exige-se, no ordenamento jurídico germânico, que se demonstre: (1) um grau de dificuldade extraordinário nos trabalhos de elaboração, revisão ou alteração dos planos; (2) uma conexão causal entre essa dificuldade e o atraso naqueles trabalhos; e, (3) a não imputação das circunstâncias determinantes do atraso do procedimento do plano ao município.

¹⁷ Sobre as situações de inexistência e de dispensa de audiência prévia dos interessados, cf. Esteves de Oliveira *et. all.*, *Código de Procedimento*, cit., pp. 462 e ss.

¹⁸ Todavia, não poderá ser assacada a prática de qualquer ilícito contra-ordenacional, se a violação por parte dos particulares das limitações decorrentes das medidas preventivas for levada a cabo com base numa licença ou autorização nula, desde que não tenha havido concurso de culpas. Quanto às medidas de tutela da legalidade, apesar de se prever a demolição e a reposição da situação *ex ante*, elas terão de ser mobilizadas com cautela e razoabilidade, sob pena de se proceder à demolição de uma obra ou partes de uma obra que, inclusivamente, podia ter sido ilegalmente licenciada ou autorizada pelas autoridades competentes, mas que, após a entrada em vigor do plano pode vir a ser legitimamente edificada, porque permitida por este. Na hipótese de as obras ilegais serem da responsabilidade da Administração e perante o leque reduzido de órgãos administrativos competentes para ordenar a demolição e o embargo previstos no artigo 114.º, n.º 2, do RJIGT, o meio de reacção mais efectivo será o jurisdicional, pois, se as actuações materiais do município violarem medidas preventivas que se destinam à salvaguarda de um PMOT, não podem intervir órgãos da Administração central, uma vez que as relações de tutela não permitem a prática de actos com este teor, se não estiverem previstos expressamente na lei.

¹⁹ Cf. Fernanda Paula Oliveira, *Direito do Urbanismo*, Coimbra, CEFA, 2.ª ed., 2002, pp. 182-183.

²⁰ Estamos, neste caso, no âmbito de aplicação do disposto no artigo 116.º, n.º 2, alínea b), do RJIGT, uma vez que se trata de uma situação que, se estivesse em vigor um plano, caberia no âmbito do artigo 143.º Já no caso em que o plano entra em vigor, mesmo que o pedido venha acompanhado de uma informação prévia favorável, a Administração competente terá de indeferir porque, a ponderação que o n.º 6 do artigo 107.º refere para as medidas preventivas tem de fazer necessariamente parte do procedimento de elaboração do plano.

²¹ A conformidade do projecto com os planos é feita, de facto, no momento de apreciação do projecto de arquitectura, ficando, assim, tal questão definitivamente decidida. As questões que ficam por apreciar são apenas as relativas aos projectos de especialidades, relativamente às quais as medidas preventivas já nada têm a dizer. Cf. Fernanda Paula Oliveira, Anotação ao Acórdão do STA de 20.06.2002, Proc. 142/02, 1.ª Secção CA, nesta revista.

²² Cf. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 336.

²³ Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, vide Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit., p. 213 e ss. e “Medidas Preventivas de Planos Urbanísticos e Indemnização”, *Revista do CEDOUA*, n.º 1, 1998, pp. 53 e ss.

²⁴ Trata-se de um caso em que o PDM prevê um índice máximo, embora flexível, e o PU, mantendo-se dentro dessas margens de tolerância, vem delimitá-lo de uma forma mais restritiva.

²⁵ Estamos, neste caso, perante uma solução curiosa, pois, embora as medidas preventivas para a salvaguarda do PU não necessitem, *in casu*, de ser ratificadas (já que o plano a que se referem também não carece deste trâmite integrativo da sua eficácia por se tratar de um PU que não contraria as regras do PDM), elas só poderão, com segurança, produzir os seus efeitos práticos (impeditivos da realização de operações contraditórias com as suas futuras previsões) após a entrada em vigor da suspensão parcial do PDM que incida sobre essa área, deliberação esta que já necessita de ser ratificada. Ainda quanto à articulação entre o regime jurídico da suspensão e o da adopção de medidas preventivas, terá de se referir o facto de, para além de não se prever um prazo máximo de duração da primeira, ainda que deva ser mencionado e fundamentado na deliberação que a determina, não se estabelecer a necessidade de decurso de um qualquer interregno temporal entre a suspensão do plano ou a emissão de medidas preventivas e uma nova suspensão que abranja a mesma área, ao contrário do previsto no n.º 5 do artigo 112.º do RJIGT. Estas incoerências normativas têm levado o legislador a reponderar a opção, plasmada no RJIGT, de dissociar os regimes jurídicos das medidas preventivas e da suspensão de planos, orientando-se, agora, no sentido de uma consideração integrada dos mesmos.

²⁶ É esta a situação a que Alves Correia se refere quando afirma que as medidas preventivas “... não deverão ser adoptadas se a garantia de execução do futuro plano for possível através da aplicação de outros preceitos urbanísticos, designadamente os respeitantes ao licenciamento ou autorização de operações urbanísticas”. Cf. *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 327.

²⁷ Trata-se de um instituto que se encontra erradamente “baptizado”, sendo preferível, para o designar, porque se encontra mais próximo do seu modo de funcionamento efectivo, o termo “suspensão dos procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia”. Cf., neste sentido, Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 339.

²⁸ Existem outras causas de suspensão dos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas, que, no entanto, tendo em consideração as posições jurídicas procedimentais dos particulares (*maxime*, o direito a uma decisão no prazo legalmente previsto), só podem ocorrer nas situações expressamente previstas na lei. É o que acontece, designadamente, com o disposto no n.º 7 do artigo 11.º do RJUE relativo à suspensão dos procedimentos por questões prejudiciais da competência de outro órgão administrativo ou dos tribunais.

²⁹ Sobre esta questão, vide Fernando Alves Correia, *Manual de Direito Administrativo*, cit., pp. 339 e ss., em nota.

³⁰ Ricardo Estévez Coytre, *Manual de Derecho Urbanístico*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 205-211; Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit. p. 55.

³¹ No direito italiano a *adopção do plano*, que se distingue da sua aprovação definitiva, é um trâmite do procedimento de elaboração dos planos que surge praticamente no seu início.

³² Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 341, em nota; Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit., pp. 17-18.

³³ A lei apenas refere os procedimentos de elaboração e de revisão, mas, como veremos mais adiante, esta medida cautelar pode justificar-se em outras situações de dinâmica dos planos.

³⁴ Apesar de, nos termos da alínea *d*) do n.º 2 do artigo 46.º do RJIGT, a Resolução de Conselho de Ministros pela qual se determina a elaboração dos PEOTs ter de indicar a área territorial abrangida por este, é prática corrente a alteração dos limites territoriais de um plano em data posterior, apenas se exigindo que não se descaracterize o núcleo do plano e se assegure (sempre) a participação dos interessados e a ponderação dos interesses nessas novas áreas. Além do mais, não será a introdução de um mecanismo de cariz cautelar e provisório que irá descaracterizar o plano ou planos que regulamentam essa área, até porque, enquanto o instituto das medidas preventivas pode ter como efeito a suspensão do plano (no caso da revisão ou alteração deste), a suspensão da concessão de licenças terá por efeito a suspensão, não do plano (que se torna dispen-sável), mas dos procedimentos de licenciamento, autorização ou informação prévia. Assim, apesar de a suspensão se adoptar para evitar a aplicação de um plano a situações bem determinadas, o plano mantém-se em vigor para outros efeitos (nomeadamente exige-se o respeito dele por parte das entidades públicas que decidam promover operações urbanísticas, embora estas estejam isentas de procedimentos de controlo preventivo) e, portanto, não sujeitas à aplicação deste instituto).

³⁵ O princípio da necessidade a propósito das medidas cautelares exige um grande grau de probabilidade de certas actividades virem a afectar o futuro plano, o que não significa certeza, mas também não significa uma qualquer suspeita de que tal venha a acontecer. Cf. Neste sentido, Esteves de Oliveira *et all.*, *Código de Procedimento*, cit., p. 404.

³⁶ A necessidade de mobilização desta medida terá de ser demonstrada, determinando o artigo 117.º que, se ela se verificar *nesse momento* (aquando da abertura da discussão pública), a suspensão será automática, mas se tal não acontecer, faltam os pressupostos para ser desencadeado o seu funcionamento.

³⁷ Estariam apenas excluídos, como afirmámos antes, as situações abrangidas pelo n.º 4 do artigo 117.º do RJIGT e pelo n.º 4 do artigo 17.º do RJUE.

³⁸ Esta solução é, quanto a nós, manifestamente desproporcionada. A participação dos particulares na fase da discussão pública, se esta decorrer normalmente, influenciará, muito provavelmente, algumas das opções do plano, mas deve acentuar-se o facto de, hoje em dia, o impacto desta fase ser menor por já não ser o primeiro momento em que os particulares têm oportunidade de intervir no procedimento, pois admite-se, actualmente, uma participação preventiva dos mesmos e uma sua participação ao longo de todo o procedimento (cf., a título de exemplo, o artigo 6.º, em especial o seu n.º 2, e o n.º 2 do artigo 77.º do RJIGT). Por outro lado, não deve descurar-se o facto de, na maior parte das vezes, a participação dos particulares ser no sentido de se permitirem actividades que o projecto posto a discussão pública proíbe, sendo rara a situação inversa, aquela precisamente que justificaria a adopção de medidas cautelares.

³⁹ Esta asserção é apoiada, inclusivamente, pelos dados de direito comparado mobilizados, uma vez que, também aí, a suspensão de procedimentos não tem aplicação quando a concessão de licenças não possa colocar em causa as determinações do novo plano ou do plano que está a ser objecto de modificação.

⁴⁰ Parece-nos, contudo, conveniente que na publicitação da abertura da fase de discussão pública se mencione expressamente este seu efeito automático, por uma questão de certeza jurídica.

⁴¹ Cf. os artigos 66.º a 71.º do Decreto-Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

⁴² O acto pelo qual se determina o levantamento da suspensão dos procedimentos, por interferir com as posições jurídicas procedimentais dos particulares (*maxime*, o seu direito a uma decisão no prazo legalmente previsto) terá, naturalmente, de ser notificado aos respectivos destinatários.

⁴³ Sobre o ponto que acabámos de analisar, a nossa posição, embora adira, em maior medida, ao disposto no despacho interpretativo de 2000, não coincide inteiramente com ele, podendo afirmar-se que se trata, nesta matéria, de uma posição intermédia entre os dois despachos interpretativos.

⁴⁴ Com efeito, se o município permitir a discussão pública dos planos durante os fins-de-semana e feriados e publicar essa sua decisão, aquele prazo de 60 dias deve contar-se em dias seguidos, uma vez que não fica desacautelado, podendo até ser prosseguido em maior medida, o direito de participação procedimental que assiste aos interessados.

⁴⁵ Este prazo torna-se ainda mais irrealista se tivermos em consideração que, embora ele tenha sido fixado em função do procedimento que se pretende acautelar (o procedimento de elaboração, revisão ou suspensão do plano), a verdade é que não estamos aqui perante um prazo procedimental, tratando-se, antes, de um prazo de *suspensão de um procedimento*, motivo pelo qual, na ausência de um tratamento exposto desta questão, deverá ser, a nosso ver, contado em dias seguidos.

⁴⁶ Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit. pp. 345 e ss. Segundo João Miranda, a alteração do plano “consiste na introdução de modificações de pormenor ou de âmbito limitado à sua disciplina, com vista a adaptá-la à evolução das circunstâncias de facto entretanto ocorrida, bem como a leis, regulamentos ou planos supervenientes”. Cf. *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial — A Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos*, Lisboa, Coimbra Editora, 2002, p. 220.

⁴⁷ De novo acolhemos a concepção mais ampla adoptada no despacho de 2000 e que não foi “reconduzida” no despacho de 2002.

⁴⁸ Cf. Fernanda Paula Oliveira, *As Medidas Preventivas*, cit., pp. 172 e ss.

⁴⁹ Parece é que, se assim for, não se justifica, em certos casos, a solução da suspensão dos procedimentos, mas sim a de adopção de novas medidas preventivas para aquela área, havendo lugar a pagamento de indemnização, já que a proibição de adopção, após a caducidade das primeiras, por um prazo de 4 anos, é, como vimos, uma proibição meramente relativa.

⁵⁰ Fernando Alves Correia, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 343-344.

⁵¹ Mesmo nas hipóteses em que o procedimento pode avançar, a decisão será sempre condicionada à entrada em vigor do plano ou ao decurso do prazo de 150 dias, ao contrário do que acontece quando estão em vigor medidas preventivas, que permitem que se adopte uma decisão definitiva para o pedido apresentado.

⁵² Só assim não é se as medidas preventivas determinarem expressamente a sua caducidade com a abertura da fase da discussão pública.

Da “Contemplanção da Ruína” ao Património Sustentável. Contributo para uma Compreensão Adequada dos Bens Culturais *

RESUMO

É urgente apelar a uma compreensão dinâmica de património cultural, que adapte as formas de protecção dos bens culturais às exigências da vida (pós)moderna. A protecção de bens culturais assente em actos de classificação e na imposição de deveres aos respectivos titulares demonstrou já o seu fracasso, conduzindo a uma política de “contem-plaçã de ruínas”. A verdadeira valorização dos bens culturais passa, hoje, irremediavelmente, por encontrar um aproveitamento dos bens que os aproxime da população. A discussão desta questão exige, porém, que a enquadremos dentro de outras, tais como: a responsabilidade pela conservação de bens culturais; as refracções urbanísticas e ambientais do princípio da prevenção em matéria de património cultural; o problema da sustentação económica do património cultural.

“...Die Zukunft gehört der
zeitgemäss-denkmalgerechten Nutzung...”
(o futuro pertence a formas de aproveitamento
dos monumentos adaptadas aos nossos dias)

Walter Leisner

1. O desenvolvimento sustentável e a conservação e valorização dos bens que integram o património cultural

O conceito de *desenvolvimento* sustentável, inicialmente apenas relacionado com os problemas do ambiente, tem vindo a estender-se a novas áreas e a ser convocado pela doutrina, cada vez com maior frequência, para dar resposta a questões em que o conflito entre a procura de bem-estar e a necessidade de preservação de determinados *status quo* obrigam a ponderações prudenciais ¹. É neste contexto que pretendemos aferir se também no que toca aos bens que integram o património cultural (em particular os bens imóveis classificados) este princípio pode aportar algum contributo válido.

Antes de nos debruçarmos sobre a questão de fundo, entendemos que será importante e útil esclarecer o nosso interlocutor do sentido atribuído aos conceitos de que partimos.

O conceito de *sustentabilidade* provém da literatura científica e naturalista e foi num primeiro momento utilizado para qualificar a gestão de recursos (renováveis) que é capaz de respeitar os respectivos patamares de frutificação, evitando assim o seu esgotamento ². Por seu turno, o conceito de *desenvolvimento* surge associado às ciências sociais e, em particular, à economia, sendo utilizado, neste último caso, segundo determinados parâmetros, para qualificar os Estados como desenvolvidos, subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. É da combinação destes dois significantes que muito se tem escrito na última década a propósito de um novo significado: o de *desenvolvimento sustentável*.

Tem sido apontada como definição mais importante de desenvolvimento sustentável a que consta do *Relatório Brundtland*, apresentado em 1987³. Neste relatório, elaborado no âmbito das Nações Unidas, pode ler-se que “o desenvolvimento é sustentável se satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras virem a satisfazer as suas próprias necessidades”⁴. É neste sentido que nos referiremos, também, ao desenvolvimento sustentável, procurando testar a sua aplicabilidade no âmbito do património cultural.

O *património cultural* corresponde, segundo a lei, a “*todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização*”⁵. Esta definição engloba, pois, diferentes tipos de bens a que seja reconhecido interesse histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico. Trata-se, assim, como a doutrina desde há muito salientou, de uma categoria que abrange bens de naturezas muito heterogéneas⁶: bens materiais e bens imateriais, bens públicos e bens privados, bens móveis e bens imóveis.

Sublinhe-se que em nossa opinião a protecção dos bens que integram o património cultural distingue-se, porque se autonomiza, da protecção dos bens da natureza. Na mesma linha, entendemos que apesar de estar hoje em voga uma noção ampla de ambiente no que toca à aplicação de instrumentos globais de prevenção e controlo (de entre os quais se destaca a Avaliação de Impacte Ambiental — AIA), onde se inclui também o património cultural, tal não constitui fundamento suficiente para recuperarmos a categoria dos bens *culturais ambientais*, proposta pela Comissão Franceschini em 1966⁷. Concordamos com a doutrina que defende que o direito do património cultural constitui uma matéria especial, quer quanto ao direito do ambiente, quer quanto ao direito do urbanismo⁸.

De entre as distinções possíveis dentro dos bens que integram o património cultural, destaca-se, com reflexos a nível do próprio regime jurídico-administrativo da sua protecção, a dicotomia bens móveis/bens imóveis⁹. Não queremos com isto dizer que nos afastamos daqueles que, repudiando uma concepção proprietarista do património cultural, defendem que “os bens culturais constituem uma categoria jurídica unitária e autónoma assente em determinados traços estruturais”¹⁰. Pelo contrário, admitimos também a existência de um regime jurídico unitário sobre as diversas categorias de bens culturais, embora este seja, em nosso entender, apenas um dos níveis ou regimes jurídicos que incide sobre este tipo de bens, ou seja, como teremos oportunidade de explicar melhor mais adiante, entendemos que se pode falar da existência de uma sobreposição de regimes jurídicos no que a bens culturais (ou bens com valor cultural) diz respeito: um primeiro, de âmbito geral, respeitante à propriedade do bem, ao seu valor económico, e um segundo, de âmbito específico, respeitante ao que designaremos por *domínio (público) cultural* do bem, ao seu valor cultural. A distinção que assim propomos não é novidade. Em 1976, M. S. Giannini referia-se à *teoria dos bens culturais* da seguinte forma: “*como bem patrimonial, a coisa é objecto de direito de propriedade, e pode sê-lo de outros direitos (por ex., usufruto); como bem cultural é objecto de situações subjectivas activas do poder público*”¹¹. Esta dualidade de regimes torna-se particularmente visível quando se trata de bens que estão na propriedade de entidades privadas. Neste último caso, o acto de classificação do bem como bem cultural não determina nem exige a sua transferência para a propriedade pública¹². Pelo contrário, o tipo de propriedade que existia antes da classificação mantém-se, o que se altera é o conjunto de direitos e deveres a que fica sujeito o respectivo titular¹³.

A referida dualidade valor económico/valor cultural não pode, em nossa opinião, ser ignorada, nem a vertente patrimonial deve ser menosprezada pelo direito do património cultural. Os problemas relativos à conservação e valorização dos bens culturais, em particular dos bens imóveis, não podem ser vistos apenas como problemas económico-propietaristas,

nem apenas como problemas de salvaguarda de valores culturais. A intervenção que o proprietário realiza sobre o respectivo bem, quando este é um bem classificado (como de valor ou interesse cultural), não pode ser entendida apenas como uma obra de conservação ordinária, porquanto ela corresponde simultaneamente a um instrumento de conservação de um valor de civilização, que é dever de todos e não apenas do proprietário, o qual cumpre também com a realização das referidas obras o seu dever de cidadão. Visto pelo outro lado, a conservação do bem (classificado como de valor ou interesse cultural) custeada pelo Estado, ainda que efectuada apenas com o intuito de salvaguardar o respectivo valor cultural, poderá ter repercussões sobre o valor económico do mesmo, cabendo este segundo benefício exclusivamente ao respectivo proprietário. Estas razões justificam a necessidade de apurar quem e em que medida deve suportar os custos com a conservação do património cultural, bem como a fórmula para dar execução às dimensões de dever geral de preservação e conservação, obrigação pública de salvaguarda e interesses patrimoniais (proprietaristas) privados que os bens culturais encerram.

A protecção dos bens imóveis que integram o nosso património cultural constitui uma preocupação e um dever de todos, cabendo ao legislador a tarefa de consagrar meios que garantam a respectiva conservação e valorização. Assim, antes de avançarmos para a análise do direito à fruição cultural e da forma como se articulam Estado e sociedade civil na realização dessas tarefas, é importante densificar os conceitos de que partimos: preservação, conservação, protecção e valorização do património cultural.

Os conceitos de *preservação*, *conservação* e *protecção* do património cultural são muitas vezes utilizados como sinónimos para exprimir a ideia de garantir a integridade dos bens culturais; contudo, o seu significado é distinto. A preservação do património refere-se ao conjunto de acções e omissões que todos devemos observar para defesa dos bens que integram o património cultural. Recorrendo a um exemplo referido na lei, preserva-se o bem quando se impedem atentados contra a sua integridade (art. 11.º/1 da LPC). Já a *conservação* do património exige a adopção de um comportamento por parte daqueles sobre quem recaia especificamente o respectivo dever (na maior parte dos casos o proprietário ou titular do bem). Incluem-se na *conservação as acções* destinadas a impedir a destruição, deterioração ou perda dos bens (cf. art. 11.º/2 da LPC)¹⁴. A conservação dos bens culturais é um dever que cabe em primeira linha aos respectivos titulares, podendo o Estado impor coercivamente algumas medidas destinadas a garantir esse fim. A protecção do património cultural corresponde a uma noção mais ampla, utilizada essencialmente para qualificar a tarefa do Estado na salvaguarda dos valores e testemunhos de civilização que contribuem não apenas para o enriquecimento pessoal e cultural dos cidadãos no seu percurso civilizacional, mas também para a promoção da independência e identidades nacionais, tão necessárias nesta era de globalização.

A expressão *protecção* do património cultural é muitas vezes utilizada também com um significado mais amplo, procurando exprimir de forma global o sentido dos conceitos que acabámos de mencionar. Quer isto dizer que podemos distinguir uma protecção em sentido amplo, de uma protecção em sentido estrito. A primeira significa, como vimos, o conjunto das tarefas estaduais destinadas a salvaguardar os valores e testemunhos de civilização. A segunda procura englobar num só conceito os vários significados que atribuímos à preservação, conservação e protecção em sentido estrito.

Por último, a *valorização* do património cultural. Também este último conceito apresenta um significado complexo. Entendemos que é possível distinguir a *valorização* no sentido de um conjunto de actividades que podem e devem ser desenvolvidas, tendo em vista a divulgação e fruição do património cultural (art. 11.º/3 da LPC), que muitas vezes se esgota na questão da sustentação económica do próprio bem (*valorização económica*); da *valorização cultural* (em sentido substantivo) enquanto conjunto de actividades que visem

“o aumento dos méritos artísticos e históricos que qualificam o próprio bem”¹⁵. Estas duas dimensões são, porém, na maior parte dos casos, complementares. A recuperação de um anfiteatro romano e a sua adaptação de modo a permitir a representação de peças de teatro no respectivo espaço é uma forma de valorização do bem não apenas em sentido económico, mas também em sentido material.

A *valorização* dos bens culturais é uma dimensão que cabe quase exclusivamente aos respectivos proprietários, sendo mais difícil admitir aqui a possibilidade de ingerência dos poderes públicos quando se trate de bens de titularidade privada, uma vez que tal ingerência poderia representar uma ingerência ilícita no âmbito da garantia da propriedade privada. Entre os componentes e instrumentos do regime geral de *valorização* dos bens culturais referidos na lei (arts. 70.º e 71.º da LPC), destacamos, pelo especial interesse que têm na nossa abordagem do tema, a rendibilização e gestão e o aproveitamento turístico. Mais do que permitir a fruição do bem, a valorização deve estar associada a instrumentos que privilegiem formas alternativas de exploração dos bens, de modo a permitir a obtenção de réditos que contribuam para as despesas com a respectiva conservação. O turismo tem assumido aqui um papel central. Pensamos que este tipo de intervenções pode trazer a resposta para o problema da deterioração dos bens imóveis que se incluem no nosso património cultural. Ser proprietário de um bem imóvel classificado pode vir a ser sinónimo de oportunidade de negócio e não apenas de ónus. Este fenómeno não é, como veremos, isento de críticas, sendo merecedor da atenção dos juristas, especialmente porque, como disse-mos, aqui parece residir a “chave do sucesso” para a salvaguarda do nosso património cultural.

O objectivo dos pontos seguintes será analisar os meios legais ao dispor dos titulares de bens integrados no nosso património cultural que lhes assegurem auxílio (económico) na tarefa de conservação desses bens e questionar até onde se devem ter por legítimas as intervenções que, visando a valorização desses mesmos bens, dentro de uma compreensão dinâmica do património cultural, possam pôr em causa a respectiva fruição geral, ou comprometer o testemunho de civilização que se pretende que seja transmitido às gerações futuras¹⁶.

2. O direito à fruição e a responsabilidade pela conservação do património cultural

A Constituição da República Portuguesa refere, no n.º 1 do art. 78.º, o direito de todos à fruição e criação cultural, “*bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural*”. Consagra, desta forma, o património cultural, simultaneamente como um direito (à fruição — vertente passiva — e à criação — vertente activa) e um dever (de preservar, defender e valorizar) de todos. Ainda no mesmo artigo, mas agora no n.º 2, a Lei Fundamental refere-se ao papel do Estado como principal responsável pela salvaguarda e valorização do património cultural, cabendo aos “agentes culturais” um papel de colaboração com aquele na realização destas tarefas¹⁷. A norma fundamental atribui, assim, um papel fundamental ao Estado na protecção do património cultural. Segundo a doutrina, resulta deste preceito uma “*obrigação estadual de protecção do património cultural*”; embora se reconheça também que entre as “*limitações ao direito de utilização e disposição da propriedade privada de bens culturais ou de interesse cultural*”, pode estar a “*obrigação de conservação*” dos respectivos bens¹⁸.

No que toca à obrigação de promover a conservação desses bens, o legislador de 1985 (Lei do Património Cultural aprovada pela Lei n.º 13/85, de 6 de Julho) fez recair esse ónus sobre os proprietários ou detentores dos bens classificados ou em vias de classificação, apenas admitindo o custeio das obras por parte do Estado nos casos em que aqueles não possuíssem meios para o pagamento integral das obras ou estas constituíssem ónus

desproporcionados para as suas potencialidades (art. 15.º). No recente diploma de 2001 (Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro — LPC), o legislador mantém a obrigação de os proprietários ou titulares de outros direitos reais de gozo sobre imóveis classificados ou em vias de classificação executarem as obras e demais intervenções consideradas necessárias pela Administração para assegurar a sua salvaguarda (art. 46.º), obrigação que pode ser coerciva quando os prazos fixados não sejam cumpridos. Todavia, a imposição dessa obrigação surge agora circunscrita ao respeito dos princípios gerais e limites da lei, pelo que se justifica analisar um pouco melhor o seu significado.

Da norma constitucional não resulta, em nossa opinião, uma resposta para a questão de saber quem deve suportar os custos com a conservação dos bens culturais, apenas se refere que incumbe ao Estado promover a sua salvaguarda e que é dever de todos preservar, defender e valorizar esses bens. Deste modo, a questão apenas pode ser solucionada no âmbito de outros princípios fundamentais, *maxime*, o princípio da igualdade e o princípio da justa repartição dos encargos públicos. Em termos práticos, entendemos que será justa a solução que imponha esses encargos em primeira linha ao respectivo proprietário, detentor ou titular de qualquer outro direito real de gozo sobre o bem, devendo este ser auxiliado directa (através de subsídios, empréstimos) ou indirectamente (através da consagração de um regime legal atractivo para o mecenato) pelo Estado. Assim, o ónus é do proprietário (beneficiário directo do valor patrimonial ou económico do bem), que tal como qualquer outro proprietário tem o dever de conservar os seus imóveis. Por outro lado, o auxílio justifica-se pelas fortes restrições de âmbito administrativo a que o exercício dos seus poderes de propriedade sobre o bem ficam subordinados após o acto de classificação (art. 21.º da LPC e art. 44.º do Decreto n.º 20 985, de 7 de Março de 1932), bem como pelos encargos acrescidos que as respectivas obras muitas vezes acarretam¹⁹. Neste contexto, merece especial atenção o art. 99.º da actual lei do património cultural que sob a epígrafe “outros apoios” contempla a referência a algumas medidas que o Governo deverá executar, de forma a garantir apoio aos proprietários ou outros titulares de bens culturais. Tratando-se de uma lei de bases relativamente à qual parece estar quase tudo ainda por concretizar, este art. 99.º não é excepção. Desconhecem-se ainda programas específicos de apoio ou financiamento à conservação e valorização de bens culturais, embora se possam assinalar alguns no âmbito do urbanismo e do turismo que podem, também, ser aproveitados para a conservação e valorização do património cultural. Uma especial referência deve ser feita ao Programa Polis que, visando a requalificação urbana e a valorização ambiental das cidades, faz uma referência expressa às intervenções em cidades com áreas classificadas como Património Mundial e enquadra também nos seus objectivos a promoção e valorização do património cultural (em particular imobiliário) das cidades.

A compreensão que propomos sobre a sustentação económica dos bens (imóveis) integrados no património cultural é, pois, no âmbito de um anunciado princípio de cooperação, uma solução de compromisso, que obrigue em primeira linha o proprietário/titular a tomar a iniciativa de promover a conservação do bem, mas que responsabilize o Estado e a sociedade em geral pelo apoio (particularmente económico, mas também técnico) a esta tarefa. A solução de compromisso afigura-se-nos não apenas justa, mas sobretudo exequível, o que nesta matéria é fundamental. Uma solução que, em último termo, faça recair sobre o Estado, a expensas de verbas orçamentais, a obrigação de conservação dos bens não será exequível. Neste ponto entendemos que, quer os particulares, quer as entidades públicas titulares dos bens devem procurar e aliciar os mecenas, tarefa que em último termo só terá sucesso se a legislação a isso “convidar” e a educação e formação pessoal e cívica a tanto “compelir”.

Para além dos particulares e das entidades públicas, uma boa parte do nosso património cultural imobiliário pertence a uma terceira entidade — a Igreja Católica. Tudo isto justifica

que vejamos, desenvolvidamente, os problemas que se suscitam em cada caso no que se refere à fruição e conservação dos respectivos bens.

2.1. Os bens da titularidade de entidades públicas

Os bens que se encontram na titularidade de entidades públicas deveriam ser aqueles sobre os quais se não suscitariam dúvidas, em parte porque essas entidades não deveriam furtar-se aos deveres de os conservar e, em princípio, também não deveriam suscitar-se problemas quanto à sua divulgação e valorização. Por exemplo, o direito de visita apenas seria justificadamente limitado por elementos estruturais referentes aos próprios bens, que a tanto obrigassem.

Estas conclusões são, porém, precipitadas. Desde logo porque, como veremos, a expressão titularidade pública dos bens culturais pode assumir diferentes significados. Podemos distinguir bens que são titularidade de entidades públicas de âmbito nacional e aqueles que são titularidade das Regiões Autónomas e das autarquias locais. A diferença neste caso é importante para determinar qual a entidade que deve suportar os custos da respectiva conservação. O critério terá de assentar na titularidade do bem, ou seja, saber qual a entidade pública a quem compete administrar, conservar e valorizar os respectivos bens. A nível central destacam-se o Instituto Português do Património Arquitectónico (IPPAR) — em cujas atribuições se incluiu a conservação dos principais monumentos nacionais (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 120/97, de 16 de Maio) — o Instituto Português de Arqueologia (IPA) — com atribuições e competências no domínio dos bens arqueológicos (arts. 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 117/97, de 14 de Maio) — e o Instituto Português de Museus (IPM) — com responsabilidades sobre os museus, à excepção daqueles que se integram em monumentos e que estão sob administração do IPPAR. O património e criação cultural é, segundo a nossa Constituição, uma matéria de interesse específico das regiões autónomas [art. 228.º/b) da C.R.P., art. 40.º/p) do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma da Madeira e art. 8º/b) do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores], o que explica a inúmera legislação regional que quer na Madeira quer nos Açores tem sido aprovada no intuito de salvaguardar e proteger os respectivos bens culturais, em particular de âmbito arquitectónico e paisagístico ²⁰. Por último, cabe aos órgãos municipais o planeamento, a gestão e a realização de investimentos públicos no domínio do património cultural, paisagístico e urbanístico do município (art. 20.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro).

Uma das questões que se suscita a propósito do regime jurídico aplicável aos bens culturais que são titularidade de entidades públicas, diz respeito à sua eventual inclusão no domínio público. Apesar da actualidade e da importância do tema, entendemos que constituiria um desvio aos nossos objectivos, discutir aqui esta questão, pelo que apenas faremos uma breve alusão.

O regime jurídico dos bens culturais que temos vindo a analisar não pode, nem deve, confundir-se com o conceito tradicional de domínio público ²¹, entendido este como o conjunto das coisas públicas “*submetidas por lei ao domínio de uma pessoa colectiva de direito público e subtraídas ao comércio jurídico privado em razão da sua primordial utilidade colectiva*” ²². De facto, como a história demonstra, esta é uma matéria especialmente complexa para quem defenda a concepção de domínio público como regime jurídico de bens públicos ²³. No que aqui nos é essencial, apenas faremos referência ao regime jurídico-público respeitante ao *domínio (público) cultural* dos bens enquanto um plus, que acresce às questões relacionadas com a sua propriedade ²⁴. Por outras palavras, não é relevante o facto de a entidade pública estar perante o bem numa relação de propriedade ou de dominialidade, o importante é que também perante esses bens ela assume os deveres de conservação e valorização ²⁵.

Se entendermos, na esteira de M. S. Giannini ²⁶, que o valor cultural do bem é algo imaterial, que é transcendente à materialidade do respectivo bem, facilmente depreendemos que mesmo no âmbito de um entendimento de bens de domínio público o seu regime jurídico e a sua dimensão cultural são coisas distintas. No 1.º estrato está o regime jurídico dos bens (que pode ser o da propriedade privada, da propriedade pública, propriedade cívica, propriedade partilhada ou do domínio público) e no 2.º o da protecção do seu valor cultural, que se assume essencialmente como um conjunto de deveres para a respectiva entidade pública (ou privada) titular.

A solução proposta compreende-se pela própria natureza do valor intrínseco destes bens que obriga a submetê-los à tutela pública, mas não a aniquilar a sua dimensão comercial. O valor cultural do bem, seja por razões históricas, artísticas, arquitectónicas ou outras, é apenas uma dimensão desse bem, que se sobrepõe a outra: à dimensão económica do mesmo. A primeira não é, em regra, suficiente para anular a segunda, razão pela qual não existe fundamento para aniquilar, de forma automática, a propriedade privada existente sobre os bens culturais. Apenas em casos pontuais e respeitando as regras do instituto da expropriação por utilidade pública se poderá justificar a subtracção da propriedade privada dos mesmos (art. 50.º da LPC). Por identidade de razão, também quanto aos bens culturais que estão na titularidade de entidades públicas, a dimensão cultural dos mesmos não deve ser por si determinante para que o bem seja classificado como bem de domínio público e subtraído à esfera da propriedade dessas entidades ²⁷.

2.2. Os bens da titularidade de entidades privadas

Os bens classificados ou inventariados podem também ser propriedade de pessoas (jurídicas ou individuais) privadas, as quais, por efeito do acto de classificação ou inventariação, se vêm subordinadas a um conjunto de direitos e deveres específicos enunciados na LPC (Cf. arts. 20.º e 21º). Podemos, assim, afirmar que ser proprietário, possuidor ou titular de outro direito real sobre um bem classificado ou inventariado significa estar sujeito a um regime jurídico “adicional”, ou seja, para além das normas jurídicas referentes à propriedade, posse ou outra titularidade sobre o bem, são ainda aplicáveis a essa relação jurídica as normas de direito público respeitantes à salvaguarda do valor cultural do bem. Estas regras constituem um conjunto de direitos e deveres “a mais” (*o plus*) relativamente ao regime jurídico aplicável aos proprietários, possuidores ou titulares de outros direitos reais sobre bens imóveis não classificados.

A distinção entre os regimes jurídicos está dependente não do valor intrínseco do bem, mas sim do acto administrativo praticado pela entidade competente. Quer isto dizer que o proprietário, possuidor ou titular de outro direito real sobre um bem com valor cultural que ainda não haja sido classificado pela Administração, não tem de se subordinar às limitações impostas por aquele regime jurídico “adicional”. Esta “dualidade” de critérios ilustra a relevância da componente pública a que o regime jurídico dos bens com valor cultural se subordina. No fundo, a dualidade resulta não de uma diferenciação de critérios, mas antes da inexistência do acto administrativo (pronúncia de entidade pública competente) que “qualifique” o bem. Trata-se, na segunda hipótese, de bens sobre os quais ainda não se faz sentir a “especial tutela do Estado”. Saliente-se que o início do procedimento conducente à classificação do bem, que o qualifica de modo automático como bem em vias de classificação, implica, desde logo, consequências imediatas para os direitos dos respectivos titulares. Essas consequências podem, inclusive, afectar direitos adquiridos, prevendo a lei para estes casos o direito a justa indemnização (cf. art. 42.º da LPC). Também aqui se observa uma predominância da componente pública do regime jurídico da *dominialidade cultural* dos bens, a qual se sobrepõe às regras privadas do direito de propriedade.

É nesta medida que defendemos, igualmente, a sobreposição de regimes jurídicos sobre os bens classificados ou inventariados que sejam propriedade de pessoas de direito privado. Tratar-se-á de dois regimes jurídicos, cada um relativo a dimensões distintas do mesmo bem: um regime jurídico de direito privado no que toca à dimensão económica do bem, ao qual se sobrepõe um regime jurídico de direito público respeitante à dimensão de interesse cultural do mesmo.

O mencionado regime jurídico-público será em tudo semelhante àquele que referimos anteriormente para os bens na titularidade de entidades públicas. De facto, trata-se de uma dimensão que comporta muitas vezes um ónus para o respectivo proprietário, como resulta por exemplo da alínea *a*) do n.º 2 do art. 21.º da LPC, quando se impõe ao proprietário, possuidor ou outro titular de direitos reais sobre o bem classificado que observe o regime legal instituído sobre acesso e visita pública, sendo este último apenas afastado caso se prove a sua incompatibilidade, no caso concreto, com direitos liberdades e garantias pessoais ou outros valores constitucionais.

Tal como acontece com os bens que são da titularidade de entidades públicas, também os bens que se encontram na titularidade de entidades privadas são merecedores de uma especial tutela pelo Estado porque representam um “testemunho de civilização”. Este último elemento determina especiais cautelas no que toca à sua preservação e conservação, bem como a necessidade de assegurar a sua valorização, o que não significa, necessariamente, que a sua fruição se tenha de fazer por meio de visita pública. As formas de fruição dos edifícios, pois é a eles que em particular nos reportamos, são muito variadas e dependerão também do valor cultural inerente ao bem: se se trata de um bem de especial relevo arquitectónico a sua observação exterior será em muitos casos suficiente e a proibição de efectuar alterações à sua estrutura a medida mais adequada à sua preservação; já se, por exemplo, se trata de um bem com valor histórico o direito de visita pode assumir um interesse relevante.

Neste seguimento, vamos um pouco mais longe para afirmar que o regime jurídico de direito público a que estes bens se subordinam não pode ser visto apenas como restrições de âmbito público ao regime de propriedade privada, impostas em nome do interesse geral. Ultrapassada a concepção absolutista do direito de propriedade vigente durante o séc. XIX, discute-se agora o âmbito do direito de propriedade, tomando como ponto de partida as normas constitucionais que garantem a propriedade privada (entre nós o art. 62.º da C.R.P.) e os textos internacionais, entre os quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 17.º) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 1.º do 1.º Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais). A pergunta que aqui nos cabe colocar é a de saber se a legislação que visa a defesa e salvaguarda do património cultural constitui ou não um limite à propriedade privada e, em caso afirmativo, quais os parâmetros constitucionais que devem ser convocados para a apreciação das situações concretas²⁸ – haverá direito a indemnização?

Um ponto de comparação será o direito do ordenamento do território e do urbanismo. Também nessa área encontramos, em nome da salvaguarda do interesse público, limites à propriedade privada. As restrições impostas pelos planos urbanísticos (incluímos aqui os planos sectoriais que instituem áreas de reserva ecológica e reserva agrícola) são apenas limitativas do direito de propriedade, mas não trazem consigo deveres (no sentido de condutas activas) para os respectivos proprietários, pois o proprietário de um terreno incluído na reserva ecológica fica impedido, por exemplo, de edificar no seu terreno, mas não está obrigado a assegurar que a fauna e flora nele existentes se mantenham. Pelo contrário, muitas vezes, em reavaliações futuras pode concluir-se que os elementos que conduziram à constituição da reserva já não se verificam, dando assim lugar à sua desclassificação.

No caso do bem cultural classificado o titular é obrigado a assegurar a respectiva conservação. É um regime jurídico que vai mais além, se comparado com as normas urbanísticas e de ordenamento do território. Para além de um componente de “polícia” que impede a sua demolição, alteração ou outro tipo de intervenções sem autorização da entidade pública, existe ainda uma componente “dominial” que se traduz na “subordinação a um conjunto de instruções emanadas dos poderes públicos competentes, que visam a salvaguarda do fim público inscrito no valor cultural do bem” — assegura a sua fruição por todos — o que significa, antes de mais, o dever de o conservar com as características que conduziram à sua classificação e pode ainda significar a obrigação do seu proprietário facilitar a visita (pública ou apenas para efeitos de investigação).

Analisando a diferença com base nas teorias referentes à função social da propriedade poderemos concluir que: no primeiro caso, das limitações urbanísticas e de ordenamento do território, a restrição tem um fundamento meramente instrumental — permitir a realização de outros fins; já no património cultural tem como fundamento não apenas uma questão instrumental — permitir a sua fruição por todos —, mas também uma questão intrínseca — preservar um testemunho de civilização.

Neste caso, não podemos deixar de dar aqui destaque à tese de Leisner ²⁹ de integrar no âmbito do conceito de património cultural e, em especial, do direito de protecção do património cultural a tomada em consideração das possibilidades de aproveitamento desses bens. Podemos sintetizar a sua tese no seguinte: mais do que preservar ficticiamente um bem, classificando-o e impondo-lhe um regime de conservação de tal forma oneroso e pouco atractivo para o seu proprietário, que o abandonará e deixará chegar à ruína, é importante atender ao efectivo valor cultural do bem e à sua possibilidade de aproveitamento.

Se o bem pode ser utilizado ou readaptado a um uso que se coadune com os nossos dias, fará sentido adoptar um conjunto de diligências que permitam a conservação e preservação do bem. Essas diligências incluem as actuações administrativas tradicionais (ex., acto administrativo de classificação) e mecanismos do novo agir administrativo (ex., celebração de acordos informais entre o proprietário, a Administração e investidores inte-ressados nos bens). Por outro lado, se o bem não puder ser adaptado aos nossos dias, mas for viável e importante do ponto de vista do seu valor cultural intrínseco manter o bem, podemos optar pela sua musealização. Se, por último, o bem não puder ser “reutilizado” e não for viável a sua musealização é preferível não o integrar no património cultural. É preferível o abandono consciente à “musealização da ruína”.

2.3. Os bens da titularidade da Igreja

No seguimento das considerações antecedentes, é agora mais fácil a referência analítica a uma parte importante do nosso património cultural: os bens que se encontram na titularidade da Igreja e que constituem uma espécie de propriedade partilhada ou dividida. No tempo que antecedeu a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, os templos católicos estavam integrados no domínio público, ou seja, incluíam-se entre os bens do Estado, abertos ao culto público ³⁰. Após 1940, data da Concordata, ficou estipulado que os bens que anteriormente pertenciam à Igreja e que se encontrassem em posse do Estado passariam novamente para a propriedade da Igreja, cabendo exclusivamente a esta a sua conservação e valorização ³¹. Os imóveis classificados como «monumentos nacionais» e como «imóveis de interesse público» ficariam em propriedade do Estado, sendo este o responsável pela sua conservação, embora com afectação permanente ao serviço da Igreja, cabendo a esta determinar o regime de visitas e outras formas de valorização (artigo VI da Concordata). Suscitou-se alguma controvérsia no que se refere à fruição destes últimos bens, pois o direito de visita colidia algumas vezes com o serviço religioso, particularmente naqueles casos em que os imóveis apenas

estavam abertos durante o período em que decorriam as cerimónias, não dispendo a Igreja de meios para assegurar visitas fora desses períodos e não estando esta possibilidade devidamente articulada com as entidades públicas competentes. A actual lei do património cultural parece, em alguma medida, pretender solucionar esse diferendo ao contemplar, no n.º 4 do art. 7.º, o uso litúrgico, devocional, catequético e educativo dos bens culturais afectos a finalidades de uso religioso como modo de fruição cultural. Quer isto dizer que se distingue a fruição cultural geral da fruição cultural religiosa do bem, sendo necessário articular o regime de visitas com a celebração de cerimónias religiosas.

Resulta, pois, da Concordata uma repartição de tarefas entre Estado e Igreja no tocante aos deveres de conservação e valorização dos bens culturais. Esta repartição não pode, nem deve, significar um limite ou uma fronteira à cooperação entre ambas no que toca quer à obtenção de dinheiro para as obras de conservação, quer às formas de valorização. Por outras palavras, o facto de ser o Estado quem está obrigado à realização de obras nos imóveis classificados não é razão para que a Igreja não colabore na obtenção de receitas destinadas a custear essas mesmas obras, em particular, através da angariação de donativos ao abrigo do estatuto do mecenato. De igual modo, cabendo à Igreja a dinamização da valorização desses bens, não se exclui a possibilidade de, em concertação com as entidades públicas competentes, os mesmos poderem ser utilizados para outros fins compatíveis com as suas características (ex., realização de concertos ou outro tipo de espectáculos). No fundo, Estado e Igreja podem também acordar “*fórmulas institucionais de composição mista*” no sentido de promover a valorização dos bens culturais de que a segunda é titular (art. 4.º/3 da LPC), desde que tais acordos não contrariem os princípios consagrados na Concordata (art. 4.º/4 da LPC) ³².

Também nesta última situação se suscita a questão do regime jurídico aplicável a estes bens e mais uma vez somos reconduzidos ao conjunto de restrições, emergentes de regras jurídicas públicas, que se impõem em nome da salvaguarda da sua dimensão cultural e que não afectam os aspectos relativos à sua propriedade. De facto, a nova Lei do Património Cultural não introduziu novidades significativas no que respeita à distinção de regimes jurídicos aplicáveis a bens culturais que se encontrem na titularidade de entidades privadas ou na titularidade da Igreja. De resto, tal distinção não se afigura, em nosso entender, necessária: por um lado, porque as regras especiais sobre a gestão e a propriedade dos bens culturais da Igreja resultam directamente da Concordata; por outro lado, não encontramos razões que justifiquem a atribuição à Igreja de uma posição privilegiada face aos restantes particulares proprietários de bens culturais. As garantias que se exigem para uns são as que se reclamam para outros ³³. Por tudo isto, cremos que também aqui se pode falar da existência do mesmo regime jurídico-público — o *domínio (público) cultural* — que referimos a propósito dos bens de titularidade pública e de titularidade privada ³⁴.

3. Património cultural e princípio da prevenção

O direito do património cultural deve ser entendido como um ramo de direito que se insere nos novos ramos do direito público, daí que tenha importância salienta alguns aspectos das relações que se estabelecem entre ele e o direito do ambiente, bem como entre ele e o direito do ordenamento do território e do urbanismo ³⁵. Partindo de uma acepção ampla de meio ambiente, que inclua o património cultural ³⁶, poderemos afirmar que princípios como o da prevenção devem igualmente considerar-se aplicáveis em matéria de protecção do património cultural. O conceito amplo de ambiente pode ser retirado da Constituição — em especial, do art. 66.º —, bem como da Lei de Bases do Ambiente — em especial, dos

art. 4.º/k), art. 5.º/2a), art. 20.º e art. 29.º. A ideia de aplicação do princípio da prevenção ao direito do património cultural resulta, quanto a nós, quer de indicações do legislador constitucional — que inclui nas incumbências do Estado, a desenvolver com o envolvimento dos cidadãos, a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico [art. 66.º/2c], bem como, em colaboração com as autarquias locais, a promoção da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas [art. 66.º/2e] e ainda, em colaboração com todos os agentes culturais, promover a salvaguarda do património cultural [art. 78.º/2c] —, quer de indicações do próprio legislador ordinário — quando este se refere, no art. 4.º/k) e art. 20.º/1 da LBA e no art. 6.º/e) e art. 11.º da LPC, à necessidade de adoptar medidas de defesa do património cultural.

O princípio da prevenção, consagrado no art. 174.2 do TUE, assume particular importância no direito do ambiente, atendendo ao potencial de irreparabilidade de grande parte dos danos ambientais ³⁷. Ora, entendemos que com algumas adaptações este princípio deve também aplicar-se aos bens que integram o património cultural. De facto, as medidas de conservação não podem destinar-se apenas a recuperar os bens, mas sim a prevenir o seu desaparecimento ou a sua depreciação, ou ainda a permitir que a realização de empreendimentos necessários ao progresso socioeconómico das populações não ponha em causa a sua existência. As técnicas a utilizar podem ser muito variadas, tais como a trasladação de monumentos, a proibição ou imposição de limites à exportação e saída temporária dos bens do território nacional, a colocação de estruturas de protecção, a criação artificial de condições ambientais e climatéricas adequadas, etc.

Após a análise que efectuámos no ponto anterior sobre a obrigação de suportar os custos com a conservação e preservação do património cultural, pensamos ser importante salientar uma outra vertente da protecção de bens culturais — a intervenção *a priori*, a necessidade de prevenir as agressões aos bens culturais. O princípio da prevenção obriga os Estados a conceber e efectivar meios que permitam acautelar o valor cultural dos bens antes de qualquer agressão. O Estado não deve apenas preocupar-se em determinar quem tem a obrigação de preservar e conservar os bens com valor cultural, deve também, no cumprimento da lei fundamental, consagrar mecanismos que acautelem eventuais agressões. Seleccionámos como parâmetros fulcrais para a verificação do cumprimento deste poder-dever dois *itens* — o ordenamento do território e a avaliação de impacte ambiental — que enunciamos sob duas perguntas: existem instrumentos de planeamento específicos para a salvaguarda do património cultural? A avaliação de impacte ambiental tem em conta a salvaguarda do património cultural?

3.1. A protecção dos bens que integram o património histórico-cultural e a planificação urbanística

Os planos urbanísticos constituem instrumentos de tutela de bens culturais com suporte material. Esta ideia está, aliás, bem expressa na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto), quando refere a defesa e valorização do património natural e cultural como um dos fins da política de ordenamento do território e de urbanismo [art. 3.º/d], bem como a reabilitação e a revitalização dos centros históricos e dos elementos de património cultural classificados como um dos objectivos deste ramo de direito. A densificação destes princípios através da aprovação do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro) não olvidou também o património cultural, prevendo-se: a identificação nos instrumentos de gestão territorial dos elementos e conjuntos do património arquitectónico e arqueológico (art. 10.º/e) e art. 15.º/1), a adopção de medidas indispensáveis à protecção e valorização desse património (art. 15.º/2), a fixação, nos planos municipais de ordenamento

do território, de parâmetros urbanísticos aplicáveis a essas áreas e a delimitação de zonas de protecção (art. 15^o/3).

É ao nível dos planos municipais que a eficácia destes instrumentos na tutela dos bens culturais é mais visível. No cumprimento do disposto na alínea *f*) do art. 70.^o (a preservação do património cultural), cabe ao Plano Director Municipal definir sistemas de protecção dos valores culturais em questão que serão respeitados e densificados pelos planos de urbanização e planos de pormenor que venham posteriormente a ser aprovados. De resto, também a doutrina se tem pronunciado no sentido de reconhecer a planificação territorial e o urbanismo como meio de tutela do património cultural ³⁸.

Nesta medida, é importante referir a necessidade de colaboração entre os órgãos competentes da administração do património cultural, os órgãos de governo próprios das Regiões Autónomas e as autarquias locais. Os artigos 40.^o a 42.^o da LPC dão conta dessa necessidade ao prever uma interdependência entre as actividades desenvolvidas por ambos: por um lado, cabe à administração regional e local informar os órgãos competentes da administração (estadual) do património cultural dos planos, programas, obras e projectos que adoptem e possam pôr em risco bens culturais (art. 40.^o); por outro lado, a notificação do acto que determina a abertura do procedimento de classificação de bens imóveis produz efeitos directos sobre as licenças ou autorização urbanísticas concedidas pelos órgãos municipais (art. 42.^o).

Neste contexto, assumem especial importância os “*planos de pormenor de salvaguarda*”, previstos no art. 53.^o/1 da LPC. De acordo com o mencionado artigo, o acto que decreta a classificação de monumentos, conjuntos ou sítios, ou em vias de classificação, obriga o município, em parceria com os serviços da administração central ou regional responsáveis pelo património cultural, ao estabelecimento do referido “*plano de pormenor de salvaguarda*”. Outra possibilidade é a elaboração de um plano integrado. Esta alternativa tem especial interesse nos casos em que já exista um instrumento de gestão territorial eficaz relativo à área onde se localizam os bens classificados ou em vias de classificação (art. 53.^o/2 da LPC).

De acordo com a actual classificação dos instrumentos de gestão territorial, “*os planos de pormenor de salvaguarda*” devem, em nosso entender, vir a integrar a categoria de planos sectoriais ³⁹, uma vez que relativamente aos planos especiais vigora hoje um princípio de tipicidade, apenas se admitindo naquela categoria os planos de ordenamento de áreas protegidas, os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento da orla costeira (art. 33.^o da Lei n.^o 48/98). Em favor da classificação como planos sectoriais, poderemos ainda invocar o art. 6.^o/c) da LPC, que trata a questão como uma política sectorial ao referir-se à necessidade de coordenação e articulação do património cultural com as restantes políticas de ordenamento do território que se dirigem a interesses públicos conexos com este, tais como o ambiente, a educação, a cultura e o turismo.

De resto, não nos parece correcto um entendimento que considere que a questão da protecção e enquadramento urbano dos imóveis de valor cultural, no âmbito da planificação urbanística, deva ser remetida apenas para uma categoria dentro dos planos de pormenor (os quais constituem uma subcategoria dentro dos planos municipais de ordenamento do território). Sem prejuízo da possibilidade de elaboração de planos de pormenor cujo fundamento específico seja a especial relevância cultural do objecto de intervenção, entendemos que a matéria da salvaguarda do património cultural através dos instrumentos de planificação urbanística é fundamental e deve ser enquadrada no âmbito de uma planificação de âmbito global ⁴⁰.

A existência de um “*plano de pormenor de salvaguarda*” é ainda determinante para a simplificação dos procedimentos de licenciamento de obras. De acordo com a LPC, após a aprovação do referido plano deixará de ser necessário a obtenção de um parecer prévio

favorável da administração do património competente para a concessão de uma licença de obras, passando a vigorar apenas o dever de comunicação, por parte dos municípios, das licenças concedidas (art. 54.^o). A aprovação dos “*planos de pormenor de salvaguarda*” está, todavia, dependente da aprovação da legislação de desenvolvimento competente, da qual, até à data, não existe ainda qualquer registo. No futuro, esta legislação poderá esclarecer melhor o âmbito e extensão deste tipo de planos, de modo a determinar a sua categoria.

A referência, no presente estudo, ao ordenamento do território e ao urbanismo tem razão de ser se atentarmos nas restrições que os instrumentos de planeamento territorial podem acarretar para o desenvolvimento de algumas medidas de valorização dos imóveis classificados. As servidões administrativas constituídas nas zonas de protecção dos bens imóveis classificados, que podem incluir zonas *non ædificandi*, são exemplo de algumas dessas medidas penalizadoras de um eventual aproveitamento do bem para fins, por exemplo, turísticos.

3.2. A avaliação de impacte ambiental

Uma outra dimensão que não pode deixar de ser referida, pela proximidade que tem com o direito do património cultural, diz respeito à ponderação deste tipo de bens nos estudos de avaliação de impacte ambiental. A avaliação de impacte ambiental (AIA) é um instrumento específico de tutela do ambiente, concretizador do princípio da prevenção e que actualmente está consagrado no Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio ⁴¹. À semelhança do que acontece com a Lei de Bases do Ambiente, também este diploma adopta uma acepção ampla de ambiente, onde as preocupações com a salvaguarda do património cultural não foram esquecidas ⁴². Vejamos dois exemplos.

Em primeiro lugar, a definição de “áreas sensíveis”. Nela se incluem as áreas de protecção dos monumentos nacionais e dos imóveis de interesse público definidas nos termos da LPC ⁴³ – art.2.º/b)iii) do Decreto-Lei n.º 69/2000. Somos da opinião que no conceito de áreas sensíveis se devem também considerar integradas as zonas envolventes de bens imóveis que, não tendo sido ainda classificados, viram já iniciado o processo de classificação ⁴⁴. Esta interpretação salvaguarda não apenas as preocupações preventivos do instituto, como também a necessária articulação sistemática com o art. 42.º da LPC, pois se o início do procedimento de classificação dos bens imóveis é suficiente para determinar a suspensão dos procedimentos licenciadores de operações urbanísticas, isso significa que a área envolvente aos mesmos é também ela digna de protecção em sede de avaliação de impacte ambiental.

Em segundo lugar, a referência à descrição do estado do local, “*incluindo o património arquitectónico e arqueológico*”, como um dos elementos que fazem parte do conteúdo mínimo do Estudo de Impacte Ambiental — Anexo III, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 69/2000. O que significa que o proponente está obrigado a fazer referência ao património cultural existente na área de implantação do projecto e que este será tido em conta na decisão final. Salientamos aqui o facto de o legislador não ter transposto para a ordem portuguesa, pelo menos de forma expressa, o disposto no artigo 3.º da Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, na redacção introduzida pela Directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997, que estabelece os factores a ponderar na avaliação de impacte ambiental e entre eles inclui o património cultural.

Esta referência à articulação entre salvaguarda do património cultural e regime da AIA parece-nos pertinente sob dois pontos de vista: por um lado, porque a salvaguarda do património cultural pode ser um factor que conduza a uma declaração de impacte ambiental negativa, o que, de acordo com a actual lei impede o licenciamento do projecto. Nesta medida poderemos afirmar que a AIA é também um instrumento de tutela do património cultural.

Por outro lado, entre as mais recentes formas de aproveitamento de bens culturais conta-se o aproveitamento turístico, muitas vezes materializado na instalação de estabelecimentos hoteleiros, os quais podem ter de se sujeitar à AIA [cf. 12, c), do Anexo II, do Decreto-Lei n.º 69/2000], que, caso conduza a uma declaração de impacte ambiental negativa, impedirá a instalação do empreendimento e pode, conseqüentemente, pôr em causa o projecto de valorização traçado para o bem cultural.

Esta segunda hipótese alerta-nos para uma outra questão importante: a da discricionariedade na apreciação deste tipo de projectos que muitas vezes pode ditar o sucesso de uma via para a sua valorização (ainda que através de uma fruição algo limitada) ou o seu abandono ⁴⁵. É importante avaliar os juízos que a Administração leva a efeito neste tipo de projectos e sensibilizar os intervenientes, através de referências a exemplos de experiência comparada, para uma necessária articulação e ponderação entre os interesses em causa: a protecção, valorização e garantia de fruição dos bens culturais e a sua sustentabilidade económico-financeira.

4. Preservação do património cultural e “aproveitamentos compatíveis dos bens de valor cultural”

Estamos já em condições de nos debruçarmos sobre a questão fundamental que suscitamos no início: quem e em que medida deve suportar os custos com a conservação de bens culturais e quais as estratégias para a sua sustentabilidade económica.

Na verdade, a obrigação constante do art. 46.º da LPC é de muito difícil execução. Aí se prevê que o Estado, as Regiões Autónomas, os municípios e os proprietários ou titulares de outros direitos reais de gozo sobre imóveis classificados ou em vias de classificação como tal, “*devem executar todas as obras ou quaisquer outras intervenções que a administração do património cultural competente considere necessárias para assegurar a sua salvaguarda*”. Caso as obras não sejam iniciadas ou concluídas nos prazos fixados poderão as entidades competentes promover a sua execução coerciva. Estas disposições, independentemente da bondade material que lhes possa ser atribuída, são de difícil execução na prática.

Os particulares, na maior parte dos casos, não executam as obras de conservação necessárias e os órgãos competentes enunciados na lei não dispõem de recursos económicos para executar coercivamente as obras em substituição dos particulares. O resultado destes processos é visível um pouco por todo o País — os bens culturais degradados, quando não abandonados. A perplexidade é muitas vezes esta: se o particular pretende efectuar intervenções no bem, de forma a tirar algum rendimento do mesmo, depara com inúmeros obstáculos por parte da Administração (quer central quer autárquica) que o obriga a apresentar um projecto assinado por um arquitecto, a cumprir os requisitos fixados pelo IPPAR, a obter vários pareceres, a efectuar despesas acrescidas e tudo isto o conduz muitas vezes a abandonar os projectos. Na maior parte dos casos, o abandono do projecto significa o abandono do bem e a sua depreciação, pois também os órgãos do Estado (os mesmos que lhe impuseram todos os entraves) não dispõem de recursos para efectuar as obras necessárias.

A chave para a solução deste problema reside na procura de soluções flexíveis em matéria de valorização e fruição dos bens culturais. No fundo, numa *ideia dinâmica de património cultural*. O turismo tem sido um dos pontos fundamentais. Ultrapassada a “moda” das férias exclusivamente sob o lema de “mar e sol”, cada vez mais os turistas procuram programas alternativos, muitas vezes associadas ao património cultural. Também a implementação de estabelecimentos de hotelaria e restauração de luxo em lugares históricos (um turismo temático) ⁴⁶ tem tido muita procura nos últimos tempos. De igual modo, o regresso, agora

com carácter cultural, às tarefas agrícolas (o agro-turismo) se mostra aliciante para uma população maioritariamente cidadina.

A discussão sobre os aproveitamentos possíveis de bens de valor cultural gira muitas vezes em torno da manutenção do seu uso originário, da necessidade de alcançar um uso que seja semelhante ao originário ou que, pelo menos, mantenha no essencial aquele uso originário. Por esta razão, a questão do aproveitamento de bens de valor cultural, a partir muitas vezes da sua “reutilização” (*Umnutzung*), é um apelo à criatividade dos diversos actores deste palco: arquitectos, promotores turísticos, juristas, economistas, antropólogos, historiadores e também os técnicos da Administração, os titulares dos bens e a Igreja, para que encontrem soluções que, sem deturpar o núcleo essencial do valor cultural intrínseco do bem, possibilitem a sua entrada num universo dinâmico que favoreça a sua fruição e, simultaneamente, permita a sua sustentabilidade económico-financeira.

4.1. A rendibilização como componente do regime geral dos bens culturais — a “sustentação económica”

Um dos principais problemas que a salvaguarda do património cultural suscita prende-se com a falta de recursos económico-financeiros para prover à sua conservação, divulgação e valorização. Nesta medida, o apelo à cooperação entre todos os agentes é pedra de toque fundamental, pelo que o art. 4.º da LPC merece especial atenção.

O mencionado artigo, sob a epígrafe “contratualização da administração do património cultural”, faz referência à possibilidade de serem celebrados acordos entre os particulares detentores dos bens e o Estado, as Regiões Autónomas e as autarquias locais enquanto entidades responsáveis pela tutela do respectivo valor cultural, tendo em vista promover a respectiva valorização⁴⁷. Estes acordos podem, além dos particulares detentores dos bens, incluir ainda outras entidades privadas com especialização e vocação para o investimento neste tipo de projectos.

O conteúdo e âmbito concreto destes acordos não é precisado pela lei, que prefere deixar assim uma margem de liberdade às partes, embora refira que os mesmos podem incluir “a concessão ou delegação de tarefas, desde que não envolvam a habilitação para a prática de actos administrativos de classificação”. Parece-nos, pois, pouco claro o sentido desta expressão legal. Quais são afinal as tarefas que podem ser delegadas nos privados? Será a instrução do procedimento conducente à classificação dos bens uma das tarefas que a lei entende que pode ser delegada?

A preocupação com a sustentabilidade económico-financeira dos bens culturais leva-nos a distinguir dois tipos de acções: de um lado, as medidas de apoio aos proprietários, detentores e titulares de demais direitos reais sobre os bens que se traduzem em medidas específicas — denominaremos este grupo por *medidas de apoio específico* —, onde se incluem os programas de financiamento à conservação de bens culturais e as normas que incentivam o financiamento privado a esse tipo de projectos, destacando-se entre estas últimas os benefícios fiscais e o mecenato cultural; de outro lado, as medidas que promovam a divulgação e valorização do património cultural — *medidas de apoio genérico* — de entre as quais destacamos os programas de apoio às formas originárias de uso tradicional ou natural dos bens e os programas de aproveitamento turístico (ambos referidos no art. 71.º da LPC).

4.1.1. Os benefícios e incentivos fiscais

A Lei do Património Cultural remete para legislação autónoma a definição e estruturação dos benefícios e incentivos fiscais relativos à protecção e valorização do património

cultural (Cf. art. 97.^o), pelo que devemos entender esta referência como uma remissão para o Estatuto dos Benefícios Fiscais (de ora em diante designado abreviadamente por EBF) e demais legislação fiscal, bem como para o Estatuto do Mecenato. Os benefícios fiscais têm-se revelado até à data os expedientes mais importantes no âmbito da sustentabilidade financeira da conservação do património cultural. Marie Cornu utiliza a este propósito a expressão “propriedade cultural sustentada”, pretendendo abranger não apenas este conjunto de apoios económico-financeiros, mas também o apoio de ordem jurídica que o Estado deve também prestar aos proprietários de bens culturais ⁴⁸. A expressão original — la propriété culturelle soutenue — inclui, segundo a autora, duas dimensões: o apoio económico-financeiro através de compensações devidas a título de indemnização e benefícios fiscais; e o apoio de ordem jurídica, que inclui a criação de meios processuais especiais a utilizar pelo proprietário para defesa do património (ex., acção para protecção de monumentos, acção para restituição de bens culturais e para defesa de direitos de autor). Entendemos que esta é uma compreensão demasiado restritiva dos mecanismos de apoio à defesa e valorização de bens culturais, devendo ainda acrescentar-se: a nível económico, a criação de verdadeiros programas de apoio ao património e a promoção de constituição de sociedades de capitais mistos para administração de bens culturais; a nível jurídico, a existência de apoio técnico ao desenvolvimento de projectos e a celeridade e simplificação dos procedimentos tendentes à obtenção de autorizações e licenças para exploração de bens culturais.

Podemos definir, seguindo a noção de Casalta Nabais, benefícios fiscais como despesas fiscais (que são, pela sua própria natureza, despesas passivas) que integram uma disciplina jurídica derogatória da disciplina ordinária do respectivo imposto, reveladora de um regime mais favorável para o contribuinte do que o implicado no seu tratamento ordinário e expressão de uma função promocional, eles constituem um instrumento normal de política económica e social do Estado social contemporâneo e não um instrumento absolutamente excepcional à maneira do entendimento próprio do Estado liberal ⁴⁹. Os benefícios fiscais podem ser: isenções, reduções de taxa, deduções à matéria colectável e à colecta (art. 2.^o do EBF).

Entre os benefícios fiscais atribuídos aos proprietários de bens culturais classificados contam-se os seguintes: 1) isenção de contribuição autárquica aos proprietários de prédios classificados como monumentos nacionais ou imóveis de interesse público e, bem assim, os classificados como imóveis de valor municipal ou como património cultural [art. 40.^o/n) do EBF]; 2) isenção de contribuição autárquica relativamente às associações ou organizações de qualquer religião ou culto às quais seja reconhecida personalidade jurídica, quanto aos templos ou edifícios exclusivamente destinados ao culto ou à realização de fins não económicos com este directamente relacionados [art. 40.^o/1c) do EBF]; 3) isenção de contribuição autárquica relativamente às pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e de mera utilidade pública em relação a prédios afectos à realização de fins culturais [art. 40.^o/1e) do EBF]; 4) isenção do imposto municipal de SISA e do ISSD sobre sucessões e doações das aquisições de bens classificados como património cultural do art. 13.^o/15 do CIMSISDD). De salientar que este benefício fiscal não é automático, dependendo de requerimento do adquirente dos bens em causa e do seu reconhecimento pela Administração fiscal, embora esta não goze de liberdade quanto à sua concessão ou não (art. 15.^o do CIMSISDD e art. 65.^o do Código do Procedimento e Processo Tributário).

Por seu turno, o Estatuto do Mecenato (aprovado pelo Decreto-Lei n.^o 74/99, de 16 de Março) regulamenta, de forma integrada, os vários tipos de benefícios relativos a donativos efectuados ao abrigo dos mecenatos de natureza social, cultural, ambiental, científica e desportiva. Com a criação do estatuto do mecenato, o Estado procura, através de benefícios fiscais, captar dinheiros privados para a realização de tarefas públicas. Ainda quanto à natureza do mecenato, Casalta Nabais refere, a propósito do regime fiscal das

fundações, que quando as entidades (privadas) satisfazem interesses sociais, “*mobilizando para tal os correspondentes recursos, fazem despesas que, a não ser assim, teriam de ser custeadas com receitas públicas, ou seja com impostos*”, isto significa que, a seu modo, essas entidades já estão a contribuir para as despesas públicas⁵⁰. O mesmo poderá valer para o mecenato (no nosso caso, para o mecenato cultural). Os benefícios fiscais concedidos aos mecenas não são verdadeiros “regimes de favor”, mas antes uma tomada em consideração das despesas que estes suportam e que, em alguma medida, contribuem para a redução da despesa pública e a promoção de uma tarefa estadual: a protecção e valorização do nosso património cultural. Nesta medida, podemos concluir com Saldanha Sanches que “*a mistura de dinheiros públicos e privados constitui o cerne do mecenato*”⁵¹.

Assim, importa aqui fazer apenas uma referência, ainda que muito genérica, ao tipo de medidas referentes aos donativos no âmbito do mecenato cultural⁵²: 1. consideração como custos ou perdas do exercício, na sua totalidade, os donativos concedidos às entidades mencionadas no art. 1.º/1 do Estatuto — benefício sujeito a reconhecimento, a efectuar por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Cultura (art. 1.º/1, 2 e 3); 2. consideração como *custos ou perdas do exercício* as importâncias suportadas com a aquisição de obras de arte que venham a ser doadas ao Estado Português (art. 1.º/4); 3. consideração como custos ou perdas do exercício, até ao limite de 6/1000 do volume de vendas ou dos serviços prestados, os donativos atribuídos a cooperativas culturais, museus, bibliotecas e arquivos históricos e documentais, centros culturais, instituições responsáveis pela organização de feiras universais ou mundiais. O limite referido é eliminado se os donativos se destinarem à realização de programas que sejam considerados de superior interesse cultural e pode até ser levado a custos a 120% ou 130% do respectivo total quando atribuídos ao abrigo de contratos plurianuais (art. 3.º/1, 2 e 3); 4. são *dedutíveis à colecta de IRS* os valores dos donativos destinados aos fins referidos nos pontos anteriores, sendo considerado em 25% das importâncias atribuídas, nos casos em que não estejam sujeitos a limitações, e 25% das importâncias atribuídas, até ao limite de 15% da colecta, nos restantes casos (nesta hipótese, as deduções não podem ter sido contabilizadas como custos); 5. são ainda *dedutíveis à colecta* os donativos concedidos às Igrejas, sendo a sua importância considerada em 130% do seu quantitativo.

Este tipo de medidas procura captar a atenção e o interesse dos mecenas, sendo de salientar que se trata de uma questão de mentalidade. Em países de experiência comparada o financiamento de obras culturais ou de recuperação do património cultural é visto como algo de prestigioso para a própria empresa, que não só retira vantagens fiscais destes actos como ainda promove a sua imagem como “amiga do património”⁵³.

A par dos mecenas cabe ainda referir outras entidades que participam na vida cultural e que podem dar um contributo na iniciativa privada no financiamento do património: as entidades que habitualmente negociam nestes mercados (ex., *marchands*) e as instituições sem fins lucrativos que se dedicam a estas matérias (ex., fundações com fins culturais)⁵⁴.

4.1.2. Outros apoios financeiros

Para além dos benefícios e incentivos fiscais, a LPC refere ainda a criação pelo Governo de meios de apoio financeiro ou a possibilidade de recurso a formas especiais de crédito, em condições favoráveis, pelos titulares de bens culturais classificados para conservação e valorização destes⁵⁵. Desconhecemos a existência de linhas de crédito, ou programas de financiamentos nacionais específicos em matéria de património, todavia, podemos fazer referência a um conjunto de programas de âmbito urbanístico que podem e têm sido aplicados, também, para a recuperação, conservação e valorização do património cultural.

Assim, relativos à recuperação e requalificação urbana refiram-se, a título de exemplo, o programa RECRIA ⁵⁶ (Regime Especial de Comparticipação na Recuperação de Imóveis Arrendados), o programa REHABITA ⁵⁷ (Regime de Apoio à Recuperação Habitacional em Áreas Urbanas Antigas, este programa que tem uma componente específica em matéria de património cultural, na medida em que é exclusivamente aplicável aos núcleos urbanos históricos declarados áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística), o programa RECRIPH ⁵⁸ (Regime Especial de Comparticipações e Financiamento na Recuperação de Prédios Urbanos em Regime de Propriedade Horizontal) e o programa SOLARH ⁵⁹ que se destina a financiar obras de conservação ordinária ou extraordinária e de beneficiação em habitação própria e permanente de agregados familiares com fracos recursos económicos. Não sendo, como já dissemos, medidas que visem exclusivamente a conservação do património cultural, sempre podem ser aproveitadas pelos respectivos proprietários (quando estes sejam pessoas privadas) como forma de financiar as obras, também, em imóveis classificados.

Para ilustrar o que acabámos de dizer, não podemos deixar de fazer aqui referência a um exemplo de sucesso: a recuperação do Centro Histórico de Guimarães. O processo teve início em 1998 com a qualificação, nos termos do disposto no art. 41.^o e seguintes do Decreto-Lei n.^o 794/76, de 5 de Novembro (diploma que aprova a política de solos), do Centro Histórico de Guimarães como *área crítica de recuperação e reconversão urbanística* (Decreto n.^o 3/98, de 26 de Janeiro), com os seguintes fundamentos: 1) necessidade de preservar o valor histórico e cultural da malha urbana; 2) envelhecimento do parque edificado e das infra-estruturas aliado à falta de capacidade de intervenção da Câmara Municipal de Guimarães; 3) candidatura a património da humanidade. A qualificação daquela *área como área crítica de recuperação e reconversão urbanística* permitiu a aplicação do programa REHABITA (viabilização de financiamentos concedidos pelo IGAPHE e subscritos pelo INH). Durante os anos de 98, 99 e 2000 os imóveis situados na área do centro histórico foram recuperados, mantendo as suas características iniciais que lhes garantem o valor patrimonial e cultural. Em 2001, a UNESCO elevou a património mundial o Centro Histórico de Guimarães (que assim se juntou aos de Angra do Heroísmo 1983, Évora 1986 e Porto 1996), considerando que Guimarães é “*uma cidade excepcionalmente bem pre-servada, ilustra a evolução de tipos particulares de construção, desde o povoado medieval até à cidade dos nossos dias, e dos séculos XV a XIX*” ⁶⁰. Guimarães é um exemplo de como a aplicação dos mencionados programas de apoio urbanístico à preservação do património cultural pode ser sinónimo de sucesso. Todavia, este exemplo não substitui a necessidade de aprovação de programas específicos para o património cultural, pois nem todo o património é imóvel e integrável no âmbito da urbe.

A par dos programas de componente urbanística, podem também os proprietários dos bens imóveis classificados ou que possuam interesse cultural recorrer a incentivos financeiros relacionados com projectos turísticos. Refira-se, a título de exemplo, o programa SIVETUR ⁶¹ (Sistema de Incentivos a Produtos Turísticos de Vocação Estratégica) e o PIQTUR ⁶² (Programa de Intervenções para a Qualificação do Turismo). O turismo é, pois, um dos elementos essenciais na procura de novas soluções para o património, pelo que também estes programas de financiamento podem servir como factores de recuperação, conservação e valorização do património cultural.

Para além do apoio financeiro, entendemos ser ainda importante realçar a necessidade de *apoio técnico* às intervenções efectuadas em imóveis classificados. O facto de ser necessária a intervenção de técnicos especialmente qualificados (art. 45.^o/1 da LPC e Decreto-Lei n.^o 205/88, de 16 de Junho) deveria também ter como contrapartida a possibilidade de os proprietários ou demais titulares (privados) de bens culturais poderem consultar e solicitar a elaboração desses projectos (gratuitamente ou mediante o pagamento de taxas) aos técnicos dos serviços públicos.

Pese embora a possibilidade de se adaptarem alguns programas relativos a outras áreas na recuperação e conservação do património cultural, entendemos que muito está ainda por fazer a fim de dar cumprimento aos arts. 93.º/3 e 99.º da LPC. A necessidade de programas específicos de apoio técnico e financeiro à conservação e valorização dos bens culturais classificados e inventariados é uma questão premente.

4.2. Limites à rendibilização dos bens culturais — o “património sustentável”

Analisadas as que, em nosso entender, são as principais questões relativas à conservação e valorização dos bens culturais, pensamos que seria ainda importante e oportuno fazer uma referência à possibilidade de diversificar os usos desses mesmos bens, procurando assegurar uma maior, ou pelo menos mais qualificada, fruição cultural dos mesmos, sem pôr em causa o seu valor (intrínseco) cultural.

É de salientar que a questão do aproveitamento dos bens culturais, em que o problema da reutilização assume uma importância fundamental, é vista hoje por alguns ordenamentos jurídicos como um capítulo necessário dentro do direito (de protecção) do património cultural⁶³. Significa que existem regras legais e regulamentares que disciplinam as possibilidades de reaproveitamento dos bens culturais. Constitui exemplo disso o art. 5.º da BayDSschG — “lei Bávara sobre a protecção do património cultural” — que estabelece que deve ser dada preferência a um aproveitamento do bem idêntico ao seu uso originário, se este não for possível, deve aceitar-se preferencialmente um aproveitamento semelhante (ao originário) e se também esta hipótese não for possível, deve preferir-se o aproveitamento que mantenha substancialmente o uso originário do bem⁶⁴.

Não existe na nossa LPC nenhuma disposição semelhante ou aproximada, pelo que poderemos equacionar se foi intenção do legislador ordinário não regulamentar esta matéria, deixando que os técnicos e os órgãos da Administração responsáveis pela área do património determinem, caso a caso, se uma tal solução é ou não viável. Ainda que assim se entenda, pensamos que essa avaliação casuística não pode ser efectuada sem respeito pelas regras jurídicas. De facto, ainda que não dispondo de normas específicas, concluímos que as soluções que entre nós podemos alcançar não andam longe das avançadas pelo ordenamento alemão.

Assim, quando um particular apresenta um projecto de recuperação de um imóvel classificado, tendo em vista transformá-lo em instalações hoteleiras ou em outro tipo de instalações turísticas ou de prestação de serviços, cabe às entidades competentes para a avaliação do projecto ponderar o respeito pelos princípios fundamentais nesta matéria — desde logo o dever fundamental de preservar o património cultural, cuja dimensão essencial é a preservação do valor intrínseco do bem, enquanto “testemunho de civilização”.

Partindo da distinção que estabelecemos anteriormente entre a dimensão material do bem e a sua dimensão cultural, compreendemos que é esta última que estará em avaliação na apreciação deste tipo de projectos. Assim concluiremos pela preferência dada a projectos que respeitem o uso originário ou um uso semelhante do bem. Acontece que muitas vezes esses não são os projectos mais rentáveis, pelo que não é esse o tipo de projectos/pedidos que a Administração do património cultural tem de apreciar, mas antes pedidos que implicam uma alteração do uso originário do bem. É neste último tipo de situações que faz sentido equacionar se deve prevalecer o respeito incondicional pelo uso originário do bem que conduza a um indeferimento de todos os projectos que se afastem dele e, conseqüentemente, na maioria dos casos, pode conduzir à ruína do bem, ou se, pelo contrário, devemos, em alternativa, aceitar qualquer projecto para que de alguma forma sempre se salve o bem da ruína, ainda que este não respeitando o uso originário e, provavelmente, ao *quid* que lhe garantia o valor de bem cultural.

Ora, entendemos que é possível encontrar aqui um critério que satisfaça, de algum modo, os dois desígnios, aparentemente inconciliáveis, assente em juízos flexíveis na apreciação dos projectos e que salguarde o valor cultural do bem. Esse critério será, como propõe Leisner, “o da manutenção substancial do uso (originário)”. Por outras palavras, é necessário analisar se o projecto se afasta irremediavelmente do uso originário do bem, de modo que comprometa, no futuro, o reconhecimento (também pelas gerações futuras) do “testemunho de civilização” que lhe confere o valor de bem cultural.

Antes de terminar, convém lembrar que vivemos uma época de “mercantilização” dos bens, em que apenas há procura para aquilo que se oferece, sabiamente, em campanhas de *marketing*. O “património cultural”, em especial o património histórico e arqueológico, passou a figurar entre os “produtos” procurados e oferecidos (tendo as agências de turismo e os promotores imobiliários assumido um papel fundamental nesta tarefa), chegando assim ao que Ballart designa por “consumo do passado”⁶⁵. Esta é a oportunidade que se oferece à revitalização dos bens de valor cultural e que se espera que seja conseguida dentro do respeito pela premissa fundamental de salvaguardar o valor intrínseco (cultural) do bem, ou seja, adaptando-o às necessidades modernas, impedindo, contudo, quaisquer usos que se mostrem incompatíveis com a sua dignidade.



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

² O texto que agora se publica inclui algumas sugestões formuladas pelo Professor Doutor José Casalta Nabais, a quem muito agradecemos a disponibilidade manifestada para a leitura deste trabalho antes da sua publicação.

³ Sobre o conceito de desenvolvimento sustentável vide, entre outros, Alessandro Lanza, *Lo Sviluppo Sostenibile*, 3.^a ed., Il Mulino, Bologna, 2002; Giuseppe Gamba e Giuliano Martignetti, «*Sviluppo sostenibile*», *Dizionario dell’Ambiente*, ISEDI, Torino, 1995, pp. 631-634; Richard Welford, *Environmental strategy and sustainable development*, Routledge, London, 1995.

⁴ Cf. Alessandro Lanza, *Lo Sviluppo Sostenibile*, ob. cit., p. 11.

⁵ Vasco Pereira da Silva aponta para uma aceção mais economicista de *desenvolvimento sustentável* alicerçada sobretudo na ponderação entre custos ambientais e benefícios económicos das decisões jurídicas, cf. *Verde Cor de Direito*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 73.

⁶ Cf. Alessandro Lanza, *Lo Sviluppo Sostenibile*, ob. cit., p. 15, e Richard Welford, *Environmental strategy...*, ob. cit., p. 6. Esta fórmula foi posteriormente repetida noutros textos de entre os quais destacamos o princípio 3 da Declaração do Rio.

⁷ Referimo-nos aqui à definição da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, lei de bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural, de ora em diante designada abreviadamente LPC. A definição não difere, no essencial da que constava já da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho. A expressão *património cultural*, por ser mais abrangente, é preferível a outras expressões, tidas como similares para definir este sector do ordenamento jurídico. Sobre esta questão vide, por todos, Casalta Nabais, «Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural», *RevCEDOUA*, 2.2000, pp. 11-14.

⁸ Sobre a noção de bens culturais vide, por todos, M. S. Giannini, «I beni culturali», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, pp. 3 e ss. (p. 22).

⁹ Sobre a crítica à categoria dos *bens culturais ambientais*, vide Maria del Rosario Alonso Ibañez, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 31 e ss.

⁸ Neste sentido, Walter Leisner, *Denkmalgerechte Nutzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 15; Maria del Rosario Alonso Ibañez, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, ob. cit., pp. 31 e ss., e, entre nós, Casalta Nabais, «Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural», ob. cit., pp. 18-19.

⁹ Como refere Vieira de Andrade, esta é uma distinção estrutural: “o património imobiliário (monumentos, ‘conjuntos’, sítios) gozam de um regime diferente daquele que é aplicável aos bens móveis de valor cultural”, *Rapport Portugais, Travaux del’assotien Henri Capitant*, Tomo XL, 1989, p. 473.

¹⁰ Sobre este ponto vide, entre nós, por todos, Casalta Nabais, «Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural», ob. cit., pp. 20-22.

¹¹ Cf. M. S. Giannini, «I beni culturali», ob. cit., p. 24.

¹² A única exceção parece residir no património arqueológico, pois de acordo com o n.º 3 do art. 74.º da LPC “os bens provenientes da realização de trabalhos arqueológicos constituem património nacional”. Também o art. 79.º da mesma lei refere que o achador de bens móveis arqueológicos apenas terá direito a uma recompensa. No sentido de que existe uma pertinência “genética” ao Estado de todos os bens arqueológicos, vide M. S. Giannini, «I beni culturali», ob. cit., p. 16. Entre nós, no mesmo sentido, vide Alves Correia, «Propriedade de bens culturais — restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, p. 399.

¹³ Questão diferente é saber se em virtude das restrições impostas ao titular do bem este terá ou não direito a uma indemnização a título de expropriação de sacrifício. Sobre esta questão vide, entre nós, Alves Correia, «Propriedade de bens culturais — restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas», ob. cit., pp. 393 e ss.

¹⁴ Reportamo-nos à conservação do bem num sentido jurídico, enquanto dever, o que significa que não utilizamos o conceito no sentido tradicional, técnico de conservação e restauro de bens culturais. Apesar da distinção que assim traçamos, não estamos seguros de que a mesma exista ou deva sequer ser aprofundada. Pelo contrário, muitas das ideias que aqui propomos resultam também dos trabalhos e potencialidades que os técnicos têm vindo a desenvolver. A determinação das hipóteses de aproveitamento de um bem cultural, de modo a promover a respectiva valorização e impedir que seja destinado a usos incompatíveis com a sua dignidade, não é apenas uma questão jurídica, como não deve também, em nosso entender, ser apenas uma questão técnica. Impõe-se uma dialéctica entre as duas dimensões para que a técnica descortine as inúmeras possibilidades existentes quer de conservação quer de divulgação e fruição do bem pelo maior número de pessoas e o jurista avalie o limite para além do qual as intervenções possíveis põem em risco o valor imaterial (substancial, inerente) do bem que lhe dá o qualificativo de cultural. Sobre algumas questões técnicas e jurídicas relacionadas com a conservação e restauro dos bens culturais veja-se, entre outros, Ana Macarrón Miguel e Ana Gonzáles Mozo, *La conservación y la restauración en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1998.

¹⁵ Pier Ferri, «Os bens culturais no direito italiano», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, p. 121.

¹⁶ Refira-se que entre nós a compreensão dinâmica do património cultural foi já sugerida por Casalta Nabais, «Algumas considerações sobre o quadro jurídico da património cultural», *Boletim Municipal de Cultura*, Câmara Municipal de Aveiro, Ano XIX, pp. 107-108 e «Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural», ob. cit., p. 13.

¹⁷ É importante deixar aqui a ideia, ainda que em nota, que o património cultural não é nem deve ser tratado como uma questão que apenas interessa ao respectivo titular, ou mesmo ao Estado onde se situa o bem. Esta ideia de globalidade dos bens com valor cultural está, aliás, bem patente em textos de convenções internacionais, bem como na existência de organismos internacionais especializados na defesa, salvaguarda e promoção destes bens, entre os quais se destaca a UNESCO. Este princípio de globalidade deve, porém, ser articulado com um princípio de subsidiariedade, cabendo aos Estados e às entidades administrativas ou político-administrativas de âmbito regional ou local a resolução imediata das questões concretas em matéria de conservação e valorização. Em outras palavras, a articulação entre princípio da globalidade e princípio da subsidiariedade significa que apesar do âmbito global do problema e da necessidade de políticas internacionais e comuns de salvaguarda de bens culturais, é à escala estadual, regional ou local que os problemas mais prementes, de entre os quais se destaca de modo particular o da conservação dos bens, devem ser resolvidos.

¹⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira na anotação que fazem do art. 78.º da C.R.P. dão particular ênfase aos instrumentos administrativos (classificação e inventariação) como meio estaduais de defesa e protecção do património cultural, cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 1989, pp. 376-379. Pese

embora a importância que aqueles instrumentos ainda hoje têm em matéria de protecção de bens culturais, impedindo o seu desaparecimento, a verdade é que um dos principais problemas diz respeito à sua depreciação e degradação (que por vezes coloca em causa a própria existência física dos bens) por falta de meios económicos para proceder à sua conservação e muitas vezes falta de ideias para proceder à sua valorização e consequente sustentação económica. Esta última hipótese resulta no que Leisner define como “ruínas emergentes da protecção do património” (*Verfall durch Denkmalschutz*), *Denkmalgerechte Nutzung*, ob. cit., p. 5.

¹⁹ Salientamos a este propósito, a título exemplificativo, que: 1) as obras de reconstrução, ampliação, alteração ou demolição de edifícios classificados ou em vias de classificação e as obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou demolição de edifícios situados em zonas de protecção de imóveis classificados ou em vias de classificação serem necessariamente sujeitas ao procedimento de licenciamento (excluindo-se a possibilidade de meras autorizações), nos termos do art. 4.º/2d) do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro; 2) as obras de alteração no interior de edifícios classificados não estão isentas de licença ou autorização [art. 6.º/1b) do DL 555/99]; 3) os projectos carecem de aprovação da Administração central [art. 25.º/3e) do Decreto-Lei n.º 120/97, de 16 de Maio]; 4) os projectos de arquitectura em imóveis classificados e respectivas zonas de protecção são da exclusiva responsabilidade dos arquitectos — Decreto-Lei n.º 205/88, de 16 de Junho.

²⁰ Refira-se, a título exemplificativo: Decreto Legislativo Regional n.º 16/93/M, de 13 de Setembro (com actualizações), que aprova medidas de protecção e valorização da paisagem relativas ao acabamento exterior dos edifícios, o Decreto Legislativo Regional n.º 11/2000/A, de 19 de Maio, que aprova o regulamento de protecção aos imóveis classificados, e o Decreto Legislativo Regional n.º 32/2000/A, de 24 de Outubro, que estabelece medidas cautelares para a preservação e salvaguarda do património natural das Fajãs da ilha de São Jorge.

²¹ O mesmo não poderá afirmar-se no caso de se enveredar por uma concepção do domínio público que entenda este não como um regime jurídico de bens, mas antes como mais um capítulo da actividade administrativa. A admitir-se, em tese, uma tal concepção do domínio público, então poderá suscitar-se alguma confusão. De facto, a entender-se o regime do domínio público como um conjunto de limitações impostas aos titulares dos bens de forma a assegurar o seu uso comum, sempre se poderia incluir neste conceito as limitações impostas aos titulares de bens classificados como de valor cultural, a fim de garantir a sua fruição por todos os presentes e pelas gerações futuras. A propósito da perspectiva evolutiva das teses sobre o domínio público vide, a título de exemplo, González García, *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²² Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª Edição, Tomo II, Almedina, Coimbra, p. 881. O autor refere nas suas lições que, segundo o Decreto n.º 23 565, diploma que classificava os bens a registar no cadastro do Estado, apenas “os monumentos nacionais que não [pertencessem] aos corpos administrativos ou a particulares” seriam incluídos no domínio público. Quanto aos restantes, entre os quais se incluíam os que pertencessem a particulares, o Estado exerceria sobre eles “importantes poderes que transformam o direito dos proprietários num «direito enfraquecido»”. O autor vai mais longe e refere ainda que “tais direitos podem também ser considerados dominiais, por terem o mesmo fundamento dos exercidos sobre monumentos que não são pertença do Estado”. No fundo, o autor reconhece aqui que o regime jurídico aplicável aos bens públicos e privados para proteger o seu valor cultural é, materialmente, o mesmo, embora tenha dificuldade em construir essa harmonização em parte, talvez, em virtude do conceito de domínio público de que partia. Note-se que esta concepção de *domínio público cultural* como acervo de bens que entra no regime jurídico da dominialidade pelo acto de classificação é ainda defendida por alguns autores veja-se o recente *Manuale di Diritto Amministrativo*, de Vittorio Italia, Guido Landi e Giuseppe Potenza, Giuffrè, Milano, 2002, p. 99.

²³ Veja-se, a este propósito, Mazarolli, Pericu, Romano, Monaco e Scoca, que defendem a existência de uma evolução no que respeita à tutela de bens de interesse histórico-cultural e artístico onde se realçam as limitações impostas aos proprietários em nome da conservação desses bens e da garantia da sua fruição cultural por todos, que os autores qualificam como bens que se situam entre *demanio*, património indisponível e propriedade privada, *Diritto Amministrativo*, Monduzzi Editore, pp. 1141-1143.

²⁴ Sobre a noção de *domínio público cultural* e as suas analogias e diferenças com o domínio público vide Marie Cornu, *Le droit culturel des biens*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 465 e ss. Convém, todavia, esclarecer que a propriedade dos bens culturais a que nos referimos como um primeiro estrato, pode antes corresponder a uma relação de domínio público, para aqueles que defendam a existência dessa categoria como um regime de bens públicos.

²⁵ Neste sentido, Maria del Rosario Alonso Ibañez, *El patrimonio histórico. Destino Publico e valor cultural*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 216 e ss.

²⁶ Cf. M. S. Giannini, «I beni culturali», ob. cit., p. 26.

²⁷ Neste sentido, Antonio Martinez Blanco, «La conservacion del patrimonio artístico eclesiástico», *Revista de Administración Publica*, n.º 75, 1974, p. 436.

²⁸ Sobre a articulação entre propriedade privada e as normas que tutelam o património cultural vide, por todos, Pierre-Laurent Frier, «Propriété privée et protection du patrimoine culturel», *L'Actualité juridique — Droit administratif*, 1992, pp. 405-409.

²⁹ Walter Leisner, *Denkmalgerechte Nutzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002. Vide infra a recensão.

³⁰ Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 916.

³¹ Sobre o valor jurídico das disposições constantes da Concordata em matéria de património cultural, a “reversão” dos bens da Igreja por efeito daquele documento e a articulação entre a Concordata e a Lei do Património Cultural de 1985 vide, Vasco Pereira da Silva, «O património cultural da Igreja», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, pp. 475 e ss.

³² De acordo com o art. 94.º/5 da LPC, a classificação de bens culturais pertencentes a igrejas e a outras comunidades religiosas incumbe exclusivamente aos Estado e às Regiões Autónomas, excluindo-se assim a competência das Autarquias Locais para a classificação dos referidos bens culturais. Nesta medida, é de questionar se também no que toca à celebração de acordos tendentes a assegurar a valorização daqueles bens se deve ter por excluída a possibilidade de participação das Autarquias Locais.

³³ Em sentido contrário, defendendo a integração na LPC de regras especiais sobre o património que se encontra na titularidade da Igreja vide, por todos, Vasco Pereira da Silva, «O património cultural da Igreja», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, pp. 475 e ss.

³⁴ Sobre as modificações impostas, entre nós, pelo regime concordatário vide, por todos, Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 916. O autor refere que ao regime de domínio público existente sobre esses bens antes da Concordata, sucedeu, por força daquela, um regime de domínio sacro. A revisão da Concordata poderá trazer algumas alterações ao regime jurídico dos bens que integram o património cultural, especialmente se tivermos em consideração que está hoje em crise a concepção proprietarista, a qual é particularmente notória na actual redacção daquele documento. Sobre a regulação, em geral, dos bens culturais que integram o património da Igreja vide, por todos, Antonio Martinez Blanco, «La conservación del patrimonio artístico eclesiástico», ob. cit., pp. 429-474.

³⁵ Sobre a classificação do direito do património cultural como um ramo de direito público integrado por direito constitucional e direito administrativo e as suas relações com ramos de direito próximos, vide Casalta Nabais, «Noção e Âmbito do Direito do Património Cultural», ob. cit., pp. 25 e ss.

³⁶ Entre os autores que defendem uma aceção ampla de meio ambiente destaca-se M. S. Giannini “*que entende que o meio ambiente tem uma tripla dimensão, a relacionada com o conceito de paisagem, onde se incluem tanto o património natural como o património cultural; a relativa à defesa do solo, do ar e da água; e a que está subjacente nas normas urbanísticas*”, in Ortega Álvarez (coord.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 3.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 47.

³⁷ Sobre o princípio da prevenção vide Gomes Canotilho, *Direito Público do Ambiente*, Lições policopiadas do curso de pós-graduação promovido pelo CEDOUA no ano de 1995/1996, José Eduardo Figueiredo Dias, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Cadernos Cedoua, Almedina, Coimbra, 2001, p. 17 e ss. e Ortega Álvarez (coord.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, ob. cit., p. 52.

³⁸ Alves Correia, «Propriedade de bens culturais — restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, pp. 413 e ss.

³⁹ Alves Correia referia-se aos “*planos de salvaguarda do património cultural*” consagrados na anterior lei do património cultural como planos especiais de ordenamento do território — cf. «Propriedade de bens culturais — restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, p. 415 —, todavia, com a aprovação da Lei n.º 48/98, esta classificação deixa de ser possível, por força do princípio da tipicidade. Assim, na senda do que refere o legislador no art. 53º/2 da Lei do Património Cultural e de acordo com os diplomas que regulam actualmente os instrumentos de gestão territorial, entendemos que será mais correcto integrar estes instrumentos no âmbito dos planos sectoriais. Recorde-se que igual modificação (de classificação) teve lugar com outros instrumentos — “de índole especial” como a Reserva Agrícola Nacional (RAN) e a Reserva Ecológica Nacional (REN).

⁴⁰ Sobre a necessidade de uma planificação territorial de âmbito superior ao municipal em matéria de defesa do património cultural, em especial o papel dos planos globais e dos planos especiais e, no caso espanhol, da necessária articulação entre planos especiais e regime de utilização do solo e ordenação urbana vide, por todos, Maria del Rosario Alonso Ibañez, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, ob. cit., pp. 120 e ss.

⁴¹ O Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 17 de Junho de 1985, posteriormente modificada pela Directiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março de 1997. Não nos cabe abordar aqui questões específicas relativas a este instituto jurídico, tais como a sua natureza jurídica (procedimento específico e autónomo ou pré-procedimento de apoio ao procedimento licenciador) ou a natureza jurídica da declaração de impacte ambiental, razão pela qual nos limitamos a indicar alguma bibliografia nacional sobre o tema: Colaço Antunes, *O procedimento administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, Almedina, Coimbra, 1998; Maria da Glória Dias Garcia, «Arguição da dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas do mestre Luís Filipe Colaço Antunes», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIX, n.º 2, pp. 839 e ss. José Eduardo Figueiredo Dias/Maria Alexandra Aragão/Maria Ana Rolla, *Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal*, Cedoua, Almedina, Coimbra, 2002.

⁴² Figueiredo Dias/Maria Alexandra Aragão/Maria Ana Rolla, *Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal*, ob. cit., p. 30 dos comentários.

⁴³ A referência que o Decreto-Lei n.º 69/2000 faz para a anterior lei do património cultural, entretanto revogada, deve entender-se feita para a LPC actualmente em vigor.

⁴⁴ Concordamos assim em grande medida com os autores que criticam o carácter demasiado restritivo do conceito de *áreas sensíveis*, embora entendamos que é possível através de uma leitura sistemática do preceito extrair soluções razoáveis segundo o nosso sistema normativo, colmatadoras de algumas lacunas por eles apontadas. Cf. Figueiredo Dias/Maria Alexandra Aragão/Maria Ana Rolla, *Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal*, ob. cit., p. 24 dos comentários.

⁴⁵ Sobre a fiscalização das decisões discricionárias da administração em matéria de ambiente, nomeadamente quanto à concepção dos princípios jurídico-constitucionais ambientais como “*autónomos critérios decisórios*”, vide Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor de Direito*, ob. cit., p. 81.

⁴⁶ Merecem aqui especial referência as *pousadas*. Inicialmente concebidas como estabelecimentos hoteleiros do Estado (cf. Decreto-Lei n.º 31 259, de 9 de Maio de 1941, e Decreto-Lei n.º 49 399, de 24 de Novembro de 1969), a classificação das *pousadas* foi posteriormente redefinida pelo Decreto-Lei n.º 207/84, de 25 de Junho, o qual distinguia entre as *pousadas* instaladas em imóveis classificados como monumentos nacionais ou de interesse público, o que seria a regra, e as instaladas em edifícios com limitada capacidade de alojamento que obedecessem, quer em traça arquitectónica, quer em materiais utilizados, às características locais e se situassem fora de zonas turísticas dotadas de suficiente apoio hoteleiro. As *pousadas* passaram a ser exploradas directamente pela ENATUR ou sob sua responsabilidade. A ENATUR – Empresa Nacional de Turismo, E. P., foi criada em 1976, pelo Decreto-Lei n.º 662/76, de 4 de Agosto, como empresa pública destinada a gerir as participações do Estado no capital das empresas do sector turístico e a dinamizar a exploração dos empreendimentos turístico-hoteleiros sob intervenção governamental. Em 1992, o Decreto-Lei n.º 151/92, de 21 de Julho, alterou a natureza jurídica da ENATUR, que assim deixou de ser empresa pública, convertendo-se em pessoa colectiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, assumindo a denominação de ENATUR – Empresa Nacional de Turismo S. A. Assim, não deixa de ser interessante realçar que até à presente data tem sido o Estado, através da ENATUR, a explorar a rede de *Pousadas Nacionais*, o maior conjunto de estabelecimentos hoteleiros de turismo temático existente no nosso País. Esta situação será, todavia, alterada em breve, pois a Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2003, de 14 de Maio último, dá conta da intenção do Estado em alienar uma parte do capital da ENATUR e celebrar com uma entidade privada um contrato de cessão de exploração da rede de *Pousadas Nacionais*, podendo ambas situações (accionista da ENATUR e cessionário da exploração da rede de *pousadas*) confluír na mesma pessoa.

⁴⁷ Cabe referir aqui a possibilidade de celebração de *contratos-programa* de natureza sectorial ou pluri-sectorial no âmbito da cooperação técnica e financeira entre a Administração central e um ou mais municípios, associações de municípios, empresas concessionárias destes e empresas de capitais maioritariamente públicos em que os municípios tenham participações sociais e que exerçam a sua actividade num dos domínios sectoriais referidos na lei, no caso que nos interessa será no cultural. De facto, os *contratos-programa* foram criados pelo Decreto-Lei n.º 384/87, de 24 de Dezembro (diploma cuja redacção foi actualizada pelo Decreto-Lei n.º 157/90, de 17 de Maio, e pelo Decreto-Lei n.º 319/2001, de 10 de Dezembro), como instrumentos de cooperação técnica e financeira entre o Governo e as autarquias locais, tendo como objecto a realização de investimentos em áreas específicas, entre as quais se inclui a cultural [cf. art. 3.º/e]. A Lei n.º 94/2001, de 20 de Agosto, que introduziu alterações na

Lei n.º 42/98, de 6 de Agosto (Lei das Finanças Locais), previa que o Governo, através de Decreto-Lei, aprovasse normas específicas sobre a cooperação técnica e financeira entre Administração estadual e autarquias locais, normas que até à data não foram ainda aprovadas, tendo o legislador limitado a sua intervenção às alterações introduzidas no diploma sobre os contratos-programa, alargando o seu âmbito de aplicação às empresas de capitais maioritariamente públicos que preencham os requisitos referidos anteriormente. Em sentido favorável à aplicação dos contratos-programa como instrumentos de apoio financeiro do Estado em matéria de protecção do património cultural, vide Casalta Nabais, *Instrumentos Jurídicos e Financeiros de Protecção do Património Cultural*, CEFA, Coimbra, 1997-1998, p. 90.

⁴⁸ Cf. Marie Cornu, *Le droit culturel des biens*, ob. cit., pp. 443 e ss. Ainda sobre os incentivos fiscais vide Pierre-Laurant Frier, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, Paris, 1997, pp. 137-156 e pp. 289-306.

⁴⁹ Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 409.

⁵⁰ Casalta Nabais, «O regime fiscal das fundações», *Ciência e Técnica Fiscal*, Abril-Junho, 2002, pp. 132-133.

⁵¹ Saldanha Sanches, «Direito Fiscal e património cultural», *Direito do Património Cultural*, INA, 1996, p. 360.

⁵² De sublinhar que o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 74/99, de 16 de Março (diploma que aprovou o Estatuto do Mecenato), estipula que apenas têm relevância fiscal os donativos em dinheiro ou em espécie concedidos sem contrapartidas que configurem obrigações de carácter pecuniário ou comercial às entidades públicas ou privadas nele previstas, cuja actividade consista predominantemente na realização de iniciativas nas áreas social, cultural, ambiental, científica ou tecnológica, desportiva e educacional.

⁵³ Saldanha Sanches refere-se a este tipo de despesas como “*despesas de prestígio*”, as quais são muitas vezes difíceis de justificar como custos, se comparadas com despesas de publicidade, pois enquadram-se numa concepção mais avançada de promoção da imagem da empresa, nem sempre aceite pela Administração Fiscal, in «Direito Fiscal e Património Cultural», ob. cit., p. 360.

⁵⁴ Maria del Rosario Alonso Ibañez, *El patrimonio histórico. Destino Público e valor cultural*, ob. cit., pp. 423 e ss.

⁵⁵ Não nos referiremos à isenção de emolumentos notariais e registrais prevista no art. 98.º da LPC, uma vez que não temos certeza do alcance e da verdadeira aplicabilidade deste preceito, na medida em que à isenção geral consagrada no n.º 1 do referido artigo, são depois excepcionados, pelo n.º 2 do mesmo artigo, os emolumentos pessoais e as importâncias devidas a notários e conservadores que intervenham no acto.

⁵⁶ Criado pelo Decreto-Lei n.º 197/92, de 22 de Setembro, e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/96, de 31 de Julho, e pelo Decreto-Lei n.º 329-C/2000, de 22 de Dezembro.

⁵⁷ Criado pelo Decreto-Lei n.º 105/96, de 31 de Julho.

⁵⁸ Criado pelo Decreto-Lei n.º 106/96, de 31 de Julho.

⁵⁹ Criado pelo Decreto-Lei n.º 7/99, de 8 de Janeiro, e actualmente regulado pelo Decreto-Lei n.º 39/2001, de 9 de Fevereiro, na redacção que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 25/2002, de 11 de Fevereiro.

⁶⁰ Cf. <http://www.unesco.web.pt> (7 de Janeiro de 2003).

⁶¹ Aprovado pela Portaria n.º 1214-B/2000, de 27 de Dezembro.

⁶² Aprovado pelo Despacho Normativo n.º 24/2002, de 18 de Abril.

⁶³ Leisner, *Denkmalgerechte Nutzung*, ob. cit., p. 95.

⁶⁴ Leisner, *Denkmalgerechte Nutzung*, ob. cit., p. 99.

⁶⁵ Josep Ballart, *El patrimonio histórico y arqueológico: valor e uso*, Ariel, Barcelona, 1997 (em especial pp. 222 e ss.).



Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

STA Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Processo: 0142/02

Data do Acórdão: 20/06/2002

Tribunal: 1.^a Subsecção do CA

Relator: Pais Borges

Descritores: Responsabilidade por Acto Lícito.

Causa de Pedir.

Pedido de Informação.

Anteprojecto.

Sumário:

I — Tendo a acção proposta, tal como é configurada pelos Autores na petição inicial, sido estruturada, na sua *causa petendi*, em termos de responsabilidade civil extracontratual por facto lícito praticado pelo Réu, não tem qualquer apoio legal a pretensão impugnatória dos Autores na parte em que pretendem censurar a sentença recorrida através da invocação de uma responsabilidade civil do R. fundada em facto ilícito culposamente praticado pelos respectivos órgãos.

II — Tal pretensão, por enquadrar uma questão nova não sujeita a decisão do tribunal a quo, e que não é de conhecimento oficioso, não pode constituir matéria de apreciação no recurso jurisdicional.

III — São pressupostos fundamentais da responsabilidade civil extracontratual prevista no art. 9.^o do DL n.^o 48 051, de 21.11.67: (i) um acto lícito do Estado ou de outra pessoa colectiva pública; (ii) praticado por motivo de interesse público; (iii) um prejuízo especial e anormal; (iv) nexo de causalidade entre o acto e o prejuízo.

IV — Embora a deliberação camarária sobre o pedido de informação prévia seja “constitutiva de direitos” (art. 12.^o, n.^o 3, do DL n.^o 445/91), o conteúdo da mesma só é vinculativo para um eventual pedido de licenciamento, desde que este seja apresentado dentro do prazo de um ano relativamente à data da sua comunicação ao requerente (art. 13.^o).

V — A apresentação de um anteprojecto de obras não pode ser considerado, formal e tecnicamente, como um pedido de licenciamento, o qual obedece às prescrições contidas no art. 14.^o do referido diploma, e é necessariamente instruído, entre outros elementos, com o projecto de arquitectura, incluindo memória descritiva, plantas, cortes, alçadas e pormenores de execução (art. 15.^o).

N.^o Convencional: JSTA00057797

N.^o do Documento: SA1200206200142

Data de Entrada: 30/01/2002

Recorrente: A... E OUTRO

Recorrido 1: Município do Funchal

Votação: Unanimidade

Meio Processual: Rec. Jurisdicional.

Objecto: SENT TAC LISBOA.

Decisão: Nega Provimto.

Área Temática 1: DIR URB.DIR ADM CONT — Responsabilidade Extra.

Legislação Nacional: DL 48 051, de 1967/11/21

ART9.DL 445/91 de 1991/11/20

ART12 N3 ART14 ART15.LAL84 ART90.

Jurisprudência Nacional: AC STAPLENO DE 1995/01/26 PROC27487.

Texto Integral:

Acordam, em conferência, na Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo:

(Relatório)

I. A... e “B... Lda”, ids. nos autos, intentaram no Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa (depois remetida, por força do DL n.º 301-A/99, de 5 de Agosto, ao Tribunal Administrativo e Tributário do Círculo do Funchal), acção de responsabilidade civil extracontratual contra o MUNICÍPIO DO FUNCHAL, por actos de gestão pública praticados pelo R., traduzidos na aprovação de deliberações que alteraram condicionamentos urbanísticos atribuídos, impondo novos condicionamentos relativamente ao prédio de sua propriedade sito na Rua..., n.º..., na freguesia da Sé, na cidade do Funchal, pedindo a condenação do R. no pagamento de uma indemnização no valor de 133.274.672\$, montante dos prejuízos que lhes foram provocados pelas ditas deliberações camarárias.

Por sentença do Tribunal Administrativo e Tributário do Círculo do Funchal, de 18.10.2001 (fls. 183 e ss.), foi a acção julgada improcedente, e o R. absolvido do pedido.

É desta decisão que vem interposto o presente recurso jurisdicional, em cuja alegação os recorrentes formulam as seguintes

CONCLUSÕES

I. A informação prévia em processo de licenciamento de obras particulares desde que positiva, constitui um direito ao particular requerente (artigo 12.º, n.º 3, do RJLMOP) e um dever de vinculação da administração autárquica (artigo 13.º do RJLMOP), durante o prazo de um ano.

II. Não é condição de validade para que o direito constituído na esfera jurídica do particular requerente se possa juridicamente defender, a apresentação no prazo de um ano do projecto de arquitectura no procedimento de licenciamento, como é defendido pela sentença do Tribunal de 1.ª instância. Pelo contrário, a informação prévia é que é condicionante para os serviços da administração autárquica na apreciação dos projectos de arquitectura.

III. A sentença do Tribunal Administrativo de Círculo do Funchal, ao ter declarado improcedente o pedido dos agravantes, não atendeu à revogação administrativa que a Câmara Municipal do Município do Funchal fez ao ter alterado os condicionamentos urbanísticos definidos na informação prévia de Fevereiro de 1997 antes de ter feito um ano após a sua comunicação.

IV. A revogação administrativa em causa viola o disposto no artigo 140.º do CPA e constitui o Município do Funchal responsável, nos termos do n.º 1 do artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, na altura em vigor, e hoje reproduzido no artigo 96.º, n.º 1, da Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro. Termos em que a sentença... deve ser revogada e em consequência serem declarados procedentes os pedidos dos Agravantes.

II. Contra-alegou o R. Município do Funchal, formulando as seguintes conclusões:

1.ª O acto consubstanciado numa informação prévia vincula a entidade emitente (no caso, a CMF) ao seu conteúdo se lhe for posteriormente dirigido um pedido de licenciamento; essa vinculação não origina qualquer outro efeito de direito.

2.ª O anteprojecto apresentado pelos Recorrentes em 03/11/97 mais não foi que um segundo pedido de informação prévia, sobre uma propriedade que já havia sido objecto de um outro pedido e de uma outra informação prévia anterior (04/02/97).

3.ª Ao fazer um novo pedido de informação prévia, os Recorrentes não podem arrogar-se a titularidade de qualquer direito subjectivo constituído ao abrigo da anterior informação.

4.ª Ao apresentar novo pedido de informação prévia, os Recorrentes desvincularam a CMF da informação por esta prestada em Fevereiro de 1997, uma vez que, desde aquela data e até este novo pedido, não houve qualquer pedido de licenciamento.

5.ª Não se está, pois, perante uma revogação de acto, constitutivo de direito, antes tendo havido dois pedidos de informação e duas informações diferentes no seu conteúdo, em razão da alteração dos condicionalismos legais em vigor.

6.ª Tendo havido alterações na ordem jurídica, nomeadamente as decorrentes da entrada em vigor do novo PDM, a CMF não teve outra alternativa senão alterar a sua posição relativamente à sua informação prévia anterior, informando os Recorrentes de algumas alterações que deveriam ser feitas

ao anteprojecto apresentado, no sentido da sua conformidade com a legislação agora aplicável.

7.^a Desde então até a esta parte, não foi apresentado nenhum pedido de licenciamento para a propriedade em questão.

8.^a Nenhuma das actuações da CMF foi ilícita, pois que a vinculação a que ficara sujeita pela primeira das informações prévias dada aos Recorrentes apenas teria tido efeitos no caso de ter sido requerido o licenciamento no prazo de um ano a contar de 06/02/97 — o que nunca veio a acontecer.

9.^a Ao contrário do que os Recorrentes pretendem, a informação prestada em 05/12/97 não viola de forma alguma o art. 140.º do CPA por poder considerar-se como constitutiva de direitos referentes ao licenciamento de obras, só assim seria se tivesse sido apresentado atempadamente qualquer pedido de licenciamento, o que não aconteceu.

10.^a Os Recorrentes tiveram oportunidade para atacar o acto alegadamente inválido e não o fizeram, pelo que, mesmo que tenham tido prejuízos, só eles podem ser considerados responsáveis pelos seus próprios prejuízos.

11.^a É que, se é certo que o art. 7.º do DL 48 051, de 21 de Novembro de 1967, não faz depender o direito à indemnização por acto ilícito da interposição do respectivo recurso contencioso, não é menos certo que o direito à reparação só subsiste se não se puder imputar o prejuízo ocorrido à falta de interposição de recurso contencioso.

12.^a Os Recorrentes não sofreram, aliás, prejuízo algum, quer para efeitos de responsabilidade por acto ilícito (nos termos do art. 9.º do DL 48 501), quer para efeitos de responsabilidade para acto lícito.

13.^a Tão pouco existe nexo de causalidade adequada entre a conduta da CMF e o alegado prejuízo dos Recorrentes, prejuízo esse, a ter existido, se deveria unicamente ao facto de estes terem apresentado um anteprojecto de obras, em vez de apresentarem um pedido de licenciamento de obras, o que determina efeitos de direito completamente diferentes, nomeadamente ao nível da eventual vinculação à informação concedida anteriormente.

14.^a Bem andou, pois, a sentença sub judice, que não merece qualquer reparo, tendo feito correctas interpretação e aplicação da lei.

III. O Ex.^{mo} Magistrado do Ministério Público neste Supremo Tribunal emitiu o seguinte parecer:

“O presente recurso jurisdicional vem interposto de sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Funchal, que julgou improcedente o pedido formulado pelos AA com fundamento em responsabilidade civil extracontratual por actuação legal do R. Município do Funchal, de que advieram prejuízos aos AA ora recorrentes.

Alegam os recorrentes que a sentença recorrida, ao considerar caducados os “direitos de edificabilidade” constituídos ao abrigo do art 12.º, n.º 3, do DL 445/91, de 20.11, por não ter sido apresentado projecto definitivo para licenciamento de obra particular, com a conseqüente conclusão que se não mostravam verificados direitos tuteláveis juridicamente, se mostra afectada de erro que conduz à sua revogação e à sua substituição por outra que condene o R, nomeadamente, no pedido de pagamento de indemnização por prejuízos causados aos AA.

Em causa no presente recurso está assim a questão de saber se, em face da factualidade apurada, os AA eram titulares do direito ao licenciamento de obras que se arrogam, com o conseqüente direito a indemnização pelo facto de o R ter posteriormente alterado a sua posição a respeito da potencialidade urbanística do prédio dos AA.

Pensamos que aos recorrentes nenhuma razão assiste, porquanto, como se concluiu na decisão recorrida, pelos AA nunca foi apresentado pedido de licenciamento, nomeadamente no prazo previsto no art. 13.º do DL 445/91 (o requerimento apresentado em 03.11.97 não comporta esse sentido porquanto foi apresentado para efeitos de emissão de informação prévia nos termos do disposto no art. 10.º do DL 445/91, como do seu teor resulta — vide processo apenso), pelo que caducou o direito que, pelo despacho comunicado em 06.02.97, se havia constituído na esfera jurídica dos AA ao abrigo do disposto no n.º 3 do art. 12.º do mesmo diploma.

Deste modo, não dispondo os AA de qualquer direito ou interesse juridicamente tutelado, a sua pretensão não poderá proceder por ausência dos pressupostos de aplicação do disposto nos arts 22.º da CRP e 9.º, n.º 1, do DL 48 051, de 21.11.67, ao abrigo dos quais é formulada.

Nestes termos, não nos merecendo reparo a decisão recorrida, somos de parecer que o recurso não merece provimento.

**Colhidos os vistos, cumpre decidir.

(Fundamentação)**OS FACTOS**

A sentença impugnada considerou provados os seguintes factos relevantes:

1 — A Autora empresa é dona e possuidora do prédio denominado “...” sito à R..., n.º..., freguesia da Sé, Funchal, descrito sob o n.º 00201/080791, com inscrição a seu favor datada de 29-7-1997 na Conservatória do Registo Predial do Funchal.

2 — O prédio veio à propriedade da Autora por compra feita ao Autor.

3 — Está inscrito sob o art. 1236 da matriz predial urbana da Sé.

4 — A actual composição do prédio resulta de sucessivas desanexações do prédio descrito sob o n.º 30988 a fls. 44 do Livro B-86 da mesma Conservatória, que ficava situado entre a R... a norte, a R... e a... a sul, herdeiros de..., ... e... a leste, e o bifurcamento entre aquelas ruas e... a oeste.

5 — O primitivo prédio tinha 5070 m² dos quais se desanexou uma parcela a sul, entre a R. ... e a ..., com cerca de 3840 m², que foi alienada a terceiros, restando para os proprietários uma área de 1219 m².

6 — Do prédio agora circunscrito aos 1219 m², uma parcela com 498 m² foi sujeita a expropriação por utilidade pública por Resolução do Governo Regional da Madeira publicada no DR-II n.º 112, de 16-5-1983.

7 — A declaração de utilidade pública e subsequente expropriação teve por finalidade o alargamento do gaveto entre a R... e a R..., que foi realizado pelo R.

8 — A área efectivamente expropriada foi superior, medindo a área restante 554 m².

9 — Face à declaração de utilidade pública, o R, representado pela Câmara Municipal do Funchal, estabeleceu negociações com o proprietário de então, ora Autor, de forma a ser realizado um acordo que satisfizesse ambas as partes.

10 — As negociações para aquela expropriação foram levadas a cabo pelo Autor, Janeiro-Fevereiro de 1983, com o então Presidente da Câmara Municipal do Funchal Sr... e com o sr. Presidente do Governo Regional.

11 — Por entendimento consensual e verbal foi referido que, em vez da indemnização a que tinha direito em consequência da expropriação, o Autor cederia a parcela referida e a Câmara Municipal do Funchal atenderia à área expropriada quando fosse apresentado um pedido de licenciamento de obras particulares pelo Autor para o prédio de sua propriedade, de forma a que aquela parcela, utilizada para o alargamento do gaveto, fosse acrescida à área sobrance para cálculo da potencialidade de construção urbana.

12 — O acordo foi estabelecido entre o Autor e o Presidente da Câmara Municipal do Funchal de então, em Janeiro-Fevereiro de 1983, data em que foi expropriada a parcela de terreno.

13 — A área utilizada e expropriada para implantação da via pública e da paragem de autocarros foi de 665 m² (área acrescida à actual e restante do prédio de 554 m², totalizando 1219 m²), para efeitos de concessão de índice de construção.

14 — O acordo permitiria que o A proprietário não fosse prejudicado na área de construção que resolvesse edificar no seu prédio pelo facto de ter sido expropriado na medida em que o licenciamento contabilizaria esta parcela no cálculo daquela área.

15 — A Câmara Municipal do Funchal, por ofício n.º 5623, de 31-7-1995, notificou o A de que os condicionamentos do referido prédio eram

«Índice de ocupação: 1,2

n.º máximo de pisos permitidos: 12

tipo de utilização: edifício e instalações hoteleiras, habitação e comércio».

16 — Em documento interno da Câmara Municipal do Funchal (do Departamento de Urbanismo, dirigido pela Divisão de Gestão Urbanística ao Director do Departamento) consta:

«data: 26-7-95

assunto: condicionamentos

O requerente pretende saber quais os condicionamentos aplicáveis a um terreno expropriado na zona turística R. Assim temos....

P.S. — para contabilizar a área é considerada a área expropriada».

17 - Em 31-1-1997, a mulher do Autor requereu à Câmara Municipal do Funchal a renovação dos condicionamentos, requerimento que mereceu o seguinte despacho do Director do Urbanismo, por delegação do Presidente da Câmara Municipal do Funchal, comunicado por ofício nº 980 de 6-2-97: «Ao abrigo do PDM, os condicionamentos são os seguintes:

zona turística de alta densidade:

1. *cércea máxima — 30 m*

2. *índice implantação — 0,30*

3. *índice construção máximo — 1,5».*

18 - Em 27-2-1997, a Assembleia Municipal do Funchal aprovou o novo PDM, ratificado pela Resolução do Governo 887/97, publicado no JORAM II série n.º 151 de 8-8-1997.

19 - Com base nos novos condicionamentos referidos em 11, os AA. negociaram a venda do referido prédio, tendo obtido intenções de aquisição do prédio pelo preço de 220.000.000\$00 esc..

20 - Com base na aprovação do estudo prévio, os AA. estabeleceram negociações com o R. relativamente a todo o prédio da Autora com a área restante de 554 m², tendo este encomendado um anteprojecto e tendo sido efectuadas despesas com vista à legalização do imóvel.

21 - O Autor apresentou então à Câmara Municipal do Funchal, a 3-11-97, um anteprojecto de construção de uma unidade hoteleira no prédio.

22 - A memória descritiva desse anteprojecto apontava para uma área bruta de construção de 4192 m², distribuídos por 10 andares, sendo 4 caves e 6 acima da soleira, sendo a área líquida de construção de 1912 m², representando um índice de 1,56.

23 - Através do Doc. n.º 14 da petição inicial vê-se a memória descritiva — localização do edifício, que aqui dou por reproduzido.

24 — Em resposta, a Câmara Municipal do Funchal, por ofício n.º 9937, de 5-12-1997, informou o requerente do despacho do Director do Departamento de Urbanismo, que determina a revisão do anteprojecto nos seguintes pontos:

«1 — *índice de ocupação máximo — 1*

2 — *percentagem de ocupação do solo — 30%*

3 — *n.º máximo de pisos — 6*

4 — *cércea máxima — 19 metros».*

25 — Refere ainda ali que estes últimos parâmetros estão sujeitos à limitação resultante do índice de construção e de ocupação do solo.

26 — A 3-2-1998, a Câmara Municipal do Funchal informou o Autor que, em resultado da deliberação tomada na reunião de 29-1-98,

« — *mantém os condicionamentos anteriormente referidos*

— *exige afastamentos regulamentares de 5 metros aos arruamentos e a metade da medição da cércea construída às restantes partilhas com o mínimo de 3 metros*

— *circunscreve os condicionamentos conferidos à área disponível».*

27 — A Câmara Municipal do Funchal, em resposta a requerimento dirigido pelo Autor, deliberou em reunião de 23-4-98 que «*deve apresentar projecto cumprindo o PDM para o local:*

— *índice de construção — 1 aplicado aos 721 m² de terreno; ...».*

28 — O comprador interessado,..., encomendou ao desenhador... um anteprojecto de uma unidade hoteleira, que veio a ser apresentado à Câmara Municipal do Funchal em 3-11-97, sendo que, no caso de ser deferido o projecto elaborado de acordo com os condicionamentos da Câmara Municipal do Funchal de 6-2-97, o comprador fecharia o negócio.

29 — Da alteração da edificabilidade do prédio resultou que:

— quando era possível edificar 1829 m² de área de construção líquida, o preço que foi oferecido pelo prédio era de 220.000.000\$, ou seja, 120.284\$ ao m²,

— a alteração decidida pela Câmara Municipal do Funchal significou uma redução, na medida em o prédio só pode edificar até 721 m², ou seja, menos 1108 m² de construção líquida,

— ao preço acima referido, o corte que resultou da deliberação da Câmara Municipal do Funchal tem o valor de 133.274.672\$, resultado do produto dos 1108 m² por 120.284\$/m².

30 — Em frente do prédio do Autor, a Câmara Municipal do Funchal autorizou a construção de um prédio com os condicionamentos da alta densidade e sem os afastamentos que exigiu ao A no condicionamento de Abril de 1998.

31 — Os AA. não apresentaram o projecto definitivo para o terreno em causa.

O DIREITO

O presente recurso jurisdicional tem por objecto a sentença de fls. 183 e ss., que julgou improcedente a acção ordinária intentada contra o Município do Funchal, por actos de gestão pública praticados pelo R., traduzidos na aprovação de deliberações que alteraram condicionamentos urbanísticos atribuídos, impondo novos condicionamentos relativamente a um prédio pertencente aos Autores, pedindo estes a condenação do R. no pagamento de uma indemnização no valor de 133.274.672\$, montante dos prejuízos que dizem ter-lhes sido provocados pelas ditas deliberações camarárias. A acção proposta, nos termos em que é configurada pelos Autores na petição inicial, mostra-se estruturada, na sua *causa petendi*, em termos de responsabilidade civil extracontratual por facto lícito praticado pelo R.

Na verdade, de toda a petição inicial ressalta a invocação, pelos Autores, de prejuízos resultantes da “imposição, pelas citadas deliberações camarárias”, de novos condicionamentos relativos ao prédio em causa, “resultantes da aprovação do PDM do Funchal”, e que, contrariando informações prévias anteriores, “alteraram as potencialidades urbanísticas e o correspondente valor de mercado” do prédio dos Autores (vd. arts. 40.º, 41.º, 44.º e 54.º), invocando-se expressamente a existência de responsabilidade civil fundada no disposto no art. 9.º do DL n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, que trata da responsabilidade por “actos administrativos legais ou actos materiais lícitos” (arts. 42.º e 51.º e ss.), e concluindo-se por pedir a procedência da acção nos termos desse mesmo art. 9.º e do art. 12.º, n.º 3, do DL n.º 445/91, de 20 de Novembro.

E foi justamente à luz desse tipo de responsabilidade, única em que a petição se mostra fundamentada, que o pedido foi apreciado pela sentença sob recurso, tendo-se decidido pela sua improcedência por falta dos respectivos pressupostos — inexistência do direito invocado pelo A., em virtude de este não ter apresentado o pedido de licenciamento no prazo de um ano referido no art. 13.º do RLOP (DL n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção do DL n.º 250/94, de 15 de Outubro).

Não tem, pois, qualquer sentido ou apoio legal a pretensão impugnatória dos Autores, ora recorrentes, na parte em que pretendem censurar a sentença recorrida através da invocação de uma responsabilidade civil do R. fundada no art. 90.º do DL n.º 100/84, de 29 de Março, ou seja, “resultante de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos” (vd. n.º 34 do corpo da alegação).

Tal pretensão, por enquadrar uma questão nova não sujeita a decisão do tribunal *a quo*, e que não é de conhecimento oficioso, não pode constituir matéria de apreciação neste recurso jurisdicional (Ac. do Pleno de 26.01.95 – Rec. 27 487).

O âmbito de cognição do presente recurso, naturalmente delimitado pelas conclusões da alegação do recorrente (art. 690.º, n.º 1, do CPCivil) está, pois, confinado à sindicância dos erros de julgamento ou ilegalidades apontados à decisão sob recurso, dentro dos limites objectivos de apreciação atrás apontados, ou seja, com referência à apreciação feita pelo tribunal a quo da existência ou inexistência, na situação concreta dos autos, de responsabilidade civil por facto lícito.

Alegam os recorrentes, a esse propósito, que a sentença impugnada incorre em erro de julgamento ao considerar caducados os “direitos de edificabilidade” constituídos ao abrigo do art. 12.º, n.º 3, do DL n.º 445/91, isto é, resultantes da informação prévia dada pelos serviços camarários a 06.02.97, por não ter sido apresentado projecto definitivo para licenciamento de obra particular, com a consequente conclusão de que se não mostravam verificados direitos juridicamente tuteláveis, de cuja violação pudesse resultar a aludida responsabilidade.

Sustentam, para tanto, que “não é condição de validade para que o direito constituído na esfera jurídica do particular requerente se possa juridicamente defender, a apresentação no prazo de um ano do projecto de arquitectura no procedimento de licenciamento”, como é defendido pela sentença impugnada, mas que, “pelo contrário, a informação prévia é que é condicionante para os serviços da administração autárquica na apreciação dos projectos de arquitectura”.

Não assiste aos recorrentes qualquer razão.

O art. 9.º do DL n.º 48 051, de 21.11.67, que prevê a responsabilidade extra contratual da administração por factos lícitos dispõe:

“O Estado e demais pessoas colectivas públicas indemnizarão os particulares a quem, no interesse geral, mediante actos administrativos legais ou actos materiais lícitos, tenham imposto encargos ou causado prejuízos especiais e anormais.”

São, pois, pressupostos fundamentais deste tipo de responsabilidade: (i) um acto lícito do Estado ou de outra pessoa colectiva pública; (ii) praticado por motivo de interesse público; (iii) um prejuízo especial e anormal; (iv) nexó de causalidade entre o acto e o prejuízo.

Vejamos então.

O “pedido de informação prévia” foi consagrado, na estrutura do processo de licenciamento, pelo DL n.º 445/91, de 20 de Novembro, com o objectivo de permitir “*diminuir os riscos e minimizar os custos do projecto*” (preâmbulo), conferindo ao particular uma definição prévia dos limites de conformação normativa do seu direito de edificação e dos respectivos condicionamentos.

Nos termos do art. 10.º daquele diploma, na redacção do DL n.º 250/94, de 15 de Outubro, “qualquer interessado pode requerer à câmara municipal informação sobre a possibilidade de realizar determinada obra sujeita a licenciamento municipal e respectivos condicionamentos urbanísticos, nomeadamente relativos a infra-estruturas, servidões administrativas e restrições de utilidade pública, índices urbanísticos, cêrceas, afastamentos e demais condicionamentos que inpendam sobre a utilização do lote, do terreno, do edifício ou da fracção autónoma”.

E, embora a deliberação camarária sobre o pedido de informação prévia seja “constitutiva de direitos” (art. 12.º, n.º 3), o certo é que a mesma tem, por razões óbvias de natureza procedimental (trata-se de uma informação prévia do licenciamento *proprio sensu*), uma validade limitada, estabelecendo-se no art. 13.º que “o conteúdo da informação prévia prestada pela câmara municipal é vinculativo para um eventual pedido de licenciamento, desde que este seja apresentado dentro do prazo de um ano relativamente à data da sua comunicação ao requerente”.

Ressalta deste último preceito um vincado cunho de funcionalidade ou instrumentalidade do instituto em causa (conteúdo “vinculativo **para um eventual pedido de licenciamento**”), reforçado pela sua validade temporal (“desde que este seja apresentado dentro do prazo de um ano relativamente à data da sua comunicação ao requerente”).

Na situação dos autos, verifica-se que os Autores, ora recorrentes, apresentaram à Câmara Municipal do Funchal, em 31.01.97, um pedido de renovação e informação de condicionamentos relativos ao seu prédio, que constitui um pedido de informação prévia, tendo-lhes sido comunicado, por ofício de 06.02.97, o teor do despacho proferido pelo Director do Departamento de Urbanismo, contendo os condicionamentos legais impostos, transcrito no ponto 17 da matéria de facto (vd. doc. de fl. 45 do Pl).

Sucedo que, na sequência desta informação prévia, nenhum dos requerentes veio a apresentar, dentro do referido prazo (e mesmo até hoje), “pedido de licenciamento”, pelo que, como bem decidiu a sentença impugnada, teriam caducado os eventuais direitos constituídos com a informação prévia prestada pelos serviços camarários.

A argumentação dos recorrentes é a de que, ao apresentarem à Câmara Municipal do Funchal, em 03.11.97, um anteprojecto de construção de uma unidade hoteleira no prédio em causa (pontos 21 a 23 da matéria de facto), estariam a formalizar, dentro do referido prazo de 1 ano, um pedido de licenciamento, pelo que a informação (e posterior deliberação) que lhes foi prestada de novos condicionamentos (pontos 24 a 27 da matéria de facto) violaria direitos constituídos com a anterior informação prévia, nos termos do citado art. 12.º, n.º 3, do DL n.º 445/91, de 20 de Novembro, daí advindo a responsabilidade civil da Administração por facto lícito, prevista no citado art. 9.º do DL n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

Ora, é evidente que a apresentação de um anteprojecto de obra não pode ser considerado, formal e tecnicamente, como um pedido de licenciamento, o qual obedece às prescrições contidas no art. 14.º do referido diploma, e é necessariamente instruído, entre outros elementos, com o **projecto de arquitectura**, incluindo memória descritiva, plantas, cortes, alçadas e pormenores de execução (art. 15.º).

Um anteprojecto é, por natureza, um elemento precário ou provisório do procedimento de licenciamento, apresentado justamente para efeito de informação prévia dos serviços, e de sujeição às alterações por estes indicadas, na perspectiva de posterior apresentação do pedido de licenciamento, necessariamente acompanhado de um projecto de arquitectura.

A simples apresentação de um anteprojecto só podia, pois, ser entendida e tratada pelos serviços camarários como um novo pedido de informação prévia, ao qual aqueles serviços não podiam legalmente dar outra resposta que não fosse a informação dos novos condicionamentos impostos pela (entretanto ocorrida) aprovação do novo PDM do Funchal, e a indicação das revisões a que os requerentes deveriam proceder, nos termos do art. 12.º, n.º 2, do DL n.º 445/91.

Não tinham assim os Autores, ora recorrentes, qualquer direito constituído com a informação prévia anteriormente prestada, uma vez que não apresentaram, como se disse, no prazo de um ano previsto no art. 13.º do DL n.º 445/91, pedido de licenciamento.

Não há, pois, qualquer dano, causalmente adequado, provocado aos autores por um acto lícito da Administração, tornando-se assim desnecessário, tal como foi decidido, aferir da especialidade e anormalidade dos referidos prejuízos, requisito exigido no aludido art. 9.º do DL n.º 48 051.

A sentença impugnada, ao julgar improcedente a acção, fez correcta aplicação dos dispositivos legais referidos, improcedendo, em consequência, as alegações dos recorrentes.

(Decisão)

Com os fundamentos expostos, acordam em negar provimento ao recurso jurisdicional, confirmando a sentença recorrida.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 20 de Junho de 2002.

Pais Borges, Relator — Vítor Gomes — João Cordeiro.

Comentário

Anotação ao Acórdão do STA de 20.06.2002, Proc. 142/02, 1.^a Secção CA

O Acórdão em anotação pode considerar-se uma importante fonte de reflexão de algumas pertinentes questões no âmbito do direito do urbanismo, das quais destacamos a da natureza e efeitos jurídicos da informação prévia, a da sucessão de normas urbanísticas no tempo, em especial das normas dos instrumentos de planeamento territorial e dos efeitos decorrentes da respectiva alteração — que nos remete para a importante problemática das expropriações dos planos —, e, por fim, a questão dos acordos urbanísticos, em especial, os acordos que decorrem de procedimentos expropriativos.

Estas são as questões sobre as quais incidiremos a presente anotação.

1. O pedido de informação prévia: natureza jurídica, efeitos e algumas outras questões

Antes de mais queremos chamar a atenção para o facto de o Acórdão em anotação incidir sobre a questão da informação prévia tal como ela se encontrava regulada no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro. Esta matéria encontra-se hoje regulada no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro (com as alterações do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho), diploma que revogou aqueles Decretos-Leis ¹. Tendo em consideração que, não obstante algumas alterações introduzidas por estes últimos diplomas, o regime da informação prévia, pelo menos naquilo que especificamente está em causa no Acórdão aqui em análise, se mantém no essencial, faremos referência ao seu regime à luz do diploma actualmente em vigor ².

1.1. O caso discutido no Acórdão

a) Dos dados do caso concreto

Os dados relativos ao caso tratado no presente Acórdão podem traduzir-se graficamente do seguinte modo:

6.2.97	Informação prévia favorável a uma determinada “edificabilidade” num determinado terreno
27.2.97	Publicação do PDM do Funchal que altera (diminuindo) a “edificabilidade” reconhecida naquela informação prévia
3.11.97	Apresentação na câmara municipal de um anteprojecto relativo à obra que havia sido objecto de informação prévia. De notar que o pedido de apreciação do anteprojecto não foi considerado pedido de licenciamento da operação que havia sido objecto de informação prévia favorável, mas um novo pedido de informação prévia
5.12.97	Informação favorável mas cujas condições impõem uma “edificabilidade” menor do que a reconhecida na primeira informação prévia emitida

b) As teses do acórdão

Perante as circunstâncias indicadas, o presente Acórdão constrói as seguintes teses:

b1) uma informação prévia favorável a uma determinada operação urbanística só é constitutiva de direitos em relação a um pedido de licenciamento que se venha a formular com base nela e não relativamente a um novo pedido de informação prévia que o beneficiário da primeira decida vir formular novamente em relação ao mesmo terreno.

b2) o direito ao licenciamento decorrente da informação prévia só existe se o respectivo pedido for formulado dentro do prazo de um ano a contar da notificação da informação prévia.

b3) passado o prazo de um ano referido na alínea anterior sem que o pedido de licenciamento tenha sido formulado, não se pode dizer que tenha existido um direito decorrente da informação prévia favorável anteriormente emitida.

1.2. *Confirmação das teses defendidas face ao regime legalmente estabelecido para o pedido de informação prévia*

Nos termos da legislação actualmente em vigor relativa a esta matéria, é possível distinguir-se no domínio do direito do urbanismo, o *pedido de informação prévia* (artigos 14.º e ss. do Decreto-Lei n.º 555/99) do *direito à informação* (artigo 110.º do mesmo diploma legal). A distinção passa, desde logo, pela diferente natureza do pedido formulado: enquanto no direito à informação o requerente pretende saber quais as normas em vigor para uma determinada área ou se esta é abrangida por servidões administrativas, restrições de utilidade pública ou outras condicionantes ao uso dos solos, já no pedido informação prévia o requerente tem em vista uma *concreta pretensão urbanística*, servindo este pedido para que a Administração verifique *se tal pretensão pode ser deferida*, tendo em conta as normas urbanísticas em vigor. Trata-se, pois, de uma *faculdade* reconhecida a qualquer interessado de solicitar à câmara municipal informação sobre a possibilidade de realizar *certa operação urbanística* sujeita a controlo municipal, bem como os respectivos condicionamentos³. A informação prévia fornecida pela câmara municipal não é uma mera actuação de natureza declarativa mas um *verdadeiro acto administrativo* que se pronuncia (de forma prévia ou antecipada) sobre uma determinada operação urbanística. Trata-se de um acto prévio de natureza verificativa e sem carácter permissivo, na medida em que não é com base nele que o particular pode promover e executar a operação urbanística apreciada. Para tal, o particular terá de dar início a outro procedimento administrativo *tendente ao licenciamento da operação urbanística*, este sim, o acto que se pronuncia, de forma final e definitiva, sobre a operação urbanística, tendo, por isso, natureza permissiva⁴.

Como o próprio nome confirma, estamos perante um acto *prévio* a um acto de licenciamento. Neste sentido, o n.º 1 do artigo 17.º vem determinar expressamente que o conteúdo da informação prévia aprovada (entenda-se, da informação prévia favorável) vincula as entidades competentes “... *na decisão sobre um eventual pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística a que respeita...*” (o sublinhado é nosso). No entanto, tal efeito vinculativo apenas se verifica “... *desde que tal pedido seja apresentado no prazo de um ano a contar da data da notificação da mesma ao requerente*”, o que significa que a *não apresentação do pedido de licenciamento* (ou de autorização), ou melhor, a *sua não apresentação dentro do referido prazo* funcionam como condições resolutivas, isto é, factos que a verificarem-se implicam a perda dos efeitos vinculativos (e constitutivos de direitos) da informação emitida.

Com o que vimos de referir confirmam-se, sem quaisquer dúvidas, as teses nas quais se apoia a decisão proferida pelo STA avançadas no presente Acórdão. É, assim, ponto assente que se for apresentado um pedido de licenciamento ou autorização (e apenas estes) no prazo de um ano a contar da notificação da informação prévia, quando esta tenha sido favorável e válida, a câmara municipal, na decisão sobre o pedido de licenciamento ou de autorização, está vinculada a respeitar o conteúdo da informação prévia que prestou. Já o mesmo não se passa quando o pedido que se apresenta na sequência da informação prévia favorável for um novo pedido de informação prévia, como aconteceu no caso subjacente ao Acórdão em anotação.

1.3. Algumas questões suscitadas pela leitura do Acórdão

A leitura do presente Acórdão suscita-nos alguns comentários e coloca-nos algumas questões relativas ao pedido de informação prévia que, pensámos, devem ser objecto de reflexões mais aprofundadas. Vejamos quais são.

a) Qual o direito que a informação prévia favorável atribui ao respectivo beneficiário?

Em primeiro lugar, é conveniente esclarecer devidamente o sentido da afirmação de que a informação prévia favorável é *constitutiva de direitos*. A questão que aqui se coloca é a de saber qual o direito que a referida informação prévia constitui na esfera jurídica do respectivo beneficiário. Deve acentuar-se e esclarecer-se devidamente que a informação prévia favorável não atribui direitos de edificabilidade ou direitos a uma determinada edificabilidade ao seu beneficiário. Este apenas tem, por força da referida informação prévia, o *direito ao licenciamento* (ou à autorização) de um certo projecto se:

1) o projecto corresponder ao que foi apreciado no seio do procedimento de informação prévia; 2) o respectivo beneficiário tiver legitimidade (ou a tiver adquirido entretanto) para formular o referido pedido ⁵; 3) o pedido tiver sido formulado dentro do prazo de um ano.

Assim sendo, a informação prévia favorável dá o *direito à licença* (ou autorização) e esta é que, por sua vez, confere o *direito à edificabilidade* pretendida.

Apenas se tivermos bem presente esta diferença entre os dois actos quanto à natureza dos direitos que eles conferem é que podemos entender a afirmação que aparece a certa altura no texto do Acórdão de que a informação prévia dá direito a uma edificabilidade se o pedido de licenciamento for apresentado no prazo de um ano. Com efeito, se o pedido de licenciamento for feito dentro do prazo de um ano, o requerente tem direito à licença por força da informação prévia favorável, licença essa que, por sua vez, lhe confere a edificabilidade pretendida.

A atribuição da edificabilidade pela informação prévia é apenas indirecta, necessitando da intermediação do acto de licenciamento, razão pela qual aquela só pode ser entendida em função deste.

b) Qual o sentido e as consequências de se requerer uma nova informação prévia para um prédio sobre o qual está em vigor informação prévia favorável anteriormente emitida?

Como afirmámos antes, uma informação prévia emitida favoravelmente é um acto prévio a um licenciamento ou autorização, pelo que apenas é vinculativa perante um pedido formulado no âmbito de um procedimento tendente à prática destes actos. Já não é vinculativa, como se afirma no Acórdão em análise e, quanto a nós, muito bem, perante um novo pedido de informação prévia que se venha a formular sobre o mesmo terreno.

Contudo, esta situação — de se requerer sobre o mesmo terreno várias informações prévias —, suscita-nos uma série de dúvidas. Desde logo, a de saber se é de facto possível solicitar à câmara municipal que se pronuncie a título prévio sobre a viabilidade de licenciamento de várias operações urbanísticas ao mesmo tempo.

Esta possibilidade é hoje uma realidade face à admissão pela lei de a informação prévia ser requerida por qualquer interessado (mesmo que não tenha legitimidade para posteriormente apresentar o pedido de licenciamento ou de autorização). Com efeito, para além de outros inconvenientes, esta solução vem introduzir a possibilidade de “entrarem” e “correrem” simultaneamente na câmara municipal vários pedidos de informação prévia, eventualmente até para utilizações completamente distintas, que a câmara terá de deliberar (aumentando assim o volume de procedimentos administrativos aos quais tem de dar resposta), enquanto ao abrigo do regime anterior apenas era possível a apreciação, em cada momento, de um único pedido de informação prévia para o mesmo terreno — o pedido formulado por quem tivesse legitimidade (no caso mais típico, o proprietário).

Não obstante, mesmo à luz do regime anterior havia quem defendesse que o próprio proprietário não estava impedido de formular vários pedidos de informação prévia sobre o seu terreno. Quanto a nós, não nos parece que assim fosse ou que, perante a nova legislação entretanto entrada em vigor, assim seja. Com efeito, uma resposta negativa a esta questão parece-nos a solução óbvia se tivermos em consideração que o que caracteriza a figura da informação prévia é a necessidade de uma pronúncia por parte do órgão competente tendente a confirmar que a operação em causa tem viabilidade de ser *licenciada*, pronúncia essa que deverá ocorrer *antes* da formulação do *pedido de licenciamento* com a intenção de evitar, se esta vier a ser indeferida, perda de tempo e de dinheiro — por exemplo, na elaboração de um projecto de arquitectura com o pagamento dos respectivos honorários; no contacto e no assumir de compromissos com instituições bancárias no sentido de garantir crédito para a execução da respectiva operação, etc.⁶ A uma informação prévia favorável segue-se, pela lógica das coisas, o pedido de licenciamento do projecto correspondente. Isto significa que se após o pedido de informação prévia sobre a viabilidade de realização de uma determinada operação urbanística o seu requerente vem formular um novo pedido de informação prévia relativo a uma diferente operação urbanística, este novo pedido só pode ser interpretado como *desistência do anterior procedimento*. E no caso de o anterior procedimento já ter sido concluído com uma pronúncia favorável à operação urbanística em causa, o requerimento de novo pedido de informação prévia significará a *renúncia aos direitos* decorrentes da primeira informação emitida e a *perda dos efeitos vinculativos* desta para a câmara municipal. E esta resposta vale, tendo em conta que qualquer interessado pode requerer pedidos de informação prévia, para todas aquelas situações em que o novo pedido de informação prévia vem formulado pelo beneficiário de uma anterior informação prévia favorável.

Esta é, quanto a nós, a única forma de se evitar que a informação prévia funcione como instrumento de especulação fundiária (factor de valorização de um terreno por sobre ele estarem em vigor simultaneamente várias informações prévias favoráveis), e não como instrumento de garantia e de segurança para quem pretende licenciar uma determinada operação urbanística sobre um certo terreno.

E esta é a solução que tem de valer, por maioria de razão, nas situações, como pensámos ser a do Acórdão, em que o novo pedido de informação prévia incide precisamente sobre a mesma operação que havia estado sujeita à primeira informação prévia. Com efeito, tendo o requerente feito um pedido de informação prévia sobre a realização de uma determinada operação e obtido informação prévia favorável, se quisesse retirar vantagem dela teria, dentro do prazo de um ano, de requerer o licenciamento respectivo. Ao não o fazer e requerendo antes uma nova informação prévia, correu o risco de acontecer o que aconteceu: a informação, embora também favorável, impôs-lhe condições mais restritivas do que as que decorriam da informação favorável anterior, por entretanto o PDM ter entrado em vigor, com regras diferentes para a área.

Assim sendo, a decisão da Câmara Municipal do Funchal no caso vertente, isto é, a decisão de emitir uma informação prévia diferente da primeiramente emitida, mais restritiva, não podia ter sido diferente da que foi. E isto por duas razões fundamentais. A primeira, porque a informação prévia anteriormente emitida só seria vinculativa para um pedido de licenciamento e não para um novo pedido de informação prévia. A segunda, porque sendo a decisão sobre o pedido de informação prévia um verdadeiro acto administrativo, aplica-se-lhe a regra decorrente do princípio geral de direito *tempus regit actum*, segundo a qual a validade de um acto depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor *à data da sua prática*. Ora, como à data da prática do acto que deferiu com condições o segundo pedido de informação prévia se encontrava já em vigor o PDM do Funchal, a informação prévia tinha necessariamente de ser emitida

em conformidade com ele, tanto mais que, no caso concreto, a violação das normas em vigor (o PDM) teria como consequência a nulidade do respectivo acto (cf. artigo 103.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro).

Isto tem também um outro significado. O de que se o beneficiário de anterior informação prévia favorável viesse, ainda dentro do prazo de um ano, requerer licenciamento em conformidade com essa informação, embora em desconformidade com a informação prévia posteriormente emitida sobre a mesma operação ou para outra operação sobre o mesmo terreno, a câmara municipal já não estaria vinculada pela informação prévia primeiramente emitida pelo facto de os direitos por ela conferidos terem sido renunciados pelo respectivo beneficiário ao apresentar o segundo pedido de informação prévia (solução que só não seria assim se desistisse, antes de decisão final, do procedimento posteriormente iniciado).

c) Quais as consequências que a entrada em vigor das novas regras do plano director municipal provocaria se em vez de uma nova informação prévia tivesse sido requerido o licenciamento da operação pretendida?

A questão que agora aqui colocamos é a de saber qual deveria ser a solução do caso vertente se a factualidade subjacente ao Acórdão fosse a que a seguir se apresenta:

6.2.97	Informação prévia favorável a uma determinada “edificabilidade” num determinado terreno
27.2.97	Publicação do PDM do Funchal que altera (diminuindo) a “edificabilidade” reconhecida naquela informação prévia
3.11.97	Apresentação do pedido de licenciamento

De notar que nas contra-alegações da Câmara Municipal do Funchal reproduzidas neste aresto (II., 9.º) se afirma: *“Ao contrário do que os recorrentes pretendem, a informação prestada em 5.12.97 não viola de forma alguma o artigo 140.º do CPA por poder considerar-se como constitutiva de direitos referentes ao licenciamento de obras, só assim seria se tivesse sido apresentado atempadamente qualquer pedido de licenciamento, o que não aconteceu”* (o sublinhado é nosso).

O entendimento da Câmara Municipal a este respeito é o de que se o requerente, em vez de anteprojecto, tivesse apresentado pedido de licenciamento da respectiva operação, a câmara municipal teria de a licenciar (em contradição com o PDM em vigor a essa data) sob pena de uma decisão de indeferimento, por ter efeitos revogatórios de um anterior acto constitutivo de direitos, ser, por isso, ilegal (violação do artigo 140.º do CPA).

A questão que aqui está em causa é, pois, a de saber se a informação prévia mantém o seu carácter vinculativo se entre a data da deliberação sobre o pedido de informação prévia e a data da deliberação sobre o pedido de licenciamento tiverem entrado em vigor normas urbanísticas, designadamente, normas de planos municipais, que estabeleçam, para a área, regras diferentes das até aí vigentes.

Sobre esta questão já tivemos oportunidade de nos debruçarmos a outro propósito com um entendimento diferente do defendido pela câmara municipal nas suas alegações ⁷.

Aí defendemos que se entretanto tiver entrado em vigor um novo plano que tenha fixado regras diferentes das que vigoravam no momento em que foi emanada a informação prévia favorável, tal só pode significar uma de duas coisas. Numa primeira hipótese, que a previsão, pelo plano, de novas regras que põem em causa a informação prévia anteriormente conferida resulta do total desconhecimento da existência desse acto, o que pode significar uma falta de ponderação de interesses (privados) envolvidos no planeamento e, portanto, em regra, a invalidade da norma do plano em causa por *falta de ponderação de interesses relevantes*.

Pode, no entanto, por outro lado, a informação prévia anteriormente concedida ter sido considerada e ponderada pelos órgãos responsáveis pelo planeamento, optando estes, no entanto, mesmo assim, de uma forma consciente, pela consagração de regras contrárias que visam favorecer (ponderadamente) outros interesses (públicos ou privados) contrapostos ⁸. Neste caso, as normas do plano são válidas, não tendo a câmara municipal outra alternativa senão indeferir o pedido de licenciamento ou de autorização, sob pena de nulidade do acto de controlo preventivo. Com efeito, isso é o que decorre de dois normativos legais: do disposto no artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 555/99 — que consagra legalmente para os actos de licenciamento ou de autorização de operações urbanísticas a máxima do *tempus regit actum*, apenas com a excepção do regime relativo às edificações pré-existentes consagrada no artigo 60.º —, e do disposto na alínea a) do artigo 68.º — que determina, também sem excepções, a nulidade das licenças ou autorizações que “ *violem o disposto em plano municipal de ordenamento do território...*”. Numa situação como esta, o particular tem, no entanto, o direito de ser indemnizado, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 143.º do Decreto-Lei n.º 380/99. Com efeito, nos termos deste normativo são indemnizáveis, entre outras, as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo *juridicamente consolidadas*. E não há dúvida de que na situação que aqui estamos a analisar, em que existe uma informação prévia favorável à operação urbanística pretendida e o particular requer o licenciamento dentro do prazo de um ano, há uma situação jurídica consolidada, há um direito adquirido; não, obviamente, como vimos supra, o direito à efectivação da operação urbanística (a informação prévia não é um acto permissivo), mas o direito ao seu licenciamento ou autorização se o projecto apresentado para este efeito corresponder àquele que foi apreciado em sede de informação prévia ⁹.

Também por este motivo se distingue a informação prévia prevista nos artigos 14.º e ss. do Decreto-Lei n.º 555/99 do direito à informação previsto no artigo 110.º do mesmo diploma legal. Com efeito, havendo, após a emissão do “acto informativo”, alteração das normas urbanísticas em vigor, as consequências são diferentes em cada um dos referidos casos: enquanto no caso da informação prévia há, como acabámos de ver, direito a indemnização, no caso do direito à informação não há tal direito, desde que as informações prestadas tenham sido correctas à face das normas em vigor no momento da informação ¹⁰.

d) Uma questão lateral ao Acórdão em anotação: a comparação da solução apontada com a da aprovação do projecto de arquitectura

Quanto a nós a resposta que acabámos de apontar — isto é, a de que se, não obstante a existência de uma informação prévia favorável, se alterarem entretanto as regras urbanísticas vigentes, a câmara terá de indeferir o pedido de licenciamento em conformidade com o plano entretanto entrado em vigor, compensando o particular afectado com a correspondente indemnização —, não é a solução que deve valer como regra naquelas hipóteses em que, no procedimento do licenciamento de obras, a Câmara Municipal tenha já aprovado o projecto de arquitectura e entretanto, antes do acto final de licenciamento, as referidas regras urbanísticas se tenham alterado ¹¹. Não há dúvida que se o plano determinar a caducidade da aprovação do projecto de arquitectura, o particular terá, do mesmo modo que no pedido de informação prévia, direito a um indemnização ¹². Esta não é, no entanto, quanto a nós, a situação regra. E não se afirme que a situação da aprovação do projecto de arquitectura é idêntica à da informação prévia, pelo que não se justifica uma solução diferente. É que a situação não é a mesma quando exista um pedido de informação prévia ou quando exista a aprovação do projecto de arquitectura ¹³. No primeiro caso, estamos perante um acto prévio, isto é, um acto através do qual a Administração, perante os dados que lhe são apresentados com um *certo défice de esclarecimento* ¹⁴, aprecia a pretensão globalmente considerada e decide da viabilidade

de ela vir a ser licenciada, perante os *factos sumariamente averiguados* nesta fase. Ora, como o pedido de licenciamento, na medida em que é um novo procedimento, implica averiguar novamente a pretensão de uma forma global, se as normas urbanísticas se tiverem entretanto alterado, a administração está obrigada a fazer essa apreciação à luz das normas urbanísticas em vigor e aplicáveis. Dito de outro modo, quer aquando da apreciação da informação prévia, quer aquando da apreciação do licenciamento a câmara está obrigada a verificar a conformidade com o plano urbanístico aplicável, pelo que se no momento de apreciação do projecto para licenciamento se tiverem alterado as regras desse plano, a Administração está obrigada, por força do já referido artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 555/99, a indeferir o pedido de licenciamento.

Já no caso da aprovação do projecto de arquitectura estamos perante uma situação diferente: trata-se de um acto que, relativamente à pretensão apresentada pelo particular, aprecia apenas (mas de uma forma completa) parte da pretensão, ou seja, *apenas*, mas *todos* os aspectos relativos à arquitectura (a estrutura da obra, a respectiva implantação, a sua inserção na envolvente, a respectiva cêrcea, alinhamento, o respeito das condicionantes dos planos em vigor, etc.). Uma vez apreciados, ficam estes aspectos definitivamente decididos, ficando apenas por responder as questões relativas às respectivas especialidades. Estamos, neste caso, perante um único procedimento dividido em duas partes em que o legislador entendeu que o momento adequado para a apreciação da conformidade com o plano é o da apreciação do projecto de arquitectura. Não teria, por isso, lógica, até por uma questão de economia procedimental, que estando definitivamente decidida a questão da conformidade da pretensão com o plano, a mesma tivesse de voltar a ser apreciada no momento da emissão da licença de construção. Assim, tendo em consideração que a conformidade do projecto com os instrumentos de planeamento territorial deve ser verificada na fase da apreciação do projecto de arquitectura, qualquer alteração posterior daqueles instrumentos é irrelevante, excepto quando o plano disponha ele próprio noutro sentido.

Com efeito, tendo em consideração o princípio anteriormente referido do *tempus regit actum* (que determina que a validade de um acto administrativo depende das normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática) e a natureza de verdadeiro acto administrativo da aprovação do projecto de arquitectura ¹⁵, teremos de concluir que ele será validamente emitido se não contrariar as normas vigentes *no momento em que for praticado, sendo indiferente qualquer alteração normativa que se venha a verificar posteriormente*, tanto mais que o momento em que se deve verificar a referida conformidade é precisamente o da apreciação do projecto de arquitectura.

Ora, se no momento em que for aprovado o projecto de arquitectura forem cumpridas todas as normas que a essa data estão em vigor, tal significa que aquela aprovação é válida, razão pela qual, tratando-se de um acto constitutivo de direitos (pelo menos do direito a que as questões por ele apreciadas não voltem a ser questionados no decurso do procedimento), não poderá ser posto em causa pelo PDM que entrou em vigor supervenientemente, sob pena de violação, aqui sim, do disposto no artigo 140.º do CPA.

e) Qual o valor jurídico da informação prévia quando o pedido de licenciamento tenha sido requerido após o decurso do prazo de um ano?

Passado o prazo de um ano após a notificação da informação prévia favorável sem que o pedido de licenciamento tenha sido requerido, aquela perde o seu carácter vinculativo para a câmara municipal e constitutivo de direitos para o particular. Não significa isto, no entanto, que a informação prestada naquele acto seja juridicamente irrelevante. Com efeito, o acto em si mantém o seu conteúdo informativo devendo seguir, por isso, quanto a nós, o regime previsto para os actos deste tipo, desde logo, o previsto no artigo 7.º, n.º 2, do CPA. Isto significa, como vimos, que se entretanto as regras urbanísticas se alterarem não está a

câmara municipal obrigada a emitir um licenciamento em conformidade com a informação prévia (porque já não é vinculativa) nem a ter de indemnizar o seu titular por pôr em causa os seus direitos (o direito à licença já caducou com o decurso do prazo do ano). Mas significa também que se entretanto as circunstâncias de facto e de direito *não se tiverem alterado*, não pode a câmara municipal, sem mais, indeferir o respectivo pedido de licenciamento. Com efeito, embora a câmara municipal não esteja já vinculada pela informação prévia, a verdade é que ao pretender dar uma decisão em desconformidade com a informação que prestou sem que as referidas circunstâncias de facto e de direito se tenham alterado, está aquele órgão a dar indícios de que a informação pode ter sido erradamente emanada, colocando a questão da aplicação do artigo 7.º, n.º 2, do CPA. Deste modo, uma decisão em desconformidade com aquela informação não está impedida (aquela já não é vinculativa para a câmara municipal) mas implica, tal como decorre da alínea c) do n.º 1 do artigo 124.º do CPA, um dever acrescido de fundamentação.

1.4. Comentário final à conclusão do Acórdão

Face ao regime jurídico instituído relativamente ao pedido de informação prévia só podemos concordar plenamente com a solução a que chega o presente Acórdão: a de que não há lugar a indemnização por responsabilidade civil extracontratual da Administração porque os Autores não eram titulares de qualquer direito decorrente da informação prévia favorável. Com efeito, na medida em que aqueles não chegaram a apresentar o pedido de licenciamento respectivo, não chegaram também a adquirir o direito à licença e, indirectamente, o direito à edificabilidade pretendida.

E esta é, de facto, a solução correcta face ao pedido tal como ele foi formulado pelos Autores.

Pensámos, no entanto, que a questão da responsabilidade da Administração foi mal colocada por estes no presente processo judicial. É que, segundo eles, a responsabilidade da Administração decorria do desrespeito desta por um pretensão direito decorrente da primeira informação prévia emitida pela câmara municipal. Ora, quanto a nós, existia, de facto, no caso vertente, um direito dos autores a uma certa edificabilidade, só que ele não decorria da informação prévia favorável primeiramente emanada, mas do acordo celebrado entre a Câmara do Funchal e os proprietários dos solos no âmbito de um processo de expropriação anterior.

Vejamos mais pormenorizadamente esta questão.

2. Dos acordos urbanísticos, em especial, os acordos que decorrem de procedimentos expropriativos

2.1. A factualidade relevante

De relevo para a questão que trataremos de seguida realçam-se os seguintes elementos que são dados como provados no presente Acórdão na parte relativa aos FACTOS:

- 1) Face à declaração de utilidade pública de uma determinada parcela, a Câmara Municipal do Funchal estabeleceu negociações com o proprietário de então, Autor na presente acção, de forma a ser realizado um acordo que satisfizesse ambas as partes (ponto 9);
- 2) Por entendimento consensual e verbal, foi referido que em vez da indemnização a que tinha direito em consequência da expropriação, o Autor cederia a parcela referida e a Câmara Municipal do Funchal atenderia à área expropriada quando fosse apresentado um pedido de licenciamento de obras particulares pelo Autor para o prédio da sua propriedade

de forma a que aquela parcela expropriada, utilizada para o alargamento do gaveto, fosse acrescida à área sobranete para cálculo da potencialidade de construção urbana (ponto 11).
3) O acordo assim celebrado permitiria que o Autor, proprietário, não fosse prejudicado na área de construção que resolvesse edificar no seu prédio pelo facto de ter sido expropriado, na medida em que o licenciamento contabilizaria esta parcela no cálculo daquela área (ponto 14);

4) Por isso mesmo é que no ofício n.º 5623, de 31.07.1995, que notificou o Autor dos condicionamentos do referido prédio se indicou expressamente “P.S. — para contabilizar a área é considerada a área expropriada” (ponto 16).

Temos assim, à face do que dissemos, a seguinte situação de facto:

Janeiro/ Fevereiro de 1983	Celebração de um acordo, no âmbito de um procedimento expropriativo, nos termos do qual a indemnização em dinheiro é substituída pela contabilização na área não expropriada da área expropriada, a concretizar aquando do respectivo pedido de licenciamento
6.2.97	Informação prévia favorável que contabiliza a área de construção nos termos acordados no processo de expropriação
27.2.97	Publicação do PDM do Funchal que altera (diminuindo) a “edificabilidade” reconhecida naquele acordo
5.12.97	Informação favorável mas cujas condições impõem uma “edificabilidade” menor do que a reconhecida no acordo expropriativo

O que vimos de dizer desloca a questão essencial da primeira informação prévia favorável para o acordo expropriativo. Vejamos agora qual o relevo que a situação assim descrita assume para uma resposta à situação discutida no Acórdão.

a) *Dos acordos urbanísticos em geral* ¹⁶

Uma questão bastante actual no domínio do direito do urbanismo é a de saber qual a importância e a força jurídica de convenções, convénios ou acordos com conteúdo urbanístico celebrados entre a Administração e os particulares ¹⁷. Em particular tem relevo a questão de saber se a celebração de acordos urbanísticos terá qualquer influência sobre planos que venham a ser elaborados posteriormente à sua celebração, ou seja, saber até que ponto é que o acordado nas referidas convenções pode funcionar como *limite à discricionariedade inerente ao poder de planeamento*.

Uma coisa é certa: a Administração municipal, na elaboração de planos urbanísticos, goza de uma ampla discricionariedade de planeamento e o plano, uma vez entrado em vigor, é o normativo que serve de parâmetro para verificar da validade dos actos administrativos (de licenciamento ou de autorização) que venham, após a sua entrada em vigor, a ser praticados. A regra anteriormente referida do *tempus regit actum* permite-nos, relativamente ao caso concreto subjacente ao presente Acórdão, apontar no sentido de que, tendo em consideração que o proprietário não concretizou, antes da entrada em vigor do PDM, a edificabilidade que lhe foi reconhecida no referido acordo (o acordo referia expressamente que tal direito seria conferido “... quando fosse apresentado um pedido de licenciamento de obras particulares...”) e dado que neste momento se encontra já em vigor um plano que não permite aquela edificabilidade, a Administração municipal está obrigada a decidir as pretensões urbanísticas sobre a área de acordo com o previsto no PDM.

Ou seja, uma vez que o interessado não concretizou, antes da entrada em vigor do PDM, a edificabilidade que lhe havia sido reconhecida pelo acordo celebrado, qualquer pretensão que venha a formular já após a vigência deste plano terá de ser decidida de acordo com ele, sob pena de nulidade [artigo 68.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 555/99].

À questão de saber se o acordo celebrado pode funcionar como um limite à discricionariedade de planeamento subjacente à elaboração do PDM, a ponto de se poder considerar ilegal a disposição do plano que pôs em causa aquele acordo, tem, pois, de se responder em sentido negativo¹⁸.

Com efeito, tem-se entendido que o poder de planeamento urbanístico não pode ser impedido por interesses privados, nem pela necessidade de respeito de situações surgidas de planeamentos ou outros factos anteriores, situações essas que podem eventualmente gerar um *direito de indemnização*, mas que não podem impedir o exercício dessa faculdade/ liberdade de planeamento.

Tal liberdade só deverá ser travada quando ocorram *vícios intrínsecos do próprio poder de planeamento*, como a inexistência de um interesse público justificativo, arbítrio da Administração, erro manifesto, etc.¹⁹

Fora disso, o novo plano deve ser considerado válido e, por isso, aplicável sem qualquer problema.

De tudo o que vem de ser dito a este propósito, parece-nos que relativamente à situação supra-referida só pode concluir-se no sentido de que o acordo celebrado entre o particular e o respectivo município não pode prevalecer sobre o plano director municipal poste-riormente entrado em vigor (a não ser que as disposições do plano em causa fossem declaradas ilegais, designadamente por falta de ponderação dos interesses privados envolvidos), mesmo que se trate de um acordo celebrado no âmbito de um procedimento expropriativo, até porque o acordo em causa estava condicionado à obtenção da respectiva licença, que não chegou a ser requerida.

Dar isto por assente, ou seja, concluir que não é possível ao particular que contratou com a Administração exigir o cumprimento do referido acordo, não significa excluir o reconhecimento de que o particular tem, não obstante, uma posição jurídica que merece ser protegida, devendo, por isso, concluir-se pela necessidade de indemnização do co-contratante da Administração²⁰.

b) Os fundamentos para a indemnização no caso vertente

A única questão a que falta agora responder é a de saber qual o fundamento jurídico para a referida indemnização em casos como este.

Trata-se de uma indemnização por danos do plano (o mencionado artigo 143.º do Decreto-Lei n.º 380/99), ou uma simples indemnização por incumprimento do convencionado?

Numa primeira hipótese de resposta, seria admissível afirmar-se que uma situação como a aqui descrita se integra na previsão do n.º 2 do artigo 143.º, nos termos da qual dão lugar a indemnização as restrições provocadas pelas disposições dos planos a possibilidades objectivas de aproveitamento dos solos *pré-existentes e juridicamente consolidadas*. Acontece, porém, que no caso em análise, não obstante a pré-existência relativamente ao plano director municipal de um acordo que reconhece o direito à referida edificabilidade, a verdade é que, nos termos do próprio acordo se determinava que se “... *atenderia à área expropriada quando fosse apresentado um pedido de licenciamento de obras particulares...*” (o sublinhado é nosso). Significa isto que, nos termos do próprio acordo, a aquisição do direito àquela edificabilidade ficava dependente do respectivo licenciamento, licenciamento esse que nunca chegou a ser requerido. Torna-se, por isso, duvidosa a aplicação do disposto no artigo 143.º para fundamentar um direito a indemnização.

Mesmo que se conclua, contudo, que não estamos perante uma situação de danos do plano, podemos sempre questionar se não existirá, neste caso, um outro fundamento jurídico que justifique o pagamento de uma indemnização ao interessado.

Ora, quanto a nós, a resposta a esta questão deve ser dada sem deixar de ter presente que estamos, no caso em análise, perante a celebração, entre a Administração e o

interessado, de um acordo no âmbito de um procedimento expropriativo ²¹, e que se o acordo não tivesse sido celebrado, o expropriado teria tido o direito a receber a respectiva indemnização por expropriação. Com efeito, o acordado corresponde à *indemnização* que a Constituição e a lei reconhecem como um *direito fundamental dos expropriados* num procedimento de expropriação. E, não sendo possível cumprir o acordado, é necessário garantir que aquele proprietário/expropriado seja devidamente compensado pela cedência do terreno à Administração, pois essa é a única forma de se cumprir com a garantia individual da propriedade privada e de evitar um “enriquecimento sem causa” da Administração. Assim sendo, dado o incumprimento por parte do município do estipulado no acordo, e sendo impossível a *devolução das prestações devidas* (uma vez que a parcela cedida foi já, no caso vertente, utilizada para a finalidade da cedência) ou a *exigência judicial do cumprimento do contrato* (uma vez que o novo plano já não admite os índices de construção reconhecidos no acordo), não resta ao interessado senão a alternativa da *indemnização por incumprimento do pactuado* ²².

Fernanda Paula Oliveira

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ O Decreto-Lei n.º 555/99 trata uniformemente o regime da informação prévia relativa a obras de construção civil (que anteriormente se encontrava regulada, no essencial, nos artigos 10.º e ss. do Decreto-Lei n.º 445/91) e a informação prévia relativa a todas as restantes operações urbanísticas (incluindo a informação prévia relativa a operações de loteamento e respectivas obras de urbanização, regulada anteriormente no artigo 7.º-A do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro). Com efeito, determina o n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 555/91 que “Qualquer interessado pode pedir à câmara municipal, a título prévio, informação sobre a viabilidade de realizar determinada operação urbanística e respectivos condicionamentos legais e regulamentares...” (os sublinhados são nossos).

² As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 555/99 no que concerne ao regime do pedido de informação prévia incidem especificamente sobre questões de legitimidade. Sobre estas alterações e respectiva crítica, cf. o nosso “O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. A Visão de um Jurista”, in *Revista do CEDOUA*, n.º 8, Ano IV, 2001, pp. 43-44.

³ Cf. Fernando Alves Correia, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 132, nota 77.

O instituto de informação prévia, embora facultativo, é de grande utilidade para os particulares, correspondendo a uma prática mais ou menos corrente que equivale à apresentação de “estudos prévios” ou “anteprojectos”, que permitem à Administração uma primeira abordagem à pretensão urbanística dos particulares. Tal pedido funciona, por um lado, como um procedimento que permite à Administração economizar tempo e custos na apreciação posterior do projecto, mas, por outro lado, ele funciona sobretudo como um instrumento de certeza e de economia para os particulares, já que no pedido de informação prévia a Administração é chamada a pronunciar-se sobre uma pretensão concreta, mediante a apresentação de um conjunto de elementos suficientes para a habilitar a proferir um juízo de viabilidade sobre tal pretensão. Cf. António Duarte de Almeida e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo*, Lisboa, Lex, pp. 823-826.

⁴ Cf. o nosso “Medidas Preventivas e Silêncio da Administração”. Comentário ao Acórdão do STA de 11.1.2001, Proc. n.º 45 861, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 29, 2001, p. 53.

⁵ Esta segunda exigência decorre do facto de a lei permitir que qualquer interessado, mesmo que não tenha legitimidade para requerer o pedido de licenciamento, venha requerer pedido de informação prévia relativa a uma determinada operação urbanística — cf. artigos 14.º, n.º 1 e 15.º, n.ºs 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 555/99.

⁶ A informação prévia assume a natureza de um *acto prévio ao acto de licenciamento*.

⁷ Cf. o nosso “O Novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação”, cit., pp. 44-45.

⁸ O que terá de ser, obviamente, objecto de uma devida justificação.

⁹ No mesmo sentido da indemnizabilidade destas situações, cf. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 507.

Naturalmente a afirmação de que o particular tem direito de ser indemnizado decorre do facto de o novo plano pôr em causa um direito do particular, direito esse que é, na informação prévia favorável, o direito à respectiva licença. No entanto, esse direito só existe, como também já vimos, se o beneficiário da informação prévia tiver formulado o pedido do respectivo licenciamento no prazo de um ano a contar da notificação prévia anterior. De acordo com esta lógica, se a alteração do plano ocorrer antes de decorrido o prazo de um ano sobre a emissão de informação prévia, o particular só terá direito a indemnização se formular o pedido de licenciamento dentro do referido prazo, mesmo que já depois da entrada em vigor do PDM. Isto pode, no entanto, resultar numa solução estranha. Imaginemos que 6 meses após a notificação da informação prévia favorável entra em vigor um plano urbanístico que proíbe qualquer utilização urbanística na zona e o beneficiário daquela informação ainda não requereu o respectivo licenciamento. Este, não obstante a intenção de utilizar urbanisticamente o seu terreno nos termos da informação prévia emitida só terá direito a receber uma qualquer indemnização se entretanto, até ao fim do prazo de um ano, requerer a respectiva licença. Esta solução, que obriga o particular a ainda assim requerer o licenciamento, isto é, requerê-lo dentro do prazo do ano mas já após a entrada em vigor de um plano que proíbe a operação urbanística pretendida, é ilógica na medida em que obriga o particular a requerer um licenciamento num momento em que ele, dadas as normas em vigor, sabe que será necessariamente indeferido. Trata-se de uma solução um tanto ou quanto ilógica, na medida em que, fazendo depender a indemnização do pedido de licenciamento, obriga o particular a mandar elaborar projectos de arquitectura e a ter outras despesas tendentes a obter o licenciamento quando sabe à partida que tais despesas são inúteis, embora, naturalmente, elas devam ser depois contabilizadas no montante da indemnização a pagar. Propendemos, por isso, a defender nestes casos a desnecessidade de requerer o pedido de licenciamento para que se possa beneficiar da indemnização prevista no art. 143.^o de Decreto-Lei 380/99.

¹⁰ No caso do simples direito à informação, vale apenas o disposto no artigo 7.^o, n.^o 2 do CPA que determina a responsabilidade da Administração pelas informações (erradas) que presta por escrito.

¹¹ Esta — tal como a hipótese analisada na alínea anterior — é actualmente uma hipótese praticamente aca-démica tendo em consideração que após a data fixada para o início da discussão pública do novo plano e a data da sua entrada em vigor, os procedimentos de licenciamento, autorização e informação prévia ficam suspensos de forma a evitar que se pratiquem estes actos em desconformidade com as disposições dos novos planos. Cf. artigos 117.^o do Decreto-Lei n.^o 380/99 e 13.^o do Decreto-Lei n.^o 555/99. Sobre a suspensão da concessão de licenças como medida cautelar dos planos, vide Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit. pp. 339 e ss. e Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes, *As medidas cautelares dos planos*, nesta revista.

¹² Neste sentido cf. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 508, nota 28.

¹³ Embora sejamos de opinião de que, quer num caso, quer no outro, estamos perante verdadeiros actos administrativos. Sobre a problemática da natureza jurídica do projecto de arquitectura cf. o nosso, “Duas Questões no Direito do Urbanismo: Aprovação de Projecto de Arquitectura (Acto administrativo ou Acto Preparatório), e Eficácia de Alvará de Loteamento (Desuso?)”, Anotação ao Acórdão do STA de 5.5.1998, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.^o 13, Janeiro/Fevereiro de 1999, pp. 42 e ss.; João Gomes Alves, “Natureza Jurídica do acto de aprovação municipal do projecto de arquitectura”, Anotação ao Acórdão do STA de 5.5.1998, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.^o 17, Setembro/Outubro de 1999, pp. 14 e ss., e de Mário Araújo Torres, “Ainda a (in)impugnabilidade da aprovação do projecto de arquitectura”, Anotação ao Acórdão do STA de 29.6.2000, p. 2590, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.^o 27, Maio/Junho de 2001, pp. 34 e ss.

¹⁴ Note-se que para o pedido de informação prévia não é necessária a elaboração de um projecto completo relativo à pretensão urbanística em causa, mas apenas uma espécie de “anteprojecto” ao qual faltam, naturalmente, alguns dados que farão necessariamente parte do projecto final. Como se afirma expressamente no Acórdão em anotação “um anteprojecto é, por natureza, um elemento precário ou provisório do procedimento de licenciamento...”.

¹⁵ A natureza de acto administrativo desta aprovação vem confirmada pelo facto de o Decreto-Lei n.^o 555/99 actualmente em vigor admitir expressamente a possibilidade de emissão de uma licença parcial para a construção da estrutura imediatamente após a aprovação do projecto de arquitectura, o que significa que se admite definir este acto, de uma forma final e definitiva, todas as questões que têm a ver com a estrutura da obra (implantação, cêrcea, área de construção, número de pisos, volumetria, etc.).

¹⁶ Para um estudo mais desenvolvido das questões aqui apresentadas cf. o nosso “Reflexões sobre algumas questões práticas no âmbito do direito do urbanismo”, Coimbra, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

¹⁷ O termo acordos urbanísticos em sentido amplo abrange, para além dos acordos celebrados entre os particulares e a Administração, também os chamados acordos interadministrativos, ou seja, os acordos formalizados entre entidades administrativas. No entanto, para aquilo que aqui nos interessa, apenas tem relevo o primeiro tipo de acordos.

¹⁸ Existem muitos exemplos de sentenças emanadas no ordenamento jurídico espanhol onde tal limite é expressamente negado. Cf. o nosso “Reflexões sobre algumas questões práticas”, cit.

¹⁹ Com efeito, exige-se, para que a Administração possa utilizar devidamente o seu poder de planeamento, que existam *fundamentos objetivos* para tal, como é o que acontece quando surge uma nova concepção da Administração sobre a forma como o interesse público indicado na lei deve ser prosseguido (no caso o interesse público urbanístico) e, portanto, a concepção por parte dos órgãos da Administração de que as opções anteriormente tomadas não são (ou já não são) as mais convenientes ou acertadas. Para além do mais, para que o poder de planeamento possa ser considerado válido, tem de ter havido uma conveniente *ponderação dos interesses dos proprietários dos solos* eventualmente afectados, funcionando esta *obrigação de ponderação dos interesses dos proprietários dos solos*, efectivamente, como um limite à “liberdade” de planeamento, obrigação essa que é uma *obrigação jurídica*, já que se for violada pode determinar a invalidade das modificações introduzidas pelo novo plano. A doutrina e a jurisprudência alemãs têm vindo a defender que um plano pode ser declarado ilegal se se provar *falta*, *déficé* ou *desproporcionalidade* da ponderação, ou ainda, falta de avaliação nesta. Cf. Fernando Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, pp. 280-281 e Manual de Direito do Urbanismo, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 430 e ss. Sobre a obrigação de ponderação dos interesses em jogo, cf. Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Direito do Urbanismo (Relatório)*, Lisboa, Lex, pp. 79 e ss., António Francisco de Sousa, *A estrutura Jurídica das Normas de Planificação Administrativa (Directivas de Planificação, Interesses em conflito, “Discricionariade de Planeamento”)*, Lisboa, Editora Danúbio, 1987, pp. 31 e ss., e *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 136 e ss.

Uma forma de garantir o cumprimento da obrigação de ponderação dos interesses dos proprietários dos solos, é permitindo a sua *participação no procedimento de elaboração ou modificação do planeamento*, designadamente na fase de inquérito público. É, no entanto, necessário ter em atenção que os interesses dos proprietários dos solos não são elevados ao nível de um direito subjectivo, ou seja, o proprietário não goza de um poder de exigir que o seu interesse seja consagrado no plano, apenas tendo o direito de exigir que tal interesse seja tomado em consideração no procedimento da sua elaboração.

²⁰ Sobre a admissibilidade, tipos, efeitos e limites dos acordos urbanísticos, cf. o nosso “Reflexões sobre algumas questões práticas”, cit.

²¹ Trata-se de um acordo celebrado numa fase posterior à declaração de utilidade pública, integrando assim a chamada expropriação amigável.

²² Como afirmam Roberto Bustillo Bolado e José Ramón Llata, *Los Convénios Urbanísticos entre las Adm-nistraciones Locales y los Particulares*, 1997, nada impede que o município mude de ideia e dê ao ordenamento urbanístico um conteúdo diferente que considere mais conveniente. Se tal mudança se justificar por razões de interesse público, o contrato torna-se nulo por inutilidade superveniente do objecto e a consequência será a *devolução das prestações recíprocas* que tenham sido prestadas (se tal for possível) ou então a indemnização dos danos. Se, pelo contrário, tal incumprimento se deve unicamente numa vontade deliberadamente rebelde do município, já não se trata de uma impossibilidade superveniente de cumprimento e, em consequência, o particular poderá *pedir judicialmente o cumprimento* do contrato que, se não for possível nos termos do contrato, poderá materializar-se numa indemnização por equivalente económico. Deste regime decorre, pois, que a convenção não vincula o município mas condiciona-o.

Cf. a nossa recensão à obra referida in *Revista de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano II, n.º 2, de 1999, pp. 113 e 114.



Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

STA Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Processo: 01580/02

Data do Acórdão: 13/05/2003

Tribunal: 2.^a Subsecção do CA

Relator: Alberto Augusto Oliveira

Descritores: Licenciamento de Obras. Demolição. Acto de Execução.

Sumário:

Deferido o pedido de **licenciamento** de determinadas obras particulares, sob certa **condição**, e não cumprida esta, o acto que vem a decretar a **demolição** das mesmas não é acto de execução daquele primeiro.

N.º Convencional: JSTA0002362

N.º do Documento: SA12003051301580

Recorrente: A...

Recorrido 1: CM DE FAFE

Votação: UNANIMIDADE

Área Temática 1: *

Texto Integral:

Acordam, em subsecção, na 1.^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo:

1.

1.1. A..., viúva, residente na Rua ..., n.º ..., ..., Fafe, na qualidade de cabeça de casal da herança aberta por óbito de B... interpôs no Tribunal Administrativo do Círculo do Porto recurso contencioso de anulação contra o Presidente da Câmara Municipal de Fafe pedindo a anulação do seu despacho datado de 12/9/2000 que ordenou a demolição coerciva das obras que levou a efeito.

Imputou ao acto impugnado a violação do disposto nos arts. 1.º, 4.º e 39.º do DL n.º 445/91, de 20/11, e 1422.º, n.º 3, e 1425.º, n.º 1, do Código Civil.

Por sentença de 12.4.2002, o recurso foi rejeitado por irrecorribilidade do acto impugnado.

1.2. Inconformada, a recorrente deduziu o presente recurso jurisdicional, em cujas alegações concluiu: "A) A Mta Juíza «a quo» decidiu pela irrecorribilidade do acto impugnado, por entender que o mesmo é um acto de execução do acto administrativo praticado em 3/02/1997.

Porém, tal não corresponde à verdade;

B) O acto administrativo proferido em 3/02/1997 definiu a situação jurídica concreta para o **licenciamento** das obras levadas a cabo pela recorrente. Não impôs, em momento algum, a **demolição** das mesmas;

C) Acto lesivo é todo aquele que impõe ao particular um "sacrifício" ou ónus e que contende com os seus direitos;

D) Todo o acto lesivo definitivo e executório é passível de ser autonomamente recorrível;

E) O acto proferido em 3/02/1997 assenta em pressupostos errados, uma vez que impõe ao recorrente obrigações que são do domínio das relações jurídicas particulares e que não "cabem" nas competências legais dos municípios, bem como dele não resulta que a recorrente tenha que proceder à **demolição** das obras que executou sem licença;

F) Não é correcto afirmar que estamos perante um acto de execução, isto é, que o acto recorrido resulta do acto proferido em 3/02/1997, pois para que assim fosse o acto recorrido teria de ser consequência daquele outro;

G) O não cumprimento, até ao momento, dos requisitos impostos à recorrente pelo acto proferido em 3/02/1997, não implica necessariamente para esta, e como consequência, a demolição das obras que executou;

H) A recorrente está em tempo para proceder à legalização das obras que executou ilegalmente, podendo até dirimir em tribunal cível a questão relativa ao conflito que a opõe aos restantes condóminos do prédio;

I) Para que os condóminos se oponham à legalização das obras, como o estão a fazer, terão que demonstrar que as mesmas causam perturbações ao normal funcionamento do prédio e que delas resultam prejuízos para eles, pois, de outra forma, qualquer condómino poderia sempre, ainda que sem fundamento, impedir a concretização de direitos de terceiros, «brigando» directamente com os interesses destes;

J) O acto recorrido é lesivo, definitivo e executório, pelo que a sentença recorrida deve ser anulada;

L) A sentença recorrida viola, entre outras, as normas constantes dos artigos 25.º, n.º 1, da LPTA, e 268.º, n.º 4, da C.R.P.”

1.3. Não foram apresentadas contra-alegações.

1.4. A EMMP emitiu o seguinte parecer:

”Considero que assiste razão à recorrente, e que o acto recorrido não constitui acto confirmativo, relativamente àquele que a douta sentença considerou como sendo o acto que definiu a situação jurídica e que, por ser lesivo, definitivo e executório seria recorrível: deliberação da mesma autoridade recorrida, de 3/2/97, pela qual foi deferido o pedido de **licenciamento** da mesma obra, sujeita à **condição** de apresentação da autorização da totalidade dos condóminos e de termo de responsabilidade de técnico habilitado (fl. 170 do processo instrutor).

A primeira daquelas condições nunca chegou a ser cumprida, tendo sido fixados para o efeito diversos e sucessivos prazos; no culminar desse procedimento, e tendo-se esgotado o último prazo concedido, a autoridade recorrida decidiu, através do acto recorrido, determinar a demolição da obra.

Assim, afigura-se-me que não existe entre aqueles dois actos a identidade exigível para que se estabeleça entre ambos a relação de confirmatividade: identidade de sujeitos, identidade de objecto e identidade decisória. De facto, inexistente a identidade decisória, já que a primeira decisão é uma decisão de **licenciamento** da obra (sujeita a **condição**) e a segunda é uma decisão de **demolição** da mesma obra.

Para além disso, suscita-se ainda a questão da irrecorribilidade do primeiro acto, visto tratar-se de acto sujeito a **condição**, que carece de eficácia enquanto não for verificada a **condição** (conf. acórdão do S.T.A. de 12/7/00, pr. 46187).

Assim, não sendo o acto recorrido confirmativo (nem do acto acima referido, nem daquele que foi indicado pela autoridade recorrida na sua resposta, conf. parecer do M.P. de fl. 25), tendo lesividade própria, e sendo definitivo e executório, deverá, em meu parecer, ser revogado o douto despacho que rejeitou o recurso com fundamento na irrecorribilidade do acto, ordenando-se o seu prosseguimento”.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

2.

2.1. A sentença deu como assente a seguinte factualidade, no que não vem controvertida:

”Da herança aberta por óbito de B... faz parte uma fracção autónoma integrada num prédio urbano sito na Rua ... em Fafe;

Nessa fracção o falecido B... levou a cabo obras sem a necessária licença camarária;

Após várias vicissitudes no sentido de legalização da fracção, em 20/1/1997 o falecido veio a requerer o **licenciamento** das ditas obras, cf. PA apenso;

Na sequência desse requerimento foi-lhe deferida a sua pretensão condicionada à apresentação da autorização da totalidade dos condóminos e à apresentação do termo de responsabilidade de técnico habilitado, pela solidez e estabilidade dos trabalhos efectuados, cf. PA apenso;

Na sequência da notificação desse despacho a recorrente veio em 2/6/1998 requerer a isenção da apresentação da declaração de 2/3 dos condóminos, cf. PA apenso;

A licença pretendida não foi entregue à recorrente por não ter apresentado a respectiva autorização dos condóminos, cfr. PA apenso;

Posteriormente veio ainda a recorrente a solicitar lhe fosse entregue a dita licença, sendo que foi notificada do despacho do recorrido de 1/3/2000 para que junte aos autos a respectiva autorização, tendo-lhe concedido o prazo de 15 dias, cf. PA apenso;

Na sequência da notificação de tal despacho veio a recorrente requerer que esse prazo fosse prorrogado por 90 dias, cf. PA apenso;

Seguidamente vieram os condóminos recorridos particulares opor-se ao licenciamento das obras da recorrente, cf. PA apenso;

Em 12/6/2000 veio novamente a recorrente solicitar a dispensa da apresentação da dita autorização, cf. PA apenso;

Na sequência deste requerimento foi-lhe concedido por despacho de 10/7/2000 um último prazo de 15 dias para apresentação da autorização, sob pena de ser ordenada a demolição das obras, cf. PA apenso;

Por a recorrente não ter dado cumprimento a tal despacho o recorrido ordenou em 12/9/2000 que se procedesse coercivamente, cf. PA apenso — este é o acto recorrido”.

2.2. Face a esta factualidade, o tribunal “a quo” entendeu “*que o acto administrativo lesivo, definitivo e executório foi o proferido em 3/2/1997 que deferiu a pretensão da recorrente condicionada à apresentação da autorização da totalidade dos condóminos e apresentação do termo de responsabilidade de técnico habilitado, pela solidez e estabilidade dos trabalhos efectuados.*

Este é que é o acto administrativo contenciosamente impugnável, todos os outros que se lhe seguiram foram praticados na sequência deste e sem qualquer autonomia relativamente ao mesmo.

Os actos subsequentes nada vieram definir de novo que pudesse alterar o conjunto de direitos e obrigações que constituem a esfera jurídica da recorrente.

Efectivamente, o acto impugnado trata-se de um acto que não tem em si mesmo qualquer substância, isto é, depende de um acto anterior que já definiu a situação jurídica da recorrente, produzindo os necessários efeitos, positivos ou negativos, na sua esfera jurídica, não trazendo nada de novo nem alterando a situação anteriormente definida.

É um acto que, conformando-se com outro acto anteriormente praticado se limita a materializar as consequências jurídicas desse mesmo acto, parece ser um acto de execução.

E tratando-se de um acto de execução, a sua impugnação não é admitida por não ser lesivo dos interesses da recorrente, já que, a lesividade resulta de acto anterior que não foi impugnado, cf. art. 25.º, da LPTA.”

Afigura-se, tal como à recorrente e ao Ministério Público, que a sentença não realizou adequado enquadramento legal.

O acto de 3.12.1997 pronuncia-se perante pedido de **licenciamento** de obras. Defere, aliás, tal **licenciamento**, embora sob **condição** (apresentação da autorização da totalidade dos condóminos e apresentação do termo de responsabilidade de técnico habilitado, pela solidez e estabilidade dos trabalhos efectuados).

Ele não determina a **demolição** das obras.

Como se sabe, os actos de execução são actos praticados em consequência necessária da definição de situações jurídicas constantes de acto administrativo anterior. Não possuindo conteúdo lesivo próprio são, em princípio, irrecorríveis (mas não quando se trate de execução de acto contido em diploma legislativo ou regulamentar — artigo 25.º, n.º 2, da LPTA).

O acto impugnado revestiria a natureza de acto de execução do acto de 3.12.97, se se pudesse afirmar que não cumprida a condição neste aposta no deferimento do pedido de **licenciamento** inevitavelmente se seguia a **demolição** das mesmas.

Mas não assim, já que é largo o conjunto de possibilidades aberto à Administração perante obras não licenciadas. Desde logo, como o demonstra o processo administrativo, a Administração pode não actuar imediatamente com medidas padronizadas ou lesivas, preferindo adoptar uma actuação tendente à resolução da situação — é nesta linha que se compreendem as sucessivas tomadas de posição da Administração perante o não cumprimento daquela condição, concedendo novos prazos interessada; depois pode, por exemplo, instaurar procedimento contra-ordenacional, embargar, e pode ordenar a **demolição**, mas não está vinculada a ordenar a **demolição** — cfr. artigos 54.º, 57.º, 58.º, respectivamente, do regime de licenciamento de obras particulares, aprovado pelo DL n.º



445/91, de 20 de Novembro (a que correspondem, presentemente, os artigos 98.º, 102.º, 106.º, do regime jurídico da urbanização e da edificação aprovado, DL 555/99, de 16 de Dezembro, republicado pelo DL 177/2001, de 4 de Junho).

O acto impugnado não é, pois, acto de execução do acto que deferiu o licenciamento sob condição, ainda que a **condição** não tenha sido cumprida.

3. Nestes termos, concede-se provimento ao recurso, revoga-se a sentença e determina-se o prosseguimento do recurso.

Sem custas.

Lisboa, 13 de Maio de 2003.

Alberto Augusto Oliveira, Relator – Pires Esteves – Políbio Henriques.

Comentário

Este acórdão aborda diversos e importantes aspectos jurídicos respeitantes ao licenciamento de obras particulares que importa analisar.

As questões mais relevantes, no nosso critério, respeitam à relação entre os actos de licenciamento de obra particular e de demolição e às condições apostas neste tipo de actos de licenciamento.

Não iremos abordar, no entanto, o primeiro problema enunciado, dado que foi objecto de uma importante anotação a um outro acórdão, nesta mesma revista, por parte de Fernanda Paula Oliveira ¹.

Assim, limitar-nos-emos a comentar a legalidade das condições apostas ao acto de licenciamento objecto do presente acórdão.

I. Como se sabe, o artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo prescreve que os actos administrativos podem ser sujeitos a condição, termo ou modo, desde que não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina.

Referem, a este propósito, que Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim²

«o acto administrativo pode também ter elementos ou efeitos acessórios, resultante do seu autor, *por opção ou decisão própria* (mesmo que esteja legalmente prevista) lhe aditar outros efeitos ou medidas, para melhor compatibilizar, entre si, os múltiplos e heterogêneos interesses que a situação jurídico-administrativa em causa despoleta.»

Não vamos, no entanto, abordar a problemática específica das cláusulas acessórias, em geral, e iremos apenas referir-nos especificamente às condições.

Por condição entende-se a realização de um evento futuro de natureza incerta do qual depende a produção de efeitos do acto administrativo praticado. Se a condição é suspensiva, os efeitos do acto só se começam a produzir após a realização desse facto (o acto administrativo objecto deste acórdão foi efectuado sob condição suspensiva); se é resolutiva os efeitos do acto extinguem-se com a sua realização.

A distinção entre condição e termo resume-se, basicamente, à certeza ou incerteza do facto do qual depende o início ou a extinção da eficácia do acto.

Se a eficácia do acto fica dependente de um evento futuro de verificação incerta estaremos perante uma condição; mas se o facto embora futuro for certo estaremos perante um termo. O termo também poderá ser, por sua vez, suspensivo ou resolutivo.

Há que mencionar, ainda, que a doutrina refere também a existência de condições impróprias. Se a condição se caracteriza pelo seu carácter futuro e incerto e pela sua estipulação convencional será imprópria quando qualquer um destes elementos não se verificar.

Assim, a condição será imprópria quando:

- O facto do qual depende a produção de efeitos do acto não for futuro mas passado ou presente;
- O facto não for incerto, ou seja, se tratar dum facto que se sabe que ocorrerá necessariamente (condição necessária);
- O facto for de realização fisicamente impossível ou for legalmente impossível (condição impossível);
- A condição provir da lei e não de uma estipulação convencional (condição legal).

Os Autores citados³ referem a propósito das condições legais que estas são impróprias dado que respeitam a requisitos legais do próprio acto ou da operatividade dos seus efeitos.

Haverá, assim, uma condição legal quando está em causa um requisito do próprio acto (sem o qual o próprio acto não estará legalmente perfeito ou completo) ou quando o acto apesar de completo só se torna eficaz com o cumprimento de uma estipulação legal.

Em matéria de urbanização e edificação existe um exemplo típico de uma condição legal que se traduz na exigência de emissão de alvarás que titulem loteamentos, obras particulares ou as próprias utilizações, ou seja, as várias operações urbanísticas, dado que a actual lei estipula que o alvará é condição de eficácia da licença ou da autorização (artigo 74.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16/12, com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4/06).

Os anteriores diplomas legais prescreviam exactamente o mesmo, ou seja, que a emissão de alvará era condição de eficácia da licença emitida (veja-se o artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e o artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro).

II. No acto de licenciamento objecto do presente acórdão foram apostas as seguintes condições:

- Apresentação pelo requerente da autorização da totalidade dos condóminos para as obras objecto do acto de licenciamento;
- Apresentação do termo de responsabilidade do técnico habilitado, pela solidez e estabilidade dos trabalhos efectuados.

Serão estas condições verdadeiras cláusulas acessórias ou, muito pelo contrário, não deverão antes ser consideradas condições impróprias?

Vejamos então cada uma delas.

A primeira respeita à condição imposta ao requerente de apresentar autorização da totalidade dos condóminos para que o acto de licenciamento tivesse eficácia.

Esta imposição da apresentação desta autorização não pode ser considerada, quanto a nós, uma condição, dado que apenas poderá respeitar à questão da legitimidade do requerente (à validade do próprio acto), na medida em que se considere que a legitimidade do requerente impõe a referida autorização.

Vejamos primeiramente a questão da legitimidade.

Os actos administrativos de licenciamento e autorização estão unicamente sujeitos às normas do direito do urbanismo⁴, não podendo as normas de direito privado constituir fundamento para indeferir pedidos de licenciamento ou autorização.

Também, de acordo com esta doutrina, Fernanda Paula Oliveira⁵ refere:

«1.º Para licenciar ou autorizar uma operação urbanística a Administração tem de tomar em consideração *exclusivamente* normas de direito do urbanismo que lhe compete apreciar;
2.º Concedida a licença ou autorização, os direitos de terceiros não são por elas afectados perante terceiros é como se a licença ou autorização não tivessem sido concedidas.»

De acordo com este entendimento doutrinal, devemos primeiramente averiguar se compete ou não à administração municipal exigir documentos que apenas relevam nas relações entre particulares (condóminos).

O diploma que vigorava ao tempo do licenciamento condicional desta obra era o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, que estabelecia, no seu artigo 14.º, que no requerimento inicial do licenciamento deveria constar a qualidade de proprietário, usufrutuário, locatário, titular do direito de uso e habitação, superficiário ou mandatário.

Por sua vez, a Portaria que regulamentou a instrução destes pedidos prescrevia que o pedido de licenciamento deveria ser instruído com o *documento comprovativo da legitimidade* do requerente.

Ao presidente da Câmara, na fase do saneamento e apreciação liminar do procedimento, competia apreciar e decidir as questões de ordem formal ou processual que pudessem obstar ao conhecimento do pedido de licenciamento, *nomeadamente a legitimidade do requerente*.

A questão coloca-se exactamente nos mesmos termos com o actual diploma em vigor, dado que o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16/12, com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4/06, exige que o requerente indique a qualidade de titular de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística e a Portaria n.º 1110/01, de 19/09 (regulamento complementar àquele decreto-lei), prescreve que o requerente tem que comprovar esse direito.

Há, assim, em matéria de legitimidade uma excepção à regra da consideração exclusiva de normas de direito do urbanismo no que respeita aos procedimentos de autorização e licenciamento de operações urbanísticas, já que a administração municipal tem que recorrer às regras de direito privado para verificar se os documentos apresentados pelo requerente comprovam a legitimidade do direito que lhe permite realizar a operação urbanística pretendida.

No entanto, *a análise da legitimidade* efectuada na fase de saneamento do procedimento, tanto no anterior diploma como no actual 555/99, *respeita apenas a questões de ordem formal e processual* que obstem ao conhecimento do pedido apresentado.

Se o requerente for o proprietário do imóvel, o presidente da Câmara (órgão competente para dirimir as questões inerentes ao saneamento do procedimento) deve considerar formalmente provada a legitimidade do requerente se este lhe apresentar a respectiva certidão do registo predial. Se um terceiro, porventura, arguir com a falsidade dessa certidão tal não deve obstar ao prosseguimento do procedimento de licenciamento ou de autorização, dado que formalmente está provada a legitimidade do requerente até porque o registo constitui uma presunção *iuris tantum* da existência do direito invocado. O artigo 7.º do Código do Registo Predial estipula que «o registo definitivo constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos precisos termos em que o registo o define.». Não compete, assim, ao presidente da Câmara dirimir o eventual conflito entre os particulares mas sim aos tribunais.

Por seu turno, os actos de licença ou de autorização são efectuados sob reserva de terceiros, não conferindo por si quaisquer direitos reais dado que se tratam de actos administrativos que não criam, modificam ou extinguem direitos privados .⁶

Retomando uma das condições apostas ao acto de licenciamento objecto do presente acórdão — apresentação pelo requerente do licenciamento de autorização da totalidade dos condóminos para as obras objecto do acto de licenciamento — já vimos que é uma condição imprópria dado que respeita — se respeitar — a uma questão de legitimidade do requerente, ou seja, contende a sua obtenção com a própria perfeição do acto de licenciamento ou de autorização, não sendo assim uma verdadeira cláusula acessória ao próprio acto.

Mas seria exigível à comprovação da legitimidade do requerente a autorização dos restantes condóminos em obras que, segundo o acórdão, se realizaram numa fracção autónoma integrada num prédio urbano?

Duas situações poderiam ocorrer:

- Obras a realizar, apenas, no interior da fracção;
- Obras a realizar na fachada do prédio (parte exterior à fracção) e no interior da mesma;

Se ocorreu a primeira situação, as obras não iriam abranger partes comuns do prédio pelo que quem tinha unicamente legitimidade para requerer o procedimento adequado à operação urbanística pretendida era o proprietário ⁷ da fracção autónoma.

Se as obras incluíam, também, a fachada do prédio, então sim, dever-se-ia questionar se a legitimidade do requerente só estaria formalmente comprovada com a inclusão da autorização dos restantes condóminos (a fachada, como se sabe, é parte comum do prédio de acordo com a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 1421.º do Código Civil).

Sobre esta questão têm surgido na doutrina posições divergentes.

A propósito duma questão análoga, consideram alguns Autores que o problema que se formula a propósito da legitimidade do requerente «é a de saber se, tratando-se de um requerimento apresentado por quem invoque um título diferente do direito de propriedade (usufruto, contrato de arrendamento, direito de uso e habitação ou direito de superfície), deve a câmara municipal cuidar de saber se tal requerente carece de autorização do proprietário para realizar no prédio as obras pretendidas e, se assim for, se obteve tal autorização.» ⁸

Os Autores citados ⁹ referem que «certo é que o titular de uma licença de obras não poderá realizá-las se para tanto carecer de autorização do proprietário do prédio e a não tiver obtido, como certo é também que a licença de obras emitida pela câmara municipal não é oponível ao direito do proprietário, isto é, não o obriga a aceitar a realização de obras que não tenha autorizado... Mas o problema não tem de ser considerado, e muito menos dirimido, pela autoridade administrativa. A câmara municipal tem apenas de verificar a legitimidade do requerente nos exactos termos previstos na lei, e a lei prevê que o locatário, usufrutuário, superficiário, etc., têm legitimidade para requerer o licenciamento das obras.»

Por outro lado, Fernanda Paula Oliveira ¹⁰ considera que neste tipo de casos o procedimento não deve prosseguir, devendo extinguir-se na fase de saneamento, não só quando o requerente não faça prova da sua legitimidade mas também quando resulte claramente dos documentos entregues que ele não é titular do direito que invoca ou quando o direito que invoca não lhe permite realizar a operação urbanística. Exemplifica esta última hipótese com os requerimentos de arrendatários, quando o pedido respeita a obras que necessitam do consentimento do senhorio, ou quando o requerente é proprietário de uma fracção autónoma, mas a obra em causa necessita de consentimento do condomínio.

O cerne da questão está, assim, na legitimidade que se deve comprovar, ou seja, se só se deve comprovar a própria legitimidade que se invoca ou se nessa comprovação se incluem autorizações de terceiros, quando respeitem a autorizações necessárias para aquele tipo de obras, de acordo com o direito privado.

A nossa posição sobre a matéria é a seguinte:

Advogamos uma «terceira via», ou seja, o presidente da Câmara deve, em princípio, exigir as referidas autorizações nos casos em que formalmente é inequívoco que são necessárias. Sempre que houver dúvidas sobre a sua exigibilidade, à luz do direito privado, o procedimento deve prosseguir dado que não compete ao presidente da Câmara dirimir questões do foro privado.

Sendo a análise da legitimidade meramente formal não compete à administração municipal resolver casos de fronteira que se formulem no direito privado e sobre os quais possam existir dúvidas quanto à própria exigência dessas autorizações de terceiros.

Assim, formalmente os proprietários de fracções autónomas e os arrendatários têm legitimidade para requerer o licenciamento ou autorização de obras na sua fracção ou no local arrendado, respectivamente.

Tanto num caso como noutro, para certo tipo de obras a sua legitimidade é plena enquanto que para outras é necessária autorização dos restantes condóminos ou dos senhorios.

Nas situações em que é formalmente inequívoco, à luz do direito privado, a exigência dessas autorizações, a legitimidade do requerente só é perfeita com a entrega das mesmas. Sempre que tal não ocorrer, a prova da legitimidade não exigirá a resolução de questões materiais de direito privado.

Aliás, a situação pode ser claramente exemplificada com a questão objecto deste acórdão, tendo presente que as obras nele referidas foram requeridas pelo proprietário da fracção autónoma.

No texto do acórdão, como referimos supra, não são identificadas as obras objecto do licenciamento municipal mas suponhamos que consistiam em obras no interior do edifício e, simultaneamente, em obras na fachada exterior correspondente à fracção.

A legitimidade para requerer obras no interior da fracção pertence, obviamente, ao seu proprietário. Já no que respeita às restantes obras devem ser autorizadas pelos condóminos. No entanto, sendo uma só obra e tendo o requerente legitimidade plena para requerer, pelo menos, parte da obra, pensamos que o procedimento deveria prosseguir. Inclusive, se as obras na fachada forem de simples conservação existia e existe isenção de licenciamento ou autorização para a sua execução pelo que, nesta hipótese, nem sequer se formulava a questão da legitimidade.

Assim e em conclusão, sempre que houver dúvidas sobre a exigibilidade de certas provas, à luz do direito privado, o procedimento deve prosseguir dado que não compete ao Presidente da Câmara dirimir questões do foro privado.

III. Caso fosse considerada necessária a autorização dos condóminos, a sua apresentação seria exigível na fase do saneamento do procedimento.

Ultrapassada esta fase sem a exigência do documento em causa, julgamos que não deveria ter sido considerada como condição ao licenciamento; o procedimento adequado teria sido a elaboração dum projecto de deliberação de indeferimento com base em violação dos dispositivos legais aplicáveis à prova da legitimidade do requerente (artigos 100.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo).

Consideramos, assim, que se tais autorizações fossem consideradas necessárias para provar a legitimidade do requerente, passada a fase correcta para serem solicitadas — o saneamento — poderiam ainda ser entregues pelo requerente na fase da audiência dos interessados.

IV. No que respeita à outra condição aposta ao licenciamento

— Apresentação do termo de responsabilidade de técnico habilitado, pela solidez e estabilidade dos trabalhos efectuados — também deve ser considerada uma condição imprópria dado, que contende com um elemento exigível para a própria perfeição do acto de licenciamento ou de autorização, não sendo assim nenhuma cláusula acessória ao próprio acto.

Efectivamente, o projecto de estabilidade é um projecto de especialidade, referido na anterior Portaria de execução ao n.º 4 do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 445/91 (diploma das obras particulares vigente aquando do licenciamento que estamos a analisar) que, como todos os projectos de especialidade, deveria ter sido apresentado após a aprovação do projecto de arquitectura, caso não tivesse sido entregue inicialmente com o referido projecto de arquitectura.

Todos os autores de projectos têm que declarar que os projectos que elaboraram observam as normas legais e regulamentares em vigor (artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 445/91 e actual

artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16/12, com a nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4/06), pelo que, sendo a apresentação do termo de responsabilidade uma exigência legal à perfeição do próprio acto não deveria, também, ter sido classificada como condição, devendo ter sido consi-derada como outro motivo de indeferimento, no projecto de deliberação de indeferimento.

Maria José Castanheira Neves

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Fernanda Paula Oliveira, *Ordem de demolição: acto confirmativo da ordem de embargo?* CEDOUA, Revista do Centro de Estudos de Direito do Urbanismo e do Ambiente, Ano I, 2.98, pp. 113 e ss.

² Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo, comentado*, 2.ª edição, Almedina, 1997, pp. 568.

³ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, obra citada, pp. 569.

⁴ Fernando Alves Correia, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 126-127.

⁵ Fernanda Paula Oliveira, *A Legitimidade nos Procedimentos Urbanísticos — II Parte*, Revista «O Municipal», n.º 265, Fevereiro de 2003, pp. 8.

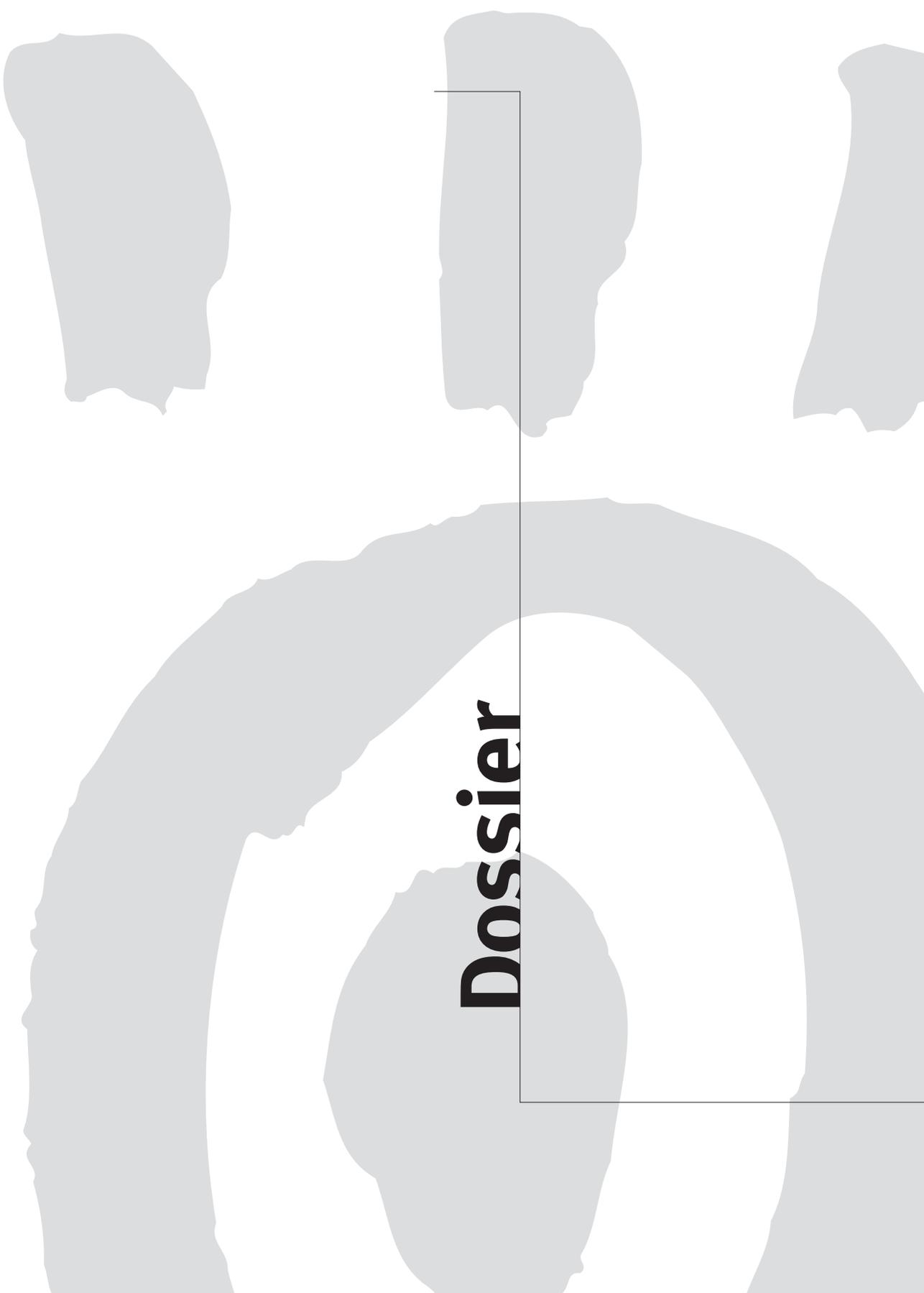
⁶ Fernanda Paula Oliveira, obra citada, pp. 8 e ss.

⁷ Referimos proprietário dado que neste acórdão o requerente do licenciamento era o proprietário da fracção. Como referimos supra, as operações urbanísticas também podem ser requeridas por quem seja usufrutuário, locatário, titular do direito de uso e habitação, superficiário ou mandatário, dado que todos estes direitos legitimam o pedido de realização de operações urbanísticas.

⁸ António Duarte de Almeida, Claudio Monteiro, Gonçalo Capitão, Jorge Gonçalves, Luciano Marcos, Manuel Jorge Goes, Pedro Siza Vieira, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo, Anotada e Comentada*, volume II, Lisboa, 1994, pp. 834 e ss.

⁹ Note-se que a obra citada anotou, entre outros diplomas, os Decretos-Leis n.ºs 445/91, de 20 de Novembro, e 448/91, de 29/11, mas a questão formula-se exactamente nos mesmos termos no actual diploma sobre urbanização e edificação, dado que em todos estes diplomas o requerente deve provar a sua legitimidade.

¹⁰ Fernanda Paula Oliveira, obra citada, p. 10.

A large, light gray, stylized number '2020' is centered on the page. The number has a rough, torn-paper-like edge. A thin black rectangular border is overlaid on the number, framing the word 'Dossier'.

Dossier

Castelo Rodrigo

Exemplo de valorização do patrimônio cultural

Situação geográfica, demográfica e administrativa

Castelo Rodrigo situa-se em território de Riba-Côa. Trata-se de uma antiga vila medieval secular, muralhada, que se ergue no topo de um monte com cerca de 800m de altura. Pertence à província da Beira Interior, distrito da Guarda, Concelho de Figueira de Castelo Rodrigo. A localização privilegiada no cimo de um morro, cuja altitude apenas é superada pela Serra da Marofa (975m), e sua proximidade com a fronteira, são requisitos, em si, justificativos da importância que esta povoação assumiu ao longo dos tempos como praça-forte. Do castelo é possível avistar toda a área do vale, onde sobressaem Figueira de Castelo Rodrigo (a cerca de 5 km de distância), o antigo Convento de Santa Maria de Aguiar (hoje transformado em turismo de habitação) e as áreas de cultivo que se estendem até à fronteira com a Espanha. A antiga vila medieval conta actualmente com cerca de 200 habitantes (segundo resultados do referendo de 1998, eram 240 os eleitores inscritos). Nela se situa a Junta de Freguesia de Castelo Rodrigo, cujo edifício renovado mantém a traça medieval da vila, a Igreja Matriz, fundada em 1192 pelos frades Hospitalários e alguns estabelecimentos hoteleiros e de apoio ao turismo.

A história¹

Nem sempre alinhada com o “lado certo da história”, é ainda hoje possível “ouvir” das ruínas de Castelo Rodrigo as histórias das duras e sangrentas batalhas que ali se travaram. É difícil precisar com rigor as origens de Castelo Rodrigo. Sabemos que o território de Riba-Côa foi ocupado desde o Paleolítico. Em Castelo Rodrigo foram



encontrados vestígios romanos (restos de materiais de construção e moedas) e árabes (cisterna), a somar aos vestígios megalíticos e da cultura castreja que se encontram um pouco por toda a região. Em 1039, segundo o relato da história dos Godos, Castelo Rodrigo é libertada do poder dos Árabes, ficando subordinada ao poder dos Reis de Leão. A origem do nome (“Castelo Rodrigo”) associa-se ao de alguns nobres do Reino de Leão, embora não exista consenso quanto à identidade concreta do nobre em questão. Alguns historiadores defendem que é possível que o nome de Cuidad Rodrigo, conquistada e fundada pelo Conde Rodrigo Girão, esteja ainda associado ao de Castelo Rodrigo. A primeira carta de foral de Castelo Rodrigo foi concedida, em 12 de Setembro de 1209, por D. Afonso IX, rei de Leão, contendo, em oito livros, toda a legislação que regularizava todos os aspectos da vida familiar, social e económica dos respectivos habitantes. O território manteve-se sob a jurisdição de Leão, durante quase 100 anos, até que o Reino veio a ser integrado no de Castela, cerca de 1295.

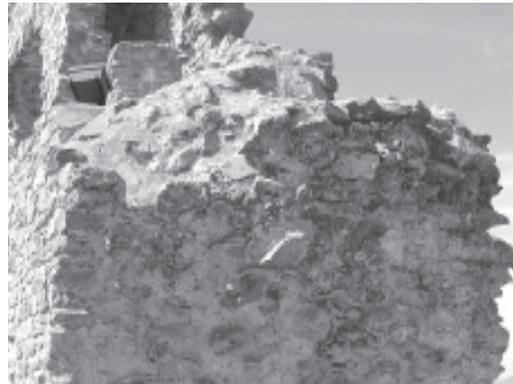
Castelo Rodrigo passa a território português por força do tratado de Alcanices, assinado a 12 de Setembro de 1297. Neste tratado o Rei de Castela (D. Fernando IV) cedeu a Portugal as praças de Olivença, Campo Maior, San Felices dos Galegos e os territórios de Riba-côa. Em troca, D. Dinis cedeu as praças de Arronches e Aracena. Embora só em 1297 Castelo Rodrigo tenha integrado o território português por efeito das negociações do Tratado de Alcanices, cabe salientar que na sequência da conquista daquelas terras algum tempo antes da assinatura do referido Tratado de paz, D. Dinis havia já concedido foro à vila de Castelo Rodrigo a 8 de Novembro de 1296. D. Fernando, reconhecendo a importância das fortalezas da raia, mandou restaurar Castelo Rodrigo. Mas Castelo Rodrigo continuaria a ser palco de duras batalhas. Com a morte de D. Fernando, Portugal viria a mergulhar numa dura crise política que pôs em causa a própria independência nacional e à qual Castelo Rodrigo não ficou alheio. Segundo



os costumes e leis da época, os alcaides juraram fidelidade à filha do falecido rei, no caso, D. Beatriz, e assim o fez Álvaro Gil Cabral, alcaide de Castelo Rodrigo. Mesmo depois da derrota dos castelhanos em Aljubarrota, a 15 de Agosto de 1385, o Mes-tre Aviz viu recusada a sua entrada em Castelo Rodrigo, em 1386, pelo respectivo alcaide que ainda continuava fiel ao Rei de Castela. Apenas em 1387, D. João I conseguir assentar arraiais naquela vila, que, pelo Tratado de Monção de 1389, o qual estabelecia mais uma trégua entre os dois reinos, regressaria à soberania portuguesa, assim como Olivença, Mértola, Castelo Mendo e Castelo Melhor, por troca com Tui e Salvaterra do Minho.

Até ao domínio espanhol iniciado em 1580 apenas cabe assinalar a reforma do castelo em 1499, por ordem de D. Manuel. Este também renovou o foral de Castelo Rodrigo, em 1508, e doou o termo ao filho, o infante D. Duarte o diploma de 1527 impunha aos moradores do concelho a conservação da fortaleza através de contribuições em trabalho para as obras de restauro. D. Sebastião doou a fortaleza a D. Luís de Moura, pai de Cristóvão de Moura. O segundo viria a assumir um papel relevante na entrega do trono de Portugal a Espanha após a morte de D. Sebastião e de D. Henrique. Cristóvão de Moura estava nessa altura ao serviço do rei espanhol, D. Filipe II (I de Portugal) e foi por este elevado à categoria de Conde de Castelo Rodrigo, como pagamento dos seus bons ofícios. Com a morte daquele monarca perdeu os cargos que exercia em Lisboa e foi proibido de regressar a Espanha, pelo que viveu alguns anos no palácio que mandara erguer em Castelo Rodrigo e cujas ruínas são hoje visitáveis.

Quando, em 1 de Dezembro de 1640, a nobreza portuguesa se revoltou e pôs fim ao domínio espanhol, ainda Castelo Rodrigo continuava fiel a Espanha. Segundo a tradição, a notícia apenas chegou àquela vila 10 dias depois. Os populares invadiram a vila e dirigiram-se ao castelo, entrando pela porta da traição, para se vingarem dos espanhóis, mas só nessa altura descobriram que estes



haviam fugido por um túnel secreto que fazia a ligação com o convento de Santa Maria de Aguiar. Mais uma vez o castelo, e agora também o palácio, foram destruídos, ficando a arder por vários dias. D. João IV ao subir ao trono mandou reparar as muralhas.

Mais tarde, em 1762, Castelo Rodrigo após duras batalhas, volta a ficar sobre o domínio espanhol (na altura em que aquele reino assinara o “Pacto de Família” com a França e a Itália), apenas regressando à coroa portuguesa, com a assinatura da paz em Fontainebleau, em 1763.

Em 1797, a defesa de Castelo Rodrigo é novamente reforçada, desta feita por causa da crise com a França, após a subida ao poder de Napoleão. A defesa não foi, porém, eficiente, até porque o castelo, já em ruínas, não estava no pleno das suas potencialidades. Ficaram os registos da passagem dos franceses por aquela terra e das suas pilhagens, em especial no Convento de Santa Maria de Aguiar.

A partir da segunda metade do século XVIII, Castelo Rodrigo começou a entrar em decadência, em especial por se tratar de um lugar muito exposto ao frio e ao vento e pela escassez de água. O fim dos conflitos na Península Ibérica fazia desaparecer a necessidade de defesa e, com isso, as populações podiam procurar outro tipo de conforto estabelecendo-se no vale (na que agora é Figueira de Castelo Rodrigo) sem medo de guerras. É natural, assim, que a 6 de Novembro de 1836, tivesse sido promulgado o decreto que destronou Castelo Rodrigo da qualidade de sede de concelho.

As intervenções actuais

A história de Castelo Rodrigo, só em si, já seria motivo suficiente para uma visita a este lugar. A paisagem que se avista do cimo do monte é suficientemente eloquente da importância estratégica do local no contexto das guerras medievais. Mas o fundamento deste trabalho é muito mais rico do que a descrição de um simples conjunto de ruínas de importante valor histórico, testemunha-doras de várias civilizações



e gentes. O que justificou nossa atenção prende-se com a recuperação de Castelo Rodrigo segundo um conceito dinâmico de património cultural. A transferência da maioria da população para a vila situada no vale (Figueira de Castelo Rodrigo) obrigou à adopção de medidas tendentes a evitar a total desertificação da vila medieval. Assim, a vila conta hoje com uma rede eléctrica, de abastecimento de água e de saneamento, bem como com uma rede de telecomunicações, todas elas enterradas no chão de forma a evitar que fios aéreos pudessem prejudicar a beleza e o aspecto medieval. No âmbito da protecção e conservação dos bens culturais, são de assinalar a classificação das muralhas como monumento nacional, tendo as mesmas sido submetidas a trabalhos de consolidação, iluminação e arranjos exteriores; a Igreja Matriz classificada como imóvel de interesse público; a fonte de Casqueira classificada como imóvel de interesse concelhio. Para além do empenho da Câmara Municipal de Figueira de Castelo Rodrigo, foi ainda possível contar com os apoios do FEDER e INTERREG para as obras de consolidação das paredes do arruinado palácio de Cristóvão de Moura e da porta Nascente da fortaleza, bem como a construção de uma circular externa que facilita o acesso e a circulação automóvel. Para além das intervenções estaduais, são de assinalar também, como muito positivos, os investimentos privados que permitem dotar a vila medieval de outras infra-estruturas necessárias à fixação de turistas e visitantes, fazendo daquela vila mais do que um monumento, um verdadeiro regresso ao passado. Assim, a vila conta com três cafés, um restaurante, uma casa de turismo rural, uma moradia turística e algumas lojas de artesanato e produtos gastronómicos regionais, tudo enquadrado, exteriormente, na traça medieval da vila. Para além destes elementos, são ainda de assinalar a realização de eventos culturais (ex. concertos) nas ruínas do castelo e do palácio e a integração da vila no circuito de provas de todo o terreno. A participação



dos privados no projecto de recuperação da vila é importante e mesmo o repovoamento, potencia-lizado pelo facto de estarem acessíveis na vila todas as infra-estruturas da cidade (saneamento, água canalizada, electricidade e telefone), é fundamental para o desenvolvimento de um conceito de património vivo. Hoje, é possível ter na vila medieval uma casa que por fora é medieval e por dentro tem todas as comodidades das habitações de luxo da cidade.

Da visita a Castelo Rodrigo, da envolveria secular que as ruas nos trazem, da imaginação em que a paisagem nos mergulha, da intervenção humana que tem sido feita e ainda está em curso, trazemos a esperança e a certeza que aquela vila, após tantos desencontros com a História e tantas narrativas de traição, está hoje, quase no nosso tempo, potencializando uma reconciliação com o nosso passado e uma vivência histórica de grande significado.



CEDOUA

¹ Sobre a história de Castelo Rodrigo vide, Júlio António Borges, *Castelo Rodrigo*, Ed. Câmara Municipal de Figueira de Castelo Rodrigo, 2001.



Summaries

Electro Smog and Environmental Neighbour Relations – Some Considerations

This study contains some considerations on the electromagnetic fallout, ordinarily known as electro smog. Firstly, one should underline that this is a problem characteristic of risk societies, using the expression that can be found in sociological literature (Beck, Luhmann). Secondly, and bearing in mind the risks fields to fundamental rights (life, physical integrity, health, quality of life) associated with electromagnetic fields, one sought to outline the legal remedies that can be resorted to in order to solve problems stemming from the adverse effects of the referred fields. The legal means of protection can be found at the constitutional level (right to petition, right to popular action). More energetic means of legal protection – penal remedies – can also be legally adequate, especially when the creation of electromagnetic fields can be reconduced to the *fattispecie* of the common crime foreseen in article 272/1 of the Portuguese Penal Code. One also considers that electro smog raises delicate neighbour questions. This implies that, in the future, one must proceed to a rigorous dogmatic delimitation of civil, urban, and environmental neighbour relations. Finally, the creation of electromagnetic camps points towards the necessity of revising the legal administrative regime regarding the installation of equipment that generates these fields. This includes the definition of value limits, standards, definition of competence rules – of local and central authorities –, and the specifications regarding equipment localisation in urban plans. A new legal regime that contemplates European directives, international norms, and data furnished by science and technology is necessary.

The Institution and Protection of the Natura 2000 Network – Some Problems

The article on the institution and effective protection of the Natura 2000 network seeks to analyse the legislation and national practices relative to nature conservation in light of the European Court of Justice's most recent jurisprudence.

The article begins with a description of the fundamental norms in the Portuguese legal order relative to nature conservation. It proceeds to analyse a case study relative to the special protection zone of the Tejo Estuary which is an example of legislative mutability in Portugal. The essential part of the article then covers themes regarding the concrete institution of the Natura 2000 network and the effective protection of classified zones.

The duty of the concrete institution, which should obey the coherence principle (that is itself the concretisation of the integration principle in the dominion of nature conservation), is the result, firstly, of the conjugated action of three fundamental concepts: the concept of ecological corridors, the concept of transfrontier protection, and the concept of buffer zones. Secondly, a characteristic of coherence exists in the Natura 2000 network. This characteristic stems from the application of certain qualitative and quantitative criterions that designate the zones: the zones that are classified should be the most adequate; they should be sufficient, in number and extension, and they should also be the most useful. It is the totality of these criterions (of adequacy, sufficiency, completeness, and utility) that offers the necessary coherence to the network.

In what respects the duty of effective protection, three essential aspects are covered: the temporary protection of the sites, the protection of species and habitats, and the prior evaluation of the ramifications of any plan or projects regarding those sites.

The necessity to provisionally protect the sites is justified by the fact that a final list of important community sites that will integrate the Natura 2000 network has still not yet been definitively adopted.

The protection of the species and habitats is first analysed in general, then in the particular case of Portuguese law, and also in the perspective of the most recent community jurisprudence. Finally, from the comparison of the legal institute relative to the incidences on the sites with the analogous legal institute of the environmental impact assessment we concluded that both the sphere of application and legal force of the former are more ample. On the contrary, certain procedural aspects such as public participation and study content are more rigorously regulated in the environmental impact assessment regime.

Plan Cautionary Measures

1. In general, cautionary or provisional measures foreseen in our Code of Administrative Procedure are designed to insure the final outcome of a certain administrative procedure in progress. They are considered to be instrumental or preparatory acts tied to the procedure and configure real administrative actions that on their own produce external legal effects that may affect the legal sphere of their addressees.

The requirement of justification, the necessity of notification, and especially the proportionality principle are all characteristics of their respective legal regime. In what respects the last principle one can say that it constitutes the cornerstone of the entire preventive measures building and is reflected in the nature and intensity of the admissible preventive measures and in their temporal delimitation. Beyond these characteristics, one can, also, underline their provisional nature, informality, and celerity in their adoption in view of the fact that, in general, they are justified on grounds of emergency. Consequently, the flexibility in process means that it is not necessary, in general, to comply with the formal rules that guarantee the hearing of the other parties involved.

2. Within the scope of urban law, these general rules suffer some change in accordance with the nature of the public interests that one seeks to insure and with time consuming processes tied to the elaboration, alteration, and revision of planning management instruments. These rules are consecrated in our legislation as plan preventive measures and traditionally appeared as preventive measures. They also appear in the innovative institute referred to as the suspension of license granting which is the suspension of the procedures relative to prior information, licensing and approval.

In both cases we are before measures that are foreseen, in principle, in order to safeguard plans that directly bind private individuals, that is, special plans and municipal planning plans. Secondly, the legal regulation connected to these matters found in Decree-Law n^o 380/99, of the 22nd of September and the Land Law is much more detailed. This greater detail allows for the adoption of more adequate legal solutions in the case of urban law.

3. Although the essential part of the legal regime pertaining to preventive measures can be found in Decree-Law n^o 380/99, of the 22nd of September, the Land Law continues to be applicable in a lesser extent.

This duality in regimes allows us to detect the first specificity of these measures in the urban dominion. They can be adopted not only by the organ competent to approve the municipal plan but also by other entities in charge of safeguarding recognised national or regional interests that have already been or are about to be consecrated in superior plans (sector or regional plans). This solution is the only path available in order to safeguard these type of interests when the municipal plans are in elaboration, revision or alteration (these procedures can even be determined by a new superior plan which imposes a subsequent compatibility of plans).

In order to characterise plan preventive measures one must underline various aspects. Firstly, we are before measures that are not mandatory. Their utilisation depends on a judgement based on proportionality and must demonstrate adequacy, necessity and proportionality. This means that the competent entity must analyse the costs and benefits of the measure in order to determine if the resulting damage stemming from the possible alteration of the characteristics of the site are more harmful than the decision to adopt preventive measures. This decision should be justified based on the referred principles. The justification should be complete as possible and include the norms of the future plan that would be violated if the measures not be adopted.

On the other hand, these measures can be either conservatory or anticipatory although this last one does not mean that we are before a prior application of the plan. Preventive measures can refer to the terms of a plan in elaboration and can be considered in a decision regarding a specific urban pretension. They are not applied in order to allow a specific pretension which is forbidden at the present moment but may be allowed in accordance to the plan in elaboration. It is only in this way that one can understand the flexible tipification of admissible preventive measures and in the fact that they may consist not only in the prohibition or limitation of certain urban actions but also in subjecting them to binding opinions.

Furthermore, in the name of the referred proportionality and necessity principles, preventive measures should be adapted to the situations that are about to be regulated. Consequently, one should prefer less restrictive preventive measures as long as they are able to pursue the desired objective or, for certain areas or certain timeframes within the procedure of plan elaboration or modification, foresee measures that have a differentiated impact in accordance to the objectives that one wants to pursue. What one can not do is subject all urban actions foreseen in the law to preventive measures. These should only cover “necessary actions to attain certain objectives”.

When preventive measures consist in the subjection of urban operations to binding opinions one should understand that those opinions, in order to avoid incongruent solutions or a duplication of efforts, should be emitted by entities that have an active participation in the definition of the conceptions and options subjacent to the proposed plan in elaboration (revision or alteration). It is also defensible and desirable that the constitution of a specific team or an ad hoc entity integrate a representative from the municipality or the external team elaborating the plan, a representative from the mixed committee that co-ordinates the plan if we are dealing with a municipal planning plan and a representative from the Environmental and Planning General Directorate.

In what respects the influence of the necessity principle in the regime regarding preventive measures, it reflects itself in the territorial scope of its application — it should only cover the area that is adequate to satisfy certain ends and expressly admit that those areas may not coincide with the overall area of the plan — and in the temporal scope of application — the law must foresee maximum time limits for its validity, prorogation, and suppletive time limits of validity when none are expressly established.

From the respective legal regime stems another consequence. The same area can only be subject again to preventive measures four years after the expiration or revocation of the last preventive measures. However, this is a relative prohibition due to the fact that it can be superseded by the occurrence of exceptional circumstances. In these circumstances, additional justification is needed as well as ratification. In our opinion, this legal disposition applies both to new preventive measures (preventive measures that safeguard another plan) and to the “renewal” of existing preventive measures (preventive measures that safeguard the same plan).

Preventive measures have the legal nature of administrative regulations. Therefore, their legal value is identical to plans and directly and immediately binding on private individuals.

They are subject to the same formal, material, and procedural regime although due to their preventive and urgent character the public administration does not have to comply with the norms that impose public participation and discussion.

One must also refer that the valid rule of *tempus regit actum* relative to preventive measures and which determines that they only apply to the future and that one must safeguard the administrative acts that were executed prior to the entering in to force of the refereed measures. However, there are exceptions to the rule above. These include licenses or authorisations in which there is a favourable prior information – in this case the public administration is obliged to license or authorise in conformity with that information and therefore not in conformity with the preventive measures in force. Also excluded from the effects of preventive measures are licenses which already have the approval of the respective architectural project in view of the fact that this act definitively considers the conformity of the project with the applicable legal regulations. This verification having occurred in a moment prior to the entering into force of the preventive measures consequently places this licence beyond the application of the same measures.

Finally, in what refers to the legal consequences that might stem from the adoption of preventive measures one can underline, on the one hand, the compensation effects, and on the other hand, their influence in the suspension of the referred plan or plans that fall upon the area in reference.

4. Although the suspension of prior information procedures, licensing, and authorisation (from the public discussion phase of the proposed plan until their entering into force or after a 150 day time period) configure an innovation in our most recent urban legislation these matters were the object of less detail than preventive measures and can be found in just two articles. This lack of regulation allows for more flexible adaptation in concrete cases but also generates unsurpassable imprecision.

From the point of view of their respective legal regime one should underline, firstly, that the referred suspension is only applicable when the process relative to a municipal planning plan or special plan is under way. The regime does not apply to prior information procedures, licenses and authorisations relative to projects that under the law are protected by the guarantee of the existent (reconstruction works and the alteration of existing buildings as long as those works do not originate or increase the nonconformity with the norms in force or have as a result an improvement in the building's safety and health conditions) and licensing or authorisation procedures whose requests were instructed with a binding favourable prior information as well as, in our opinion, licensing procedures where there is a architectural project already approved.

In what regards the spatial scope of application of procedural suspension and bearing in mind the necessity principle — which requires a restrictive interpretation of the respective legal precepts — as well as the end that one seeks to attain one defends that that it must only apply to the areas that, in a comparative analysis between the plans in force in regard to that area and the proposed future plan submitted to public discussion, deserve distinct urban solutions (new urban rules). The public administration should only make use of the referred suspension if a reasonable possibility of violation of the future plan in light of the proposed plan submitted to public discussion exists.

In what refers to the areas the plan in elaboration foresees innovative rules (areas that should be fully identified in the act that publicises the opening of public discussion) such as the suspension of procedures taking place or that are about to begin after the opening of the public discussion phase functions automatically. However, in view of their preventive character (the end which this institute seeks to insure) and the principles that it must obey, with special relevance to the necessity principle, it is not always justifiable

to maintain procedural suspension. This obliges the Administration to lift the suspension relative to those procedures, in light of the proposed plan before public discussion, that would not have a different solution from the plan in force or that, being different, were formulated in accordance to the plan in elaboration or modification. This obligation on the part of the Administration corresponds to the private individual right to due procedure and constitutes a right that can be guaranteed by the courts through legal action that condemns the administration to practise a mandatory administrative act in accordance to the Administrative Courts Procedural Code.

The lifting of the procedural suspension will be the object of an administrative act with a binding content, namely in what refers to necessity of its utilisation. It is an act in which the administration analyses the grounds that determined the suspension and reviews them in accordance to the law in order to maintain the suspension. If the suspension is no longer justifiable, the procedures should be allowed to follow their course and requests decided on conditional grounds. This conditioning has a dual utility. They impede the adoption of solutions that are contrary to the legal order in force and exclude the possibility of compensation referring to damages caused by the new plan to rights acquired in a prior moment by private individuals. This is due to the fact that those rights because they are subject to a suspensive condition never become to be acquired if it does not occur (that is, if the plan is not approved in the proposed manner).

In what refers to the legal regime relative to procedural suspension it is worth underlining a few aspects. Firstly, the rule regarding the 150 maximum day period of suspension is useless due to the long periods connected to planning procedures. This time period will never be respected. Secondly, the law only refers to the possibility of procedural suspension in situations of plan elaboration and revision which are directly binding on individuals. However, such a mechanism should also function for the rest of the situations referring to a dynamic plan (with the exception of the alterations subject to the simplified procedure). This leads to the unequal treatment of situations that are materially identical and consequently violates principles that should guide administrative action. Thirdly, the absence of an express reference of the law to the legal consequence resulting from the violation of the preventive measure, justifies a coherent solution that is identical to the violation of preventive measures (nullity).

5. The question of the possible relation between preventive measures and procedural suspension as plan cautionary measures was not expressly treated by the legislator. Therefore, some aspects are clarified. In this manner, it is worth underlining that if the preventive measures have become invalid due to the passing of time (established or maximum time limit) the intervention of the procedural suspension within the 4 year time limit implies a substantial effect on the same time limit. Having not respected this time period, this brings about compensation due to the “damages provoked to the person in cause due to temporarily not being able to use land towards an admissible end”.

Secondly, one defended that having considered the different presuppositions of application and the diverse characteristics of the two cautionary measures analysed, it is impossible for the two to co-exist at the same time. There are various arguments in this sense. The first one regards the fact that the legislator treated them separately and did not bother to articulate these two types of measures. The second one refers to the fact that these two measures have very different effects. Their simultaneous application would lead to contradictory and unsatisfying results. The necessity principle has a say here in its instrumental version. One must conclude in the sense that adopting preventive measures before the public discussion phase of the plan makes procedural suspension unnecessary, in that the adoption of the former affect the useful effect of the plan. One must therefore



exclude procedural suspension due to the fact that it configures a more serious measure, in the vast majority of cases, than the adoption of preventive measures. The final conclusion that one arrived at in these matters is that procedural suspension has the nature of a suppletive cautionary measure and should only function when the competent administrative organs do not use preventive measures.

From Contemplating Ruins to Sustained Heritage: A Contribution Towards the Adequate Understanding of Cultural Goods.

There is a preoccupation in elaborating a legal framework that regulates the utilisation of goods that guarantees not only their present fruition by the present generation, but future generations. Today, this preoccupation is not exclusive of environmental law. Within the sphere of goods that integrate our cultural heritage it is important to guarantee that future generations can contact “civilization”. This is important in an era of globalisation and fundamental in order to guarantee peoples identity.

In this manner, it is important to convey the new orientations in cultural heritage law. The classical instruments of classification and inventory are not sufficient to protect cultural goods. Firstly, it is important to distinguish between conservation and valorisation of those goods. While conservation limits itself to guaranteeing that the good maintains its initial qualities, valorisation implies a set of activities that seek to make the good more known and used. This valorisation can be the application of measures that assure the economic sustainability of the good (economic valorisation) or go a little farther and allow for an increase in its merits (historical or artistic) which exist within the good (cultural valorisation). The discussion around these concepts is especially important today in view of the fact that urgent solutions are needed in order to guarantee the financing of cultural goods.

The problem relating to the conservation of cultural goods and, more concretely, the responsibility of promoting that conservation are connected to more complex questions such as: 1) the articulation between the legal regimes of property and protection of cultural goods; 2) the coordination between state and civil society duties in cultural heritage conservation; 3) the harmonisation between the liturgical use and cultural use of religious goods which represent an important part of our cultural heritage.

In this manner, it is important to clear up some important notes: 1) the fact that public entities are owners of goods (buildings) of cultural value does not mean that these goods are included in the public domain; cultural goods can be the object of more than one legal regime (a cultural dimension can be added to the property dimension of the good); 2) the cultural dimension that integrates the legal regime that covers a good with cultural value is composed by rules and principles whose content is not altered in function of the quality of its owner. This means that what we designate as public cultural domain applies to goods that are held by public and private entities as well as the Church; 3) the present law on Cultural Heritage recognises the liturgical use as a means of cultural fruition of the good although this implies a necessary articulation between the Church and the State in what respects visitation regime for those goods where religious ceremonies are held.

The conclusion that we can retain from the complexity of the relations tied to these goods with cultural value is that the State is obliged to contribute to conservation and valorisation tasks both in legal terms (by creating effective legal instruments in order to carry out those tasks) and financial terms by direct (subsidies) or indirect means (tax incentives). Whether by attributing money or forfeiting tax money, the State has a preponderant role in the protection of cultural heritage. However, it is not the only entity responsible.

The remaining responsibility belongs to the owners of the goods whose duty to society and future generations should be fulfilled not only in the form of covering conservation costs but in seeking alternative uses of the goods which can guarantee their respective valorisation and fruition. In respect to this last point tourism has represented the key to success.

It is also important to underline that the states obligation to defend our cultural heritage goes far beyond the approval of specific measures. The preoccupation should begin by including the prevention principle, which can utilise instruments from other branches of law: planning, urban, and environmental law. In respect to planning law it is important to mention the detail plans foreseen in the Cultural Heritage Law. These plans have a content similar to the special plans although they have not yet been regulated. Consequently, they have assumed, in practice, the form of simple detail plans (a category within the municipal planning plans). We consider this to be insufficient in light of the values that need to be protected and propose that the legislator within the array of planning plans place detail plans within the category of the sector plans. It is also important to refer to environmental impact assessment. This legal instrument normally associated to environmental law can and should be utilised in the protection and safeguard of cultural heritage. This dimension is particularly evident in two moments: 1) in the legal definition of “sensitive areas” where one can include the areas of protection referring to national monuments and buildings of public interest as defined by the Cultural Heritage Law and in our opinion should include the areas relative to buildings that are in the process of classification; 2) the inclusion of the reference to architectural and archaeological heritage as elements that make up the minimum content of an environmental impact study.

In what respects the preservation of cultural heritage and the fulfilment of the constitutional duty of promoting conservation and valorisation, the Cultural Heritage Law concentrates its attention on the support that the State should concede. One can underline the tax incentives granted to the owners of classified buildings and the connection to fiscal legislation and to the statute of the *mecenato*”. This last statute, although it contains unclear dispositions, is a fundamental instrument in the financing of cultural heritage (as recognised by the national and international doctrine). In fact, it is through this regime that cooperation between civil society and the State is established in the realisation of public and private tasks. Civil society provides financial resources to execute tasks that would have to be supported by the State. The State, in turn, reduces or dispenses the tax burden of those private entities.

The norm in cause also refers to the necessity to approve other financial means of support (beyond the fiscal means) in order for private entities to promote and conserve our cultural heritage. However, it is still not possible to find other instruments that respond to this objective in our legal order. However, there are programs within the scope of urbanism and tourism that have been used by public and private entities to conserve and valorise cultural heritage.

In this manner we conclude by stating that there is a necessity to underline a dynamic concept of cultural heritage that can not only answer financial needs but also allow for the development of alternative uses of goods that, in a final analysis, carry out their function of cultural valorisation. We are referring to the possibility of reusing buildings and adapting them to the requirements of modern society while guaranteeing their value as witnesses of civilisation.

Translated by Mário Barata