RESERVA DE NORMAÇÃO AUTÁRQUICA, TUTELA E AUTOTUTELA EM MATÉRIA DE PLANEAMENTO URBANÍSTICO

João Albuquerque *

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

I

A Reserva de Normação Autárquica

1. O problema, complexo, da reserva de autonormação das autarquias locais foi, recentemente, objecto de reflexão levado a efeito por VIEIRA DE ANDRADE [1] e SÉRVULO CORREIA [2].

Importa, por isso, num esforço de síntese e sistematização, tomar contacto com as questões mais relevantes que o problema suscita, bem como as posições que aqueles autores sobre elas tomaram.

---

* Relatório apresentado no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, em Língua Portuguesa, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, na Disciplina de Direito Administrativo, no ano lectivo de 1994/1995.

1 Cfr., José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar e reserva de lei, Algumas reflexões acerca de admissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e garantias, in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1984, p. 19 e ss.

2 Cfr., José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra Almedina, Coimbra-1987, p. 261 e ss.

Os primeiros dilemas, equacionados por VIEIRA DE ANDRADE, prendem-se com a autonomia das autarquias locais Por um lado, trata-se de uma "*opção estadual* soberana, efectivada através da Constituição"[1] ou traduz um "mero reconhecimento (declarativo) da autonomia originária de comunidades pré estaduais"? Por outro lado, constitui um "direito fundamental ou uma figura equiparada ou derivada da autonomia da pessoa humana" ou, pelo contrário, é uma "manifestação específica do *princípio da descentralização administrativa, eventualmente em combinação com o princípio democrático*"?[3]

O professor de Coimbra, tomando por ideias pressupostos[4] ou pontos de partida, inclina-se no sentido do primeiro e do último dos termos das questões dilemáticas, isto é, a *autonomia local* é uma "*opção estadual soberana*, efectivada através da Constituição e uma" "manifestação específica do *princípio democrático*".

No primeiro dos sentidos, VIEIRA DE ANDRADE, por uma lado, parto do "princípio de que a legitimidade dos poderes locais se encontra no quadro da comunidade estadual, cuja vontade não é assim mera condição de existência, mas fundamento de validade da ordem autárquica"[5]. Por outro lado, se considera "correcto contrapor a lógica da autonomia local à do aparelho estadual[6], já é

---

3 *Autonomia regulamentar*..., cit., p. 20-21. Para Rui MACHETE "a consagração constitucional da autonomia das autarquias constitui um dos exemplos mais claros das chamadas garantias institucionais". Cfr. Parecer n.° 6, *O Poder Local e o Conceito de Autonomia Institucional*, in Estudos de Direito Público e Ciência Política, Fundação Oliveira Martins – Centro de Estudos Administrativos, 1991, 570.

4 Tenha-se presente que VIEIRA DE ANDRADE, abstem-se de reflectir sobre os problemas relativos à natureza das entidades autárquicas e à sua inserção no sistema político e social, quer no plano da interpretação constitucional da garantia da autonomia administrativa, quer no âmbito de uma construção doutrinária do Estado. Cfr., ob. cit., p. 19-20. Questões que naturalmente também não abordaremos.

5 Também para ROGÉRIO SOARES, o sistema estadual ao estabelecer uma "aparelhagem destinada a gerar *legitimidade (Política)*, através de um processo de trabalho das informações" – informação e comunicação essas que crescem proporcionalmente ao aumento da "diferenciação de funções" – consegue "estabelecer um equilíbrio entre a definitividade do modelo de acção e a flexibilidade no desenho do modelo de adpatação às exigências mutáveis da situação". Assim, "ao seu lado etrutura-se, com critérios de racionalidade diferentes, uma *Administração*, um sistema de uso ou execução da legitimidade". Cfr., *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlândida Editora, Coimbra-1969, p. 131-132.

6 No mesmo sentido, ROGÉRIO SOARES: "Quando apontamos a "autonomia do município" ou falamos em "entes públicos menores", estamos agora a pôr em relevo uma simples contraposição técnica com o Estado-máquina, uma vez que se dissolvem a base sociológica da primitiva distinção. Se podemos assim aceitar que há, em virtude da negação de laços hierárquicos com a máquina estadual, uma independência do município em face do Estado, é por outro lado evidente que o município faz parte do Estado, se tomarmos para este um conceito mais largo, que equivaleria grosseiramente à administração pública. O município não faz parte do Estado no

duvidoso que se possa desintegrar essa autonomia do quadro da *organização estadual* da comunidade".[7]

No segundo sentido, VIEIRA DE ANDRADE considera que "apesar desta relativa *desvalorização*[8], o princípio da autonomia das autarquias locais não perde o seu significado substancial, vale como *garantia constitucional* do reconhecimento de *um conjunto de interesses próprios* das comunidades locais, em contraposição aos interesses nacionais (artigo 237°, n.° 2), impondo em consequência ao legislador que concretize o âmbito desses interesses próprios através da demarcação de áreas de *atribuições* específicas dos entes públicos autárquicos e da delimitação de *zonas de competência própria ou exclusiva* dos órgãos respectivos, segundo a directriz descentralizadora reafirmada no artigo 239° "[9].

2. SÉRVULO CORREIA introduz um outro dado à discussão do problema. Produto da diferenciação de funções, a autonomia empresta, por sua vez, ao princípio da separação de poderes uma nova configuração: a da *separação vertical*.[10] "A *separação territorial de poderes* – refere o autor – marca decisivamente a estrutura constitucional"[11], ao conferir às autarquias locais uma condição existencial da organização democrática do Estado[12].

A inserção das autarquias no âmbito do poder político, fazendo emergir o poder local, põem-nas em condição de "mera ordem administrativa e da mera sujeição à lei"[13]. A autonomia significa "o poder de auto-regular os próprios

---

mesmo sentido em que dizemos que o indivíduo é um seu elemento". Cfr., ob. cit., p. 132-133.

7 Para SÉRVULO CORREIA "*a Constituição* define as autarquias locais em função da necessidade de organizar a prossecução dos interesses próprios de um certo agregado populacional mediante órgãos próprios, representativos dos respectivos habitantes. São emanações dessas populações e não do Estado, de quem são completamente distintas". Esta posição parece ir em sentido contrário à perfilhada no testo por VIEIRA DE ANDRADE, se é que, não se trata de uma questão puramente semática, já que SÉRVULO CORREIA acrescenta que "a qualificação da Administração como autónoma significa que as pessoas colectivas que a compõem não recebem a orientação político-administrativa do Estado, extraindo-a antes da vontade democraticamente manifestada pelos seus membros". Cfr. Legalidade..., cit., p. 262. Sobre uma "concepção romântica ou jusnaturalista (Marcello Caetano) do municipalismo como realidade anterior ao Estado e como legitimidade que lhe é superior" cfr. Rui MACHETE, Parecer n.° 6, cit., 567.

8 A relativa desvalorização advem-lhe do acento posto no "carácter organizatório" da autonomia local.

9 *Autonomia regulamentar*..., cit., p.21.

10 Legalidade..., cit., p. 262.

11 Ob. cit., p. 263.

12 "As autarquias locais compõem também elas uma estrutura do poder político, cujo *tonus* democrático contribuem para assegurar (Const., artigo 237.°, n.° 1)". Cfr., ob. cit., p. 263.

13 Também para VIEIRA DE ANDRADE "a previsão expressa na Constituição de um *poder regulamentar próprio* das autarquias locais representa, em correspondência", a garantia de uma

interesses, de se dar a própria norma" [14], ou seja, a *autonomia local* configura-se agora como *autonomia normativa*, como a "titularidade de um poder regulamentar fundado na própria constituição, tal como o do Governo" [15], mas em que "o poder normativo das autarquias locais não é ditado pelas mesmas razões que explicam o poder regulamentar da Administração Central" [16].

3. A ideia de autonomia normativa das autarquias só é apreensível, em toda a sua profundidade, à luz da compreensão da indissociabilidade do princípio democrático e do princípio da legalidade, com que aquela se configura e estrutura e nos mecanismos de compensação de compensação das perdas ou compressões que o seu âmbito e alcance sofrem. Ou seja, a lei, como expressão normativa do "nexo – constituído pela representação política – entre a generalidade dos cidadãos e o poder público" [17] (princípio democrático) vê subtrair-se ao seu domínio uma parcela da actividade da administração autárquica derivada da incompatibilidade entre a "legitimação democratico-representativa" e "uma simples actividade de execução da lei" [18]. Do que resulta uma compressão [19] do âmbito e alcance do princípio da legalidade.

Mas, se a reserva de parlamento é, em abstracto, "uma derivação lógica do princípio democrático – que impõe que as questões essenciais para a comunidade nacional sejam debatidas pela assembleia que exerce a representação nacional – poderiam, sem contradição, as assembleias representativas locais apreciar tais matérias e sobre elas deliberar sempre que, pela sua natureza, sejam elas cindíveis e passíveis de redução à escala de uma comunidade local e de ajustamento à sua necessidade específica" [20].

Evidencia – se aqui uma deslocação do centro de realização do princípio democrático: do território (assembleia) nacional para o espaço (assembleia representativa) da autarquia, sem que tal deslocação ponha em crise a existência autonoma da vontade popular expressa naquela. Mais, do que uma deslocação ou sobreposição é de um verdadeiro reforço que se trata.

---

reserva de normação e a imposição ao legislador da definição de uma zona de *competência normativa exclusiva* dos entes autárquicos:. Cfr., *Autonomia regulamentar*..., cit., p. 21-22.

14 Ob. cit., p. 262-263.

15 Ob. cit., p. 263.

16 *Ibidem*.

17 Cfr. MARZUOLI, *Principio di Legalitá e Attività di Diritto privato della Pubblica Amministrazione,* 29 a 32, citado por SÉRVULO CORREIA, ob. cit., 264, (446).

18 Sobre a evolução e a adequação da actividade administrativa às diversas formas de Estado e às relações entre a Administração e a lei, cfr., ROGÉRIO EHARDT SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, MCALV, 43 a 99.

19 SÉRVULO CORREIA fala mesmo em *redução*. Cfr. *Legalidade*..., cit., 264.

20 *Legalidade*..., cit., 268.

Acresce que, a escolha da "orientação político-administrativa que presidirá às soluções dadas por via administrativa aos principais problemas da comunidade local" [21], através da eleição por sufrágio [22] dos órgãos autárquicos não deixa de completar esse reforço do sentido e alcance do princípio democrático.

A aparente perda da "primazia da lei sobre as normas e restantes actos da administração estadual" (princípio da legalidade), justificada pelo princípio democrático [23] é compensada pelo "reforço das fórmulas que asseguram a orientação do poder político pelo povo (princípio democrático), que é o fundamento maior da legalidade" [24].

À autonomia do poder local, que implica a legitimação democrático-representativa das autarquias acresce a autonomia normativa, que se exprime maxime na titularidade de um poder regulamentar independente, que "não contradiz antes integra o princípio de legalidade" [25].

4. O entendimento que RUI MACHETE tem da autonomia local, como "garantia institucional", leva-o a considerar a necessidade de existência de "um conteúdo mínimo ou, aplicando o conceito utilizado em matéria de direitos fundamentais, um conteúdo essencial de autonomia, que tem de ser respeitado, sob pena de obliteração da figura" [26].

Noutro ponto da sua obra, o autor explicita o seu pensamento "afigura-se-nos, assim, como mais consentâneo com a vontade do legislador constituinte considerar que *só fazem parte da reserva de lei; aquelas matérias e respectiva regulamentação que dizem respeito ao domínio incompressível da autonomia, ao conteúdo essencial da garantia institucional*. Pertencem, assim, seguramente ao estatuto das autarquias – conclui o autor –, a definição das suas atribuições básicas exclusivas, a definição de um património próprio e o regime das suas

---

21 Ob. cit., p. 264.

22 Eleição por *sufrágio directo* da assembleia municipal e da câmara municipal e eleição por *sufrágio indirecto* das juntas de freguesia. Embora estas tenham "poderes regulamentares muito circunscritos quanto à matéria" o "modo de eleição" por sufrágio confere-lhes a suficiente "legitimidade democrática". Cfr., *Legalidade*..., 263.

23 Cfr. Legalidade..., 264.

24 *Ibidem*. Os parênteses são nossos.

25 "Como a formulação das orientações de base reveste a forma normativa de regulamento, pode afirmar-se que o poder regulamentar é uma expressão da autonomia local. E pode mesmo, porventura, ir-se mais longe, concluindo que é na titularidade de um poder regulamentar independente que reside o cerne dessa autonomia". Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., 264, bem como as notas (444) e (445), onde vem citada bibliografia que fundamenta as conclusões: GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*..., II, cit., 392 e AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, 432. No mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar*..., cit., p. 22, nota (40).

26 Cfr. Parecer n.º 6, cit., p. 570.

finanças, o modo da sua estruturação interna e da organização dos seus serviços, bem como as bases do regime e quadros do seu pessoal"[27].

5. Mas, se o princípio democrático e o princípio da legalidade são indissociáveis no contexto da ideia de autonomia normativa das autarquias locais, e se a essência ou cerne da autonomia local assenta numa autonomia normativa entendida, não como mero "poder de emitir normas próprias"[28], em geral, mas como um poder de emitir regulamentos independentes[29], então, o nexo de indissociabilidade entre tais princípios tem de consentir uma abertura: aquela que se traduz no poder de emissão de regulamentos que não se fundam directamente na lei, enquanto emanação da vontade parlamentar ou governativa, mas exclusivamente nas normas constitucionais[30].

Esta exigência de abertura vem a traduzir-na exigência de uma outra concepção do princípio da legalidade, entendido agora em sentido amplo, que pondo a funcionar a constituição como lei, substitui o princípio da legalidade, em sentido restrito, pelo princípio da constitucionalidade[31].

É certo que se trata ainda de uma compressão ("redução") do sentido e alcance do princípio da legalidade, entendido em sentido amplo, que não do seu eclipse, se porventura nos fixassemos no seu sentido restrito[32].

---

27 Ob. cit., p. 575.

28 "A autonomia local é...constituída por um feixe de elementos que só interligados permitem falar de uma verdadeira autonomia. A falta de um dos elementos referidos coloca o ente local na dependência do Estado. Daqui decorre que não seja tanbém possível apresentar um conceito simples de autonomia como, por exemplo, o que se baseia no poder de emitir normas próprias (autonomia normativa)". Cfr. António CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais,* Coimbra Editora, 1993, p. 128.

29 Se a autonomia autárquica, enquanto poder (político) local colhe o seu sentido essencial na legitimação democrático-representativa dos órgãos autárquicos (princípio democrático), a essência da autonomia normativa, na linha do pensamento de AFONSO QUEIRÓ, SÉRVULO CORREIA e VIEIRA DE ANDRADE repousa na titularidade de um poder regulamentar independente (princípio da legalidade).

30 Como escreve AFONSO QUEIRÓ, "as autarquias locais têm o poder de auto-normação, uma competência reguladora geral consagrada ou reconhecida na Constituição (art. 242.º). O papel da lei ordinária, quanto a esse poder, é em rigor apenas o de delimitar, não podendo comprimi-lo livre e arbitrariamente. O fundamento desse poder é, pois, em primeiro lugar a Constituição". Cfr. Lições de *Direito Administrativo*, 452.

31 Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª ed. rev., cit., p. 913, a propóstito dos *regulamentos autónomos*. Ver, ainda, a ideia de "habilitação legal implícita da emanação de regulamentos", na p. 914, bem como a nota (9).

32 Para BARBOSA DE MELO "o conceito de legalidade coloca uma questão dogmática de relevância geral na Administração do Estado-Direito. Desde há muito (v.g. R.THOMA), o conceito aparece-nos entendido em dois sentidos – no *sentido amplo*, no qual a expressão abrange aquilo a que HAURIOU chamava o "bloc de légalité", isto é, todos e quais princípios e normas consa-

A ideia de reserva de autonormação autárquica, nesta perspectiva [33], não dispensa uma *habilitação geral*, mas consente num espaço "em branco, para fazer normas *dentro de fronteiras determinadas*" [34].

6. Cometendo a Constituição à *lei* a definição do "estatuto autárquico" [35], importa, em primeiro lugar, clarificar a natureza ou o carácter próprio da *lei*, constitucionalmente exigida para aquele efeito, bem como o sentido e alcance, que a mesma tem nas relações que se estabelecem entre o Governo e a Assembleia da República, por um lado e as autarquias locais, por outro lado.

Na evolução do ordenamento constitucional, a originária supremacia do Governo-legislador concedida pela Constituição de 1933 foi progressivamente comprimindo-se em favor do parlamento: num primeiro momento, através da criação da figura da reserva (relativa) de competência legislativa [36]; num momento ulterior, mediante a consagração da figura da reserva absoluta [37] que, acom-

---

grados em fontes formais de direito administrativo (Constituição, Convenção internacional e acto normativo comunitário, leis parlamentares e decretos-leis, regulamentos e fontes de princípios gerais de direito); e no sentido restrito, em que a fórmula abarca apenas os princípios e normas constantes dos actos legislativos propriamente ditos (leis parlamentares e, porventura, decretos-leis). Cfr. *Direito Administrativo II*, Sumários das lições proferidas na Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1986/87, Coimbra, 1987, p. 67-68. Ver, também, o problema, suscitado por GOMES CANOTILHO, de saber se a precedência da lei pode ser susbsituida por *precedência de normas de direito internacional ou comunitário, cfr. Direito Constitucional*, 6.ª ed., p. 912.".

33 Como anota SÉRVULO CORREIA a doutrina portuguesa posterior a 1976 tem-se dividido em torno da questão da admissibilidade de um poder regulamentar independente do Governo, isto é, independente de premissão do legislador ordinário. Em sentido negativo, pronunciaram-se GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, 1986, 307 e 6.ª ed., 912-914), ESTEVES DE OLIVEIRA (*Direito Administrativo I*, Coimbra, 1980, 115-116) e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.ª ed., I, 390; e 3.ª ed. rev., 1993, 513-514, onde se fala na lei como pura *norma de produção normativa*). Em sentido afirmativo, veja-se a posição de AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, Coimbra, 1977, 38; *Lições de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1976, 421-427 e *Teoria dos Regulamentos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XXVI, 1980, 13.

34 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, Autonomia regulamentar..., cit, p. 22, nota (41), onde cita HAUG, *Neue Juristiche Wochenschrift*, 1962, p. 675 e L. PREJO ALFONSO, *La autonomia Local*, in Revista de Estudios de la Aministracion Local y Autonomia, n.° 229, p. 51 e ss. (54, 60).

35 CRP, art. 239.°. Sobre o âmbito do estatuto das autarquias locais, cfr., GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, anot. XX, ao art. 168.°, 676.

36 "A figura da reserva (relativa) de competência legislativa, surgiu com a Constituição de 1933 (revisão de 1945), como único limite (aliás pouco extenso) aos amplos poderes legislativos que o Governo veio a adquirir no domínio dessa Constituição". Cfr., GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, anot. I, ao *art. 168.°*, 669.

37 "Este preceito for acrescentado na primeira Revisão Constitucional (1982), pois na versão originária da CRP (aqui seguindo o precedente da Constituição de 1933) não havia um domínio

panhada pela extensão das matérias submetidas a reserva relativa[38], acabariam por determinar o actual quadro do poder legislativo.

Se a figura do Governo-legislador não foi abolida[39] passaram, contudo, a haver domínios da competência exclusiva da AR; de diferenciada intensidade, um domínio absolutamente reservado em que sóa AR pode legislar e uma área relativamente reservada de matérias que pertencendo prima facie ao parlamento, pode também vir a incluir-se na actividade legiferante do Governo, mediante lei de habilitação da AR (autorização legislativa), desde que esta seja exercida no quadro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos nos n.os 2 a 5 do art. 168.º [40].

A reserva relativa de competência legislativa teria, neste entendimento, o significado de uma partilha da titularidade da competência, ficando, contudo, o seu exercício por parte do Governo dependente de autorização da A.R. Mas outro entendimento pode ser perfilhado (no sentido de a titularidade da competência ser exclusiva do parlamento, embora este possa permitir que o Governo a exerça, mediante autorização legislativa). Se o primeiro dos entendimentos perfilha a tese da autorização, o segundo, defende a tese da transferência de exercício. Trata-se, contudo, de matéria, que não será tratada no presente estudo.

A definição do "estatuto das autarquias locais, incluindo o regime de finanças públicas" insere-se, por força da Constituição[41], nos domínios da compe-

---

legislativo absoluto da AR (for a os actos políticos do *art. 164.º* que revestissem forma de lei), mas apenas um significativo espaço relativamente reservado (primitivo art. 167.º)". Cfr., ob. cit., anot. I, ao *art. 167.º*, p. 662.

38 À primitiva redacção do *art. 167.º* que, alargara substancialmente o elenco das matérias reservadas, relativamente à revisão de 1945 da Constituição de 1933, a revisão constitucional de 1982 acrescentaria as actuais alíneas d) a h), p), s), u), x) e z) e a LC n.º 1/89 ampliou o leque da competência reservada aditando as als. r) e a a). Cfr., ob. cit., anot. I, ao *art. 168.º*, 670.

39 Se as *regras* são definitivas, os *princípios*, pelo contrário, revestem um carácter de *prima facis*, isto é, estão sujeitos a um juízo de optimização. Teremos oportunidade de entrar em contacto com a distinção entre *regras e princípios*, por ora, bastar-nos-á chamar a atenção para o facto de que, ao contrário do entendimento ainda embrionário da doutrina, a *optimização* não se verifica apenas entre princípios, mas pode também ocorrer no interior de princípio, no caso vertente no seio do *princípio de reserva de lei do parlamento*: a AR detem uma competência exclusiva, mas é lícito ao Governo legislar, mediante uma prévia lei de habilitação (autorização legislativa) e a posterior sujeição da legislação governamental ao *controlo político* ou de *ratificação* da AR (CRP, *art. 172.º*). A modelação absoluta do princípio de reserva de lei do parlameto (*art. 167.º* da CRP) contem, pelo contrário, uma *regra*, pelo que obedece à lógica de "tudo-ou-nada". Mas, também no domínio desta, pode haver a necessidade de considerar a regra "*hoc sensu*", e a excepção – quando a mesma se encontre contemplada – o que em nada, porém, altera as premissas da distinção.

40 Para SÉRVULO CORREIA, o Governo tem competência para legislar sobre as matérias enunciadas no artigo 168.º *da Constituição*, mas o seu exercício depende de autorização da Assembleia da República, cfr., *Legalidade*, 211.

41 CRP, *art. 168.º, n.º 1 alínea s)*.

tência excluxiva da Assembleia da República, mas sujeita a uma reserva relativa de competência legislativa[42].

7. O problema que agora nos ocupa prende-se com o sentido da lei: lei em sentido formal ou lei em sentido material?

A moderna juspublicística muito deve ao pensamento alemão, em especial à distinção Kantiana, se bem que não original, entre forma e conteúdo, entre conteúdo essencial *("wesensgehalt")* e formas marginais, que traduzem o relativismo cultural e a especial sensibilidade colectiva de cada povo, inscrita em cada um dos momentos históricos da sua existência.

"*Leis formais* – no entendimento de GOMES CANOTILHO[43] – seriam os actos elaborados pelo órgão legislativo e segundo o processo constitucionalmente exigido para a formação das leis; lei em *sentido material* seria toda a prescrição que, independentemente da forma, revestisse o carácter de *norma jurídica* (*Rechtsatz* = *Rechtsnum*)"[44].

Decorre do *art. 168° da Constituição*, por um lado, que o estatuto das autarquias locais colhe a sua definição em lei da A.R. ou, quando muito, em decreto-lei autorizado, isto é, a definição de estatuto autárquico é matéria de reserva de lei em *sentido formal*.

Por outro lado, sendo inerente à natureza estatutária, as qualidades de generalidade e abstracção, estamos agora em presença de uma exigência de lei em *sentido material*. No plano jurídico-positivo, pois, a dupla exigência constitucional de *lei formal*, por um lado, e *lei geral e abstracta*, por outro, sujeita a matéria da definição do estatuto das autarquias locais a *reserva de lei qualificada*.

Analisando o problema sob o ângulo jurídico-positivo, vejamos agora, na perspectiva dogmático-jurídica. Citando BAPTISTA MACHADO, no sentido de que "as atribuições e o poder de uma certa maioria são relativos ao respectivo quadro organizativo e por este definidos ou *limitados*"[45], SÉRVULO CORREIA conclui que, "assim sendo, o poder político da maioria nacional é limitado pelas

---

42 Diversamente, aliás, do que ocorre com as matérias do poder local sujeitas a reserva absoluta de competência legislativa, elencadas no art. 167°: eleições dos titulares dos órgãos de governo próprio do poder local *(alínea j)*, estatuto dos titulares dos órgãos do poder local *(alínea l)*, regime de criação, extinção e modificação territorial das autarquias locais *(alínea n)*, e consultas directas aos cidadãos eleitores a nível local *(alínea o)*.

43 Cfr., *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, 827.

44 A este propósito, o autor acrescenta ainda que "um acto pode ser simultaneamente uma lei formal e material, mas também pode haver não-coincidência entre forma e conteúdo; à forma de lei pode não corresponder um conteúdo normativo, e, reciprocamente, *decretos* ou *regulamentos* podem constituir materialmente uma lei".

45 *Participação e Descentralização*, 80.

funções ou atribuições que cabem ao Estado". Do mesmo modo pode afirmar-se que o poder político da maioria local (poder local) é limitado pelas atribuições compreendidas no âmbito do "estatuto das autarquias locais", definido pelo poder político da maioria nacional.

Mas, "se uma maioria de quadro mais vasto decidir em matéria de competência de um quadro mais restrito, a sua decisão não é legítima" porque "o poder da maioria só é legítimo na medida em que possa representar a vontade de um todo umificado – um todo unificado por força do quadro organizativo em que tal maioria se forma"[46].

Para que o poder da maioria nacional represente a vontade de um todo unificado e, por via dessa representação alcance legitimidade, não basta o quadro organizativo da sua formação, tem de exprimir-se ainda por via da lei – lei em *sentido formal*. A definição das atribuições e competências das autarquias e dos seus órgãos obedece, por isso, aos imperativos do princípio democrático da representação política e do princípio da legalidade, entendido na obediência à *lei formal*.

Mas, não basta também que o poder da maioria alcance legitimidade por via dessa representação. É necessário, ainda, que tal definição, por um lado, se opere por lei em sentido material, isto é, não pode ser uma qualquer lei e, por outro lado, que a mesma unifique num todo, num quadro único, os destinos possíveis do poder político da maioria local e que abranja de modo igual todas as autarquias existentes ou que venham a ser criadas no espaço da comunidade nacional – daí a exigência do carácter estatutário da lei[47].

Não o bstante a diversidade de densificação das linhas de auto-orientação político-administrativa, a igualdade de condição estatutária das autarquias traduz, num outro plano constitucional, a realização do direito à igualdade dos cidadãos, na sua aderência a uma dada autarquia, que a sua qualidade de residentes, lhes proporciona.

A reserva de lei qualificada constitui, assim, também, uma exigência da dogmática jurídica.

8. As conclusões formuladas sobre as relações entre a reserva de lei do parlamento e as autarquias, na definição do seu estatuto, não esgotam, porém, o conteúdo normativo contido no *artigo 239°* da *Constituição*, a cuja análise procedemos em conjugação com os *artigos 167°* e *168°* da Lei fundamental.

Impondo a 2.ª parte do *artigo 239°*, que a lei ordinária reguladora do estatuto autárquico, seja elaborada, de "harmonia com o princípio da descentralização

46 BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização*, 81 e 82.

47 Sobre o papel do *estatuto* reportado à *autonomia regional*, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *A Autonomia Legislativa Regional*, AAFDL, 1993, p. 113 e ss.

administrativa", importa, agora, abordar as relações entre este princípio e o princípio da reserva de lei do Parlamento. Relações que, antecipa-se já, são de conflitualidade [48].

Mas, o que significa a exigência de a regulação da matéria pela lei ordinária[49] ser feita de harmonia com o princípio da descentralização administrativa?

"Significa desde logo – no entendimento de SÉRVULO CORREIA – que as próprias leis estatutárias serão inconstitucionais se ignorarem aquele mínimo incomprimível sem o qual não passará de mito o poder de auto-orientação das comunidades locais" [50].

O princípio da descentralização administrativa surge, assim, não só na sua vocação de poder de *auto-orientação* das comunidades locais, mas também como um limite constitucional[51] ao princípio da livre conformação legislativa[52].

"A função destas leis-prossegue o Professor – é a de estabelecer um quadro de atribuições e competências sem com isso impedir a autonomia de orientação, isto é, sem vincular o conteúdo das decisões dos órgãos autárquicos a não ser naqueles casos em que a prevalência do interesse nacional claramente deva implicar a predeterminação pelo legislador dos efeitos de direito a prever em termos genéricos e abstractos no plano regulamentar ou a produzir nos casos concretos pelos órgãos autárquicos. Uma ampla e pormenorizada normação legislativa sobre o modo de prossecução das atribuições esvaziaria a autonomia das autarquias" [53].

---

48 Cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., p. 270.

49 Quer se trate de lei da Assembleia da República, quer de Decreto-Lei emanado do Governo ao abrigo da respectiva autorização legislativa.

50 Cfr., Legalidade e autonomia contratual, p. 273.

51 A consideração de limites constitucionais contradiz as palavras de ROGÉRIO SOARES quando escreve: "Das três funções do Estado a única livre é a de legislar. Só o legislador goza, dentro do ordenamento jurídico, duma desvinculação absoluta. Os únicos limites que se lhe põem não têm natureza jurídica". Mas, a contradição é apenas aparente porque no ensino do Professor "...só pode usar essa liberdade para a tutela do interesse público. A ele compete repartir os bens, materiais e imateriais, da sociedade, segundo uma escala de fins a que adere. Deste modo, o primeiro interesse do Estado que a legislação realiza é o da esquematização típica da vida segundo critérios de justiça distributiva". Cfr., *Interesse público*..., p. 100 e 101. À administração e, no caso vertente, à administração autárquica compete-lhe concretizar essa "esquematização típica da vida", segundo o poder de auto-orientação próprio, que a Constituição lhe reconhece e o princípio da descentralização administrativa lhe proporciona.

52 Como refere VIEIRA DE ANDRADE, estando "perante uma *reserva normativa* constitucionalmente garantida", resulta daí que "a lei que define a *competência* de um âmbito de acção e não uma *leidelimitadora* ou *concretizadora* de um âmbito de acção e não uma lei concessora de faculdades ou poderes normativos. Nesse sentido, pode dizer-se que a reserva de competência autárquica se impõe ao próprio legislador, que não pode deixar de a concretizar com um mínimo de expressão significativa". Cfr., *Autonomia regulamentar*..., cit., p. 22.

53 cfr., *Legalidade e autonomia contratual*, 273. Na nota (462) e em favor da sua tese, SÉRVULO

Também para VIEIRA DE ANDRADE "a lei que determina a competência regulamentar autárquica há-de fazê-lo, à semelhança do que acontece com a definição das atribuições, de *forma global* e não de maneira avulsa ou para casos ou hipóteses determinadas. Parece mesmo que a lei deverá reconhecer *genericamente* aos órgãos autárquicos os poderes normativos necessários à realização dos interesses que sejam considerados *próprios* das comunidades locais, de modo que qualquer diminuição da competência regulamentar no círculo das atribuições da autarquia representará uma *restrição à autonomia*, tendo, por isso, de ser devidamente justificada e não podendo naturalmente afectar o núcleo essencial das atribuições próprias reconhecidas" [54].

9. Significa isto que não é lícito ao legislador em caso algum estabelecer o regime jurídico material da prossecução de certas atribuições e do exercício de determinadas competências autárquicas?

SÉRVULO CORREIA afasta qualquer conclusão precipitadamente radical: "...nem sempre é possível e, de qualquer modo, nem sempre o legislador poderá deixar de estabelecer o modo de disciplina de sectores da actividade social confiados à administração autárquica" [55].

E prossegue: "Assim é quando os interesses em causa possuem também uma clara dimensão nacional", isto é, "...ainda que apenas quando um interesse claramente discernível deva sobrepor-se aos particularismos locais" [56].

É certo que SÉRVULO CORREIA tem em mente interesses públicos de diferente âmbito e alcance[57]: "Como observa FREITAS DO AMARAL, há casos em que os interesses são simultaneamente nacionais e locais, tendo, então, de intervir o legislador "para deve ser posto a cargo do Estado; ou se o interesse prevalente é local – e portanto deve ser posto a cargo das autarquias locais". Acrescenta este autor que, no *n.º 2 do artigo 237º*, "a Constituição não diz que as autarquias visam a prossecução dos interesses próprios das populações locais, mas que visam a prossecução de interesses próprios dessas populações", com que o legislador constituinte significou que "pode haver interesses próprios das populações locais que a lei não atribua aos seus órgão representativos, justamente por considerar que, além de serem interesses locais, são também

CORREIA cita o entendimento nesta matéria de AFONSO QUEIRÓ: o papel da lei ordinária quanto à competência reguladora geral reconhecida pelo *art. 242º* da *Constituição* é, em rigor, apenas o de delimitar, não podendo comprimi-la livre e arbitrariamente. Cita, ainda, no mesmo sentido, relativamente ao Direito alemão, SCHIMPF, *Der Verwaltungsrechitliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, p. 165.

54 *Autonomia regulamentar...*, cit., p. 22-23.

55 *Legalidade...*, cit., p. 274.

56 *Legalidade...*, cit., p. 274.

57 Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual*, p. 265.

interesses nacionais e por isso devem ficar a cargo dos órgãos (centrais ou locais)do Estado" [58].

Importa clarificar o problema.

Quando sobre o mesmo bem incide um complexo de interesses de diversa índole, porventura, conflituantes entre si [59], o legislador pode intervir e resolver a favor de um ou de outro o conflito de interesses ou o lítigio, ou pode, pelo menos, definir o critério da sua resolução. A justa composição de interesses integra-se, aliás, na ideia de *interesse colectivo primário* [60].

Estamos, neste caso, perante uma regra, para a qual vale uma lógica de exclusão do "tudo-ou-nada", em que um interesse prevalece à custa do sacrifício de outro interesse e não perante um *princípio*, que admitindo a realização do núcleo essencial desses interesses, apenas afaste as formas marginais que os compõem [61], à semelhança da metodologia adoptada em matéria de Direito Cons-

---

58 Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, 566-567.

59 Como teremos oportunidade de constatar quando abordarmos a perspectiva do Direito do Urbanismo do tema que nos propusemos investigar, "um traço peculiar da planificação urbanística em confronto com outros sectores da actividade administrativa éconstituído pela quantidade, heterogeneidade e relevância dos interesses que nela estão envolvidos. Aos interesses públicos – de que são portadores muitas vezes entes administrativos diferentes daqueles que exercem a actividade planificatória – juntam-se muitos outros, individuais e meta-individuais, de natureza e intensidade diversificadas, cujas classificações tradicionais, que estão imbuídas de rigidez e esquemetismo", Cfr. Fernando ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, teses, Livraria Almedina, Coimbra – 1989, p. 247, que na nota 124 cita, como bibliografia da doutrina italiana: GOGNETTI, S., *La Tutela delle Situazioni soggetive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania)*, Perugia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987, p. 13; MAROTTA, L. *Pianificazione Urbanistica e Discrizionalita Aministrativa*, Padova, Cedam, 1988, p. 13, 29.

60 *O interesse público na justa composição dos conflitos deve-se a* CARNELUTTI. Cfr. *Sistema di diritto processuale civile*, I, 1936, p. 13, citado por ROGÉRIO SOARES, na sua obra *Interesse Público*..., a págs. 101 e 102, a propósito do qual emite o seguinte comentário: "Este interesse público na justa composição dos conflitos, de que fala Carnelutti, é, todavia, ainda um puro interesse formal – representa, mais que um objecto da legislação, um mero signo dessa actividade. Convém acentuar por isso, não só esse interesse, mas o interesse numa certa composição dos conflitos, trazer para a luz um unteresse, que, por se referir a uma necessidade colectiva, se pode dizer *interesse colectivo*, e por ser o mais amplo e primeiro se pode denominar com Piccardi, interesse colectivo primário". O Professor de Coimbra refere-se à obra de PICCARDI – *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa, in Il Consiglio di Stato – studi in ocasione del centenario*, II, Roma, 1932. Ver, ainda, a bibliografia da doutrina italiana, citada na p. 102, notas (7) e (8).

61 Neste sentido da concepção e distinção entre *regra* e *princípio*, cfr., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos e Protecção de Direito Fundamentais*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 125.°, Coimbra, 1 de Junho de 1992, n.° 3815, p. 37. Para o autor "(1) – os *princípios* são imperativos de optimização que devem ser realizados tendo em conta as possibilidades fácticas e jurídicas. Consequentemente, (2) – eles podem ser realizados em graus

titucional de Conflitos e de Conflitos de Direitos Fundamentais [62].

O que está em causa, em nosso entender, não é um *conflito de regras*, mas sim, uma *colisão de princípios* [63], isto é, por um lado, o princípio da reserva de competência legislativa e, por outro lado, o princípio da descentralização administrativa, entendido, agora, como *reserva de normação* das autarquias [64].

Para a resolução da colisão, SÉRVULO CORREIA, reconhece a necessidade de "uma fórmula de equilíbrio" [65] e socorre-se, ainda, do *princípio da subsidiariedade*, embora, o Direito Constitucional se encontre apetrechado de um conjunto de princípios, os princípios da *ponderação de interesses*, da *proporcionalidade* e da *concordância prática*, como instrumentos de resolução de conflitos constitucionais [66].

Se o conflito de interesses se desenha entre os diversos interesses públicos, tal como são interpretados e definidos pelos diversos departamentos da Administração Central, por um lado, e aqueloutros que as autarquias visam prosseguir "à luz da orientação institucionalmente colhida da sua população", não há uma valoração mais intensa, num, no sentido de previligiar os interesses própri-

---

diferenciados. Diferentemente: (1) – as regras devem ser sempre realizadas... Consequentemente, (2) – uma regra é caracterizada pela lógica do tudo ou nada, ou é realizada ou não". Em apoio da distinção GOMES CANOTILHO cita, na nota (12), por todos, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 e ss. Noutra obra o autor refere que as *regras* (de competência e de procedimento) e os *princípios* (materiais nelas incorporados), VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais* na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra, 1987, p. 220 e ss.

62 Sobre a *colisão de princípios* e os *conflitos de regras*, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional de Conflitos*..., p. 37 e ss.

63 "Os princípios da lei do Parlamento e da descentralização territorial são conflituantes". Cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., p. 270.

64 "Excluídas porém as matérias que , (...), careçam de disciplina normativa para a Comunidade nacional, embora com execução relegada para os órgãos autárquicos, e traçado o quadro estatutário das autarquias através de lei ou leis emitidas para dar cumprimento ao disposto pelo *artigo 239.º da Constituição*, fica, em tudo aquilo que a lei remete para as atribuições das autarquias e para a competência dos seus órgãos, delimitado um espaço "garantido" às comunidades locais. Em tudo aquilo para que os seus órgãos tenham competência e que respeite a interesses públicos que por sua natureza possam ser prosseguidos à luz da orientação institucionalmente colhida da sua população, as autarquias dispõem de uma *reserva de normação* sem a qual seria falaciosa a sua autonomia". Cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*..., p. 274 e 275.

65 Citando a obra Atticon Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalità, 65, de MORTATI, o Professor SÉRVULO CORREIA afirma, a este propósito: "Se o primeiro [princípio da reserva de lei do parlamento] assumisse um perfil totalmente impenetrável para os órgãos do poder local, a sua feição centralizadora quase neutralizaria a pretensa descentralização". Cfr., Legalidade..., p. 270. "É pois necessária uma fórmula de equilíbrio que parece encontrada na habilitação por via de lei, a qual corresponde, aliás, à prática posterior a 1976".

66 Cfr., VITALINO CANAS, *Proporcionalidade (Princípio da)*, in DJAP, VI, Lisboa-1994, p. 606 e ss., onde vem citada bibliografia sobre estes princípios do Direito Constitucional.

os das populações acolhidos no espaço de livre decisão dos órgãos das autarquias, ou no sentido contrário, de conferir primazia aos interesses da comunidade nacional, de que o Governo é intérprete. Ambos têm o mesmo valor, enquanto componentes ou parcelas desse interesse público. Sobre o Governo e as autarquias impende, então, o ónus de escolherem o bem necessário à realização do interesse e à satisfação da necessidade [67].

10. Nestes casos, não pode falar-se a *priori* numa prevalência dos interesses nacionais, nem de uma exclusividade dos interesses locais. Por um lado, o *princípio da subsidiariedade* [68] serve "de guia, pois que ele justificará quer a não inclusão no âmbito das atribuições autárquicas de interesses que, sendo também corporizáveis como interesses das comunidades locais, tenham igualmente uma dimensão nacional que imponha a sua disciplina à escala maior, quer a intervenção do legislador na definição do regime substantivo do desempenho de atribuições e exercício de competências do poder local sempre que o princípio constitucional da igualdade ou a dimensão necessariamente nacional de certas políticas (como a dos solos ou a da protecção dos recursos hídricos) assim obriguem".

Por outro lado, o *princípio da optimidade da acção administrativa* [69], vai determinar qual das entidades está mais habilitada a alcançar a solução óptima. Porque só pode haver uma única solução e essa é de todas as soluções possíveis, a melhor.[70] "A escolha dos bens que recai sobre o agente" é "uma escolha que se supõe *de iure* será a escolha óptima. Mas para tal é preciso que ele actue nos limites do seu *munus*" [71].

Nuns casos, portanto, a lei vai entregar ao Governo, enquanto intérprete institucional dos interesses gerais da comunidade nacional, um conjunto de atri-

---

67 Isto no caso de se tratar de um exercício de poderes descricionários, porque se estiver em causa o exercício de poderes vinculados "ao agente não fica senão actuar a vontade do legislador, e submeter-se à escolha dos bens por ele procedida em abstracto". Cfr., ROGÉRIO SOARES, *Interesse público..*, cit., p. 148.

68 Cfr. *Legalidade*, 274. Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. rev., anotação III ao *art. 239°*, 887: "No seu entendimento mais exigente, o princípio da descentralização aponta para o *princípio da subsidariedade*, devendo a lei reservar para os órgãos públicos centrais apenas aquelas matérias que as autarquias não estão em condições de prosseguir. Em todo o caso, ele pressupõe uma *competência geral e plena* de desempenhar todas as tarefas com incidência local e que, pela lei, não sejam atribuídas a outros titulares da Administração". Ver, também, VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar*, p. 24-25.

69 Sobre este princípio, como corolário do princípio da supremacia do interesse público, Cfr., ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público*, cit., p. 142.

70 Ob. cit., p. 189.

71 Ob. cit., p. 149.

buições, que reparte pelos diversos departamentos da Administração Central (descentralização horizontal), a quem vai incumbir a sua prossecução, sem que a mesma "dispense uma regulação aplicável a todo o território nacional" e sem que a mesma fique condicionada por qualquer "reserva normativa autárquica".[72]

Noutros casos, o legislador, através da formulação do estatuto autárquico enuncia as atribuições das autarquias, individualiza as necessidades e os interesses das populações locais, e concede um conjunto de poderes aos órgãos. Agora, é sobre as autarquias que impende o ónus de encontrar os bens capazes de satisfazer as necessidades e os interesses públicos secundários[73]. Ao Governo, em contrapartida a lei atribui-lhe o poder de tutela sobre a actividade desenvolvida pelos órgãos autárquicos na escolha desses bens.

Noutros casos, finalmente, o legislador sabe quais são os interesses públicos, e sabe também que a satisfação das necessidades, que são funções desses interesses, não podem ser entregues exclusivamente ao Governo (pela distância que se encontra dos reais problemas), nem exclusivamente às autarquias (porque a aderência ao ambiente local, pode não permitir o necessário distanciamento ou a visão mais geral das implicações que podem resultar das opções). Agora, os interesses públicos secundários não dispensam uma regulação aplicável sem reservas, não só a todo o território nacional, como também a cada uma das suas parcelas que delimitam as respectivas autarquias territoriais. Os interesses são, então, portadores, simultaneamente, de uma dimensão nacional e de uma dimensão local, que só a adequada conjugação de ambas, de acordo com o princípio da concordância prática, permite s sua completa satisfação. Estamos em presença de domínios materiais que não se inserem no âmbito das atribuições exclusivas, da administração autárquica e central, mas de concorrência de interesses unificados e actuados pelo mesmo fim geral.

11. O último problema que, por ora, nos ocupa, traduz-se em saber qual a relevância do estudo, que temos vindo a fazer, da autonomia normativa (poder regulamentar) das autarquias para o planeamento urbanístico.

O contacto é por demais evidente. Ele suscita toda a problemática da natureza jurídica dos planos urbanísticos[74].

Se há planos desprovidos de qualquer eficácia jurídica vinculativa ou

---

72 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., p. 276.

73 Reportando-se ao poder normativo, VIEIRA DE ANDRADE, considera que "...a esfera de poder regulamentar autárquica constituirá uma *zona de competência exclusiva*, na medida em que vise a satisfação de *interesses próprios*, no cumprimento de *tarefas próprias* e mediante o uso de *poderes próprios* dos entes locais". Cfr., *Autonomia regulamentar...*, cit., p. 23.

74 O que pressupõe a análise prévia da tipologia dos planos urbanísticos e dos critérios de classificação. Sobre esta matéria, cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., p. 187 e ss. No texto tornar-se-á em consideração apenas o critérios da classificação com base na eficácia jurídica.

imperativa [75], outros há que, ou produzem efeitos jurídicos em relação aos próprios públicos ou, finalmente, os seus efeitos jurídicos atingem os particulares [76].

ALVES CORREIA classifica os planos, com base neste diferenciado *círculo de destinatários* da sua eficácia jurídica, fazendo-lhe corresponder as ideias de *autoplanificação, heteroplanificação* e *planificação intersubjectiva* [77].

Sobre a natureza jurídica dos planos urbanísticos são diversas as posições doutrinárias, que, por razões óbvias, não poderão ser tratadas no presente estudo [78].

Sempre se dirá que é maioritária na doutrina e na jurisprudência a consideração dos planos urbanísticos como regulamentos administrativos [79], embora as suas disposições não revistam, todas elas, a natureza regulamentar.

O poder normativo das autarquias exprime-se, assim, por via regulamentar e através do planeamento, pelo que estudo da natureza deste pressupõe o estudo do sentido e alcance daquele. Tarefa que, em termos genéricos, levámos a efeito.

2
A Noção de Planeamento Urbanístico

1. A Constituição depois de reconhecer o direito à habitação [80], por um lado, como "direito negativo" [81], e por outro lado, e "direitos positivos" [82], como

---

75 De acordo com "o sentido teleológico da planificação urbanística" não há planos sem produção de efeitos jurídicos, mas pode haver planos, cuja eficácia jurídica não seja imperativa ou vinculativa para os particulares. No texto o que se trata é na realidade de um alargamento do âmbito da eficácia jurídica. No primeiro caso, os efeitos jurídicos esgotam-se na esfera dos seus autores; no segundo caso, os efeitos jurídicos extendem-se a outras entidades públicas, mas sem extravazarem o âmbito da Administração e, no último, os particulares são directa e imediatamente atingidos pelas disposições dos planos.

76 Se "a Administração não pode deixar de estar ligada pelas regras de direito que encontra, incluindo as suas próprias". Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 215.

77 O *plano urbanístico*, p. 208.

78 Sobre as diversas posições doutrinárias, cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., p. 219.

79 Cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., p. 222., OSVALDO GOMES, *Plano Director Municipal*, Coimbra Editora, 1985, p. 20-26 e 108-115. Para Rui MACHETE, o plano de urbanização "não é um acto normativo, constitui um acto administrativo geral de conteúdo não normativo que coordena a prática de actos administrativos descricionários a realizar no futuro, nessa medida reduzindo-lhes a descricionariedade." Cfr., Parecer n.º 2, *Planos e Anteplanos de Urbanização. Intervenção da Administração Central*, in Estudos de Direito Público e Ciência Política, cit., p. 487 e 491.

80 *CRP, art. 65.º, n.º 1.*

81 "Direito de não ser arbitrariamente privado de habitação ou de não ser impedido de conseguir uma", bem como "direito de defesa, determinando um dever de abstenção do Estado e de terceiros, apresentando-se, nessa medida, como um direito análogo aos "direitos liberdades e garantias *(cfr. art. 17º)*". Ver, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República, anot. I, ao art. 65º*, p. 344".

82 Nesta perspectiva, "o direito à habitação consiste no direito a obtê-la, traduzindo-se na exigên-

direito *à intimidade da vida privada e familiar* [83] e direito *aos equipamentos sociais* adequados [84], exige, como garantia, uma política de habitação, programada e executada, de urbanização [85] "capazes de prever e prover às necessidades de um habitat equilibrado e verdadeiramente humanizado" [86] e que implica uma política urbana global que tem directamente a ver com a gestão do território e do ambiente (cfr. n.° 2/a e art. 66° - 2/b) [87].

O controlo do parque imobiliário por parte do Estado e das autarquias locais e a intervenção pública nos solos urbanos, através das *expropriações* "que se revelem necessárias" e da definição do respectivo "direito de utilização" (*art. 65°, n.° 4 da Constituição*) [88], funcionam como "condição necessário de garantia do direito à habitação" [89].

Se o *direito à habitação* pressupõe *inter alia* o planeamento urbanístico, este contudo não esgota nele a sua vocação.

2. Para alguns autores, *o planeamento urbanístico* é definido como sendo a "*actividade de ordenamento do território, regulada por vários regimes jurídi-*

---

cia das medidas e prestações estaduais adequadas a realizar tal objectivo", e "implica determinadas obrigações positivas do Estado (n.° 2, 3 e 4), bem como "justifica e legitima a pretensão do cidadão a determinadas prestações", de que "o incumprimento por parte do Estado e demais entidades públicas das obrigações constitucionais aqui indicadas constitui uma omissão inconstitucional, e pode – deve desencadear os mecanismos da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 238°)". GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, ob. cit., p. 345.

83 *CRP, art. 65.°, n.° 1, in fine e art. 26.°, n.° 1, in fine.*

84 *CRP, art. 65.°, n.° 2, alínea a), in fine.*

85 *CRP, art. 65.°, n.° 2, alínea a).*

86 Cfr., OSVALDO GOMES, J., *Plano Director Municipal*, Coimbra Editora, Limitada, 1985, 11.

87 GOMER CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República*, anot. II ao *art. 65° da Constituição*, p. 345. Sobre a problemática do *espaço* e do *território*, cfr, JOÃO CAUPERS, *A Administração Periférica do Estado*, Aequitas, 1994, p. 155 e ss.

88 Na redacção anterior a 1989 afirmava-se ainda a necessidade de *nacionalização* ou *municipalização* dos solos urbanos, a par da apropriação colectiva dos meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais *(art. 80°, alínea c)*, que constava entre os limites materiais de revisão constitucional *(art. 290°, alínea f)*. Com a revisão de 1989, manteve-se a versão do *art. 80°*, mas agora como "apropriação colectiva de meios de produção e solos, *de acordo com o interesse público*, bem como dos recursos naturais", e eliminou-se a sua inserção do âmbito dos limites materiais de revisão constitucional, o que lhe retirou o carácter de "precisa imposição constitucional". Por sua vez, o *art. 65°, n.° 4 da Constituição*, na sua nova redacção deixou de contemplar a *nacionalização* e a *municipalização* dos solos urbanos. Sobre a crítica à distinção entre *meios de produção*, solos e *recursos naturais*, ver GOMES CANOTILHO/VITAL NOREIRA, ob. cit., *anot. IV ao art. 80°*, p. 395. Sobre a crítica à *socialização do solo urbanizável*, como técnica de garantia do princípio da igualdade, cfr., ALVES CORREIA, F., *O Plano Urbanístico*, p. 593-598.

89 Ob. cit., *anot. IV ao art. 65° da Constituição*, p. 346.

cos, em particular pela disciplina da elaboração dos planos" [90].

Mas esta noção, para além de omissa, quanto aos traços específicos e típicos da planificação, apresenta, também, o inconveniente, pelo seu sentido amplo, de diluir o objecto do planeamento urbanístico na *actividade de ordenamento do território*.

Embora, o Direito urbanístico e o Direito do Ordenamento do Território estejam "de tal modo próximos nos fins, nos instrumentos utilizados e no âmbito de aplicação que o segundo pode considerar-se como um prolongamento do primeiro", a verdade é que é possível, no entender de ALVES CORREIA, traçar a linha de distinção entre aqueles dois direitos com base no critério da *eficácia jurídica* das respectivas normas[91].

Assim, "as normas de ordenamento do território assumem, por via de regra, o carácter de meras *directivas* e apresentam um conteúdo simplesmente *orientador* e *coordenador* das acções a desenvolver no quadro geográfico regional e nacional"[92], isto é, "contêm apenas normas gerais de ocupação e utilização" e "limitam-se a definir as opções e a estabelecer os critérios da organização e uso do espaço"[93]. Daí que, "não sejam *directamente vinculativas* para os particulares, mas somente para os municípios que as devem receber nos planos directores municipais[94], e para os organismos administrativos que tiverem participado na sua formação" [95].

"O Direito urbanístico encerra, pelo contrário, disposições *directamente vinculativas* tanto para a Administração, como para os particulares. As suas normas têm uma força vinculativa directa e estabelecem de um modo concreto e preciso o destino e o regime de uso e transformação do solo" [96].

Significa isto que, se o *planeamento urbanístico* não pode dispensar as preocupações que envolvem o *ordenamento territorial*[97], como aliás também

---

90 Cfr., ANTÓNIO CORDEIRO, *Planeamento Urbanístico,* DJAP, Vol. VI, Lisboa, 1994, p. 378.

91 ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico*, p. 73.

92 Cfr., *o Decreto-Lei n.º 176-A/88*, que define, no seu *artigo 1º*, os planos regionais de ordenamento do território (PROT), como "instrumentos de carácter programático e normativo".

93 Cfr., ALVES CORREIA, *O Plano Urbanano Urbanístico,* p. 73.

94 Cfr., *o art. 12º do Decreto-Lei n.º 176-A/88.*

95 Designadamente os representados nas comissões consultivas dos PROT, que são obrigados a adoptar todas as medidas necessárias para a sua execução nas matérias da sua competência. Cfr., os arts. 4°, n.° 2; 6°, n.° 1; 7° e 8° do Decreto-Lei n.° 176-A/88.

96 ALVES CORREIA, ob. cit., p. 74.

97 Como teremos oportunidade de constatar, embora os PDM devam submeter-se às *directivas* dos PROT, a ausência destes não exime as entidades competentes de elaborarem aqueles, de acordo com o dever de boa-administração que sobre elas impede, tendo em conta um quadro de ordenamento territorial, que não sendo um *factum*, um dado vinculativo, não deixa de ser um *faciendum*. Sobre a problemática do Direito do Ambiente, cfr. *Direito do Ambiente*, Ina,

as respeitantes ao "ordenamento ambiental" [98], é possível estabelecer a sua definição *hoc sensu* com recurso ao conceito de *urbanismo*, que lhe serve de objecto.

Trata-se de domínios ou parcelas de um domínio mais global, cuja intrínseca racionalidade implica o seu entrosamento e interdisciplaniariedade [99], confluindo no mesmo sentido: a dignidade da pessoa humana[100], na sua relação com o meio que mais directamente o rodeia, marca e configura.

Nesta perspectiva poderia questionar-se a consideração do ordenamento do território e do urbanismo, como dimensões constitutivas do direito ao ambiente, enquanto direito fundamental dos cidadãos, bem como a sua inserção no âmbito de outros direitos[101].

1994 e Revista jurídica do Urbanismo e do Ambiente, IDUAL, Livraria Almedina.

98 É controversa na doutrina a relação que se estabelece entre Direito Urbanístico e Direito do ambiente, prefigurando-se três concepções doutrinárias: a concepção do Direito do Ambiente como uma parte integrante do Direito Urbanístico, defendida, *inter alia*, por GIANNINI, M. S., *"Ambiente": Saggio sui Diversi suoi Aspetti Giuridici, in* RTDP, 23 (1973), p 15 e ss., em especial, 23°, 26°, 37° e 47° - 48°; a concepção do Direito urbanístico como um capítulo do Direito do Ambiente sustentada por MICHEL PRIEUR, *Droit de l'Environnement*, Paris, Dalloz, 1984, p. 10 e 11; a concepção do Direito do Ambiente e do Direito Urbanístico como duas disciplinas autónomas, embora estreitamente conexas, que é perfilhada na doutrina portuguesa por ALVES CORREIA, na obra citada, p. 85-88. Ver, também, a crítica às outras concepções, ob. cit., p. 81-85.

99 A relação interdisciplinar entre Direito do ambiente, Direito do ordenamento do território e Direito do Urbanismo, não exclui a ideia de círculos concêntricos, desempenhando o ambiente, o núcleo central, o ordenamento território a faixa intermédia e o urbanismo, o círculo periférico. Mas também, não dilui o urbanismo no ordenamento territorial, nem estes no domínio "imperalista" do ambiente. O Direito do urbanismo distingue-se do direito do ambiente, quanto ao objecto e ao fim e há princípios desta disciplina jurídica que são inaplicáveis àquela. Sobre mais desenvolvimentos, cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., 74-81.

100 A nível do direito constitucional, "o direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado" *(art. 66°, n.° 1 da Constituição)* foi elevado à dignidade de direito fundamental do cidadão e inserido nas "tarefas fundamentais do Estado" *(art. 9°, alínea e)*. O nosso texto constitucional consagra, deste modo, o princípio da *centralidade do homem* no ambiente e reconhece o direito ao ambiente como um *direito da personalidade* humana". Cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., 77, que cita na nota 112 POSTIGLION, A. *Il Diritto all'Ambiente*, Napoli, Jovene, 1982, p. 6-9. Na Alemanha, fala-se num "direito ao mínimo ecológico de existência", análogo ao "mínimo social de existência", com base na ideia de dignidade da pessoa humana (que proibe tomar o homem como mero objecto do mundo técnico-industrial) ou com base no direito à vida, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou nos princípios do Estado Social de Direito. Cfr., JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 2.ª ed. rev. e act., Coimbra Editora, 1993, p. 472 e bibliografia citada na nota (1).

101 Neste sentido, cfr. JORGE MIRANDA, ob. cit., p. 473 e 474.

3. CABRAL DE MONCADA, a propósito do planeamento económico[102], refere a existência de dois sentido da noção de *planificação*, o amplo e o restrito. "No primeiro sentido o fenómeno da planificação traduz um processo de ajustamento das condutas dos vários sujeitos intervenientes na actividade económica (ou urbanística) "em ordem à prossecução de finalidades coincidentes sob o ponto de vista dos respectivos interesses, mobilizando para esse efeito um conjunto de meios" [103].

No segundo sentido a planificação traduz um "sistema de opções, de prioridades económicas" "estabelecidas por uma autoridade pública (...) animada de intenções programáticas"[104], "em ordem à prossecução de fins que afastam o "status quo" sócio-económico" (ou do *habitat* de uma determinada população)[105].

4. Mas à *ideia de acção* em que se traduz a intencionalidade programática do planeamento vem associar-se uma outra ideia: a *ideia de processo*[106]. Agora, a *planificação ou planeamento* (*Planung*) é uma actividade que tem como fim a emanação de um *plano* (*Plan*)[107], enquanto instrumento dos fins que a autorida-

---

102 Cfr., *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, em especial p. 8 e 9. Como escreve este autor, "embora a economia seja o terreno por excelência da planificação, esta transcende-a, podendo referir-se a qualquer tipo de actividade de relevo público, desde a ordem estritamente económica, atéaos urbanísticos, médicos, educativos, etc. Tudo é hoje objecto virtual da planificação", cfr., ob. cit., p.12-13. Os parênteses são nossos.

103 Por aqui se distingue a *planificação da previsão*. Esta apenas pretende antecipar conhecimentos sobre fenómenos que se produzirão no futuro, sem a preocupação de mobilizar meios de acção a respeito deles *Vide* Paulo C. de OLIVEIRA PENA, *Introdução ao Planeamento na Administração Pública*, p. 13, citado por CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 8, nota (1). Contudo, não há verdadeira *planificação*, sem *previsão* e esta sem aquela é inconsequente, isto é, não passa de gratuito esforço intelectual ou de simples jogo hídico. Sobre a utilização dos recursos de que o homem dispõe, com vista à prossecução de objectivos que entende como necessários, cfr. GINNINL, M. S. – *Pianificazione, in* ED, XXXIII, Milano, Ginffrè, 1983, p. 629, citado por ALVES CORREIA, ob. cit., p. 169, nota 4. Sobre o "*context of regional planning*", cfr. JOHN GLASSON, *An Introduction to Regional Planning, Concepts, Theory and Practice*, Hutchinson of London, 1978, p. 17 e ss.

104 Ou seja, viradas para a acção e para o futuro, e daí, animadas de vontade.

105 Cfr. CABRAL DE MONCADA, L. S., ob. cit., p. 8. (O parêntese é nosso). Sobre o planeamento como actividade, cfr. PETER HALL, *Urban and Regional Planning*, Peuguin Books, 1975, p. 3 e ss.

106 *Hoc sensu*, FINKELNBURG, K./ORTLOFF, K. M., que definem a planificação como um processo complexo de formação de vontade, que se compõe de elementos de conhecimento, de avaliação e de vontade, e cujo fim é programar uma evolução futura. Cfr., Offentliches Baurecht, München, Beck, 1981, citado por ALVES CORREIA, ob. cit., 168, nota 3.

107 Fim esse que não deixa de ser instrumental dos fins que a autoridade pública visa prosseguir e unifica num todo as actividades e as medidas, através da coordenação daquelas (*Koordination von Akivitäten*) e a conexão entre estas (*Konnexität von Massnahmen*). Cfr., SCHMIDT-ASSMANN, ob. cit., §1, p. 4, 4a.

de pública visa prosseguir, ao passo que o plano é algo que concretiza, que espelha o produto da referida actividade ou o *resultado* do *processo* de planificação ou de planeamento [108].

A planificação é assim um *procedimento administrativo*, isto é, um "conjunto de actos funcionalmente ligados com vista a produzir um resultado, um efeito único" [109].

5. Na planificação está de igual modo presente uma ideia de *racionalização*. Como refere CABRAL DE MONCADA, se o planeamento "pressupõe a conformação (...) e uma conformação qualificada, completamente diferente de uma intervenção casuística e desordenada, em obediência a meras necessidades de ordem conjuntural, passageiras"[110], ele também "implica reduzir um extenso número de alternativas que se apresentam à acção a um determinado leque muito mais reduzido compatível com os meios de que se dispõe. Trata-se sempre de uma operação de racionalização[111]. Os dois principais componentes desta operação são o *diagnóstico* e o *prognóstico*[112]. No primeiro examinam-se *informações* (...). No prognóstico expõem-se as linhas gerais das diferentes "*projecções*" que se fazem, estimando o comportamento de certas tendências observadas durante a fase do diagnóstico" [113].

O Estado propõe-se racionalizar a sociedade[114] e consente na racionaliza-

---

108 Cfr. ALVES CORREIA, O *Plano Urbanístico*..., cit., p. 168. Sobre planeamento como um "*continuous process*", cfr. PETER HALL *Urban*..., cit, p. 269 e ss e ANDREAS FALUDI, *Planning Theory,* Perganon Press, 1973, p. 261 e ss.

109 Sobre a noção de *procedimento administrativo* cfr. ROGÉRIO E. SOARES, *Direito Administrativo*, p. 141. Sobre a distinção entre *plano como procedimento (Plan als Vorgang) e plano como produto deste procedimento (Plan als Produk dieses Vorgang), vide* Cfr. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico*..., cit., p. 277.

110 Cfr. CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 39.

111 *Vide* GONZALO MARTNER, *Planificación e Pressusposto por Programas*, p. 44 e ss. e Hans PETER BULL, *Die Staatsanfgaben nach dem Grundgesetz*, p. 110 e ss. cit. por CABRAL DE MONCADA, ob. cit., 10, nota (1).

112 *Hoc sensu,* SCHMIDEASSMANN ao considerar a planificação como um processo de várias fases que, partindo de uma inventariação da situação existente, culmina numa prognose de desenvolvimentos futuros e num projecto de ordenamento normativo. Cfr., SCHMIDT-ASSMAN, E., in ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG – *Bundesbangesetz Kommentar,* vol. I, 4.ª ed., München, Beck, 1986, § 1°, p. 4, 4a, cit. por ALVES CORREIA, ob. cit, 168, nota 3. *Vide,* também, na doutrina e na jurisprudência alemãs, entre outros, TETTINGER, P. G., *Überlegungen zu einen administrativen "Prognosespielraum", in Deutsches Verwaltungsbatt,* (DVBI), 1982, 421-433 e as decisões do BVerWG, de 30.08.1963 *in* BVerWGE 16, 285 e BVerWG U. v., de 16.12.1971, in BVer WGE 39, 197 e seg. (203).

113 Cfr. CABRAL DE MONCADA, L. S., ob. cit., 10.

114 A omnipresença do Estado em todos os sectores da vida social faz deste um verdadeiro agente de realizações, a coberto de uma extensíssima *"cortina de normas"*, que faz do Direito Admi-

ção do seu próprio agir, de acordo com os critérios de racionalização que colhe de sociedade [115].

6. Para além das ideias de *procedimento admnistrativo* e de *racionalização* encontra-se ainda no planeamento uma ideia de *fusão (Einschmelzung)*, de *entrelaçamento (Bündelung)*, de *coenvolvimento* de interesses ou de *perequação de interesses (Ausgleich von Interessen)* – de todos os interesses urbanisticamente relevantes atingidos pelo plano [116].

O planeamento releva-se deste modo como *procedimento de ponderação (Abwägunsvorgang)* e como *procedimento de compensação* ou um *compromisso* entre os diferentes interesses tocados pelo plano [117].

ALVES CORREIA escreve "A ponderação dos interesses privados uns em face dos outros e uns com os outros deve ter como finalidade realizar uma perequação ou equilíbrio de interesses. Daí que os interesses privados afectados pelo plano não possam ser tratados de modo igual sem um fundamento objectivo, devendo na elaboração do plano ser dada especial ênfase à obrigação constitucional da igualdade de tratamento" [118].

"Esclareça-se ainda – acrescenta aquele Professor – que o órgão com competência para a elaboração do plano urbanístico não está obrigado apenas a *ponderar com justiça* os vários conflitos de interesses sobre ele impende igualmente o dever de *superação dos conflitos do plano (Gebot der planerischen Konfliktbewältung)*" [119].

---

nistrativo a forma jurídica dominante dos nossos dias e lhe confere um carácter de direito social de integração. Vide Luiz LEGAZ e LACAMBRA, *El Derecho Administrativo en la Situación actual de la Sociedad* e também *Administracion Y Sociedad*, p. 30 e ss., citado por CABRAL DE MONCADA, L. S., ob. cit., 40, nota (3). O Estado moderno surge-nos como unidade permanente da acção conformadora de todo o social. Cfr., *Rev. de Admin. Pública,* 1966, p. 195, SANCHÉZ DE LA TORRE, *in Rev. de la Universidad de Madrid,* 1963, p. 251; FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif Alemand,* p. 126 e ss. e ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado,* p. 155 e ss. citados por CABRAL DE MONCADA, L. S., ob. cit., 44, nota (3), que acrescenta ainda que: "esta actividade tem a sua expressão jurídica principal na planificação".

115 O Estado adopta "um conjunto de valores, tomados de empréstimo à esfera da actividade económica privada, pelos quais se vai pautar agora a actividade (económica) do Estado... A conduta económica do Estado passa a ser recionalizada em moldes idênticos à conduta económica privada". Cfr., CABRAL DE MONCADA, L. S., ob. cit., p. 40 e 41.

116 Sobre a *função de perequação ou de compensação do plano urbanístico* (*Ausgleichsfunktion der Bauleitplanung*) cfr. SCHMIDT-ASSMANN – *in* ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG, cit., § 1°, 4, 4a e 226 *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 277, nota 177.

117 Cfr. KRAUTZBERGER, MICHAEL, *in* BATTIS/KRAUTZBERGE/LÖHR, *Bangesetzbuch,* 2.ª ed., München, Beck, 1987, § 1°, 83 *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 277, nota 179.

118 Cfr., *O Plano Urbanístico, cit.,* 284.

119 A *superação dos conflitos* é vista na doutrina alemã como uma *tarefa,* um *objecto* ou um *fim* do plano. Cfr., GROH, BERND MARTIN, *Konfliktbewältigung im Bauplanungsrecht*

7. Se na perspectiva da racionalização coexistiam os momentos da *diagnose* e da *prognose* – o primeiro, referente ao *"status quo"*, ao passado e à *informação* e o segundo, debruçado sobre a *previsão* ou *projecção* da evolução futura; na perspectiva da *ponderação* esses dois momentos assumem-se, agora, como recolha do *material de ponderação (zusammenstellung)* e como selecção do material de ponderação.

Pelo princípio da *completude do material de ponderação (Vollkständigkeit des Abwägungsmaterials)*[120], cuja incidência se faz especialmente sentir no primeiro momento do procedimento de ponderação, o órgão com competência para elaborar o plano está vinculado a proceder à recolha de todo o material necessário à ponderação, isto é, considerar todos os interesses e a carrear todos os factos e circunstâncias[121] que revelem um mínimo de relevância jurídica[122] e que se situem no contexto da situação urbanística[123].

Pelo princípio da ponderação de interesses em sentido estrito *(Abwägung in engeren Sinne)*[124], o órgão competente dispõe já de uma relativa liberdade de selecção do material de ponderação.

8. A ideia de que na organização dos interesses ao longo do procedimento, antes da "avaliação" final o órgão competente para elaborar o plano está desprovido de uma margem de livre apreciação – discricionariedade[125] esta que apenas se manifesta no momento em que o órgão chega a um resultado na avali-

---

(Umweltsschutz durch Bebanungsplanung und Anlagengenhmigungsrecht), Düsseldorf, Werner, 1988, 38-46 *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 281 – 282, nota 192.

120 Trata-se de um princípio definido pelo BverWG. Cfr., COGNETTI, S., ob. cit., p. 61, *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 248, nota 127.

121 GELDER , KONRAD, *Blauplanungsrecht,* 4.ª ed., Köln, *Schmidt,* 1984, p. 23; OLDIGES, M., ob. cit., 338 *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 278, nota 184.

122 Sobre a noção de "interesses relavantes para fins de ponderação" (*Abwägungserhebliche Interessen*), e o grau de relevância como dependendo do facto de um interesse ser "atingido" (*betroffen*), isto é, "tocado de um modo considerável em sentido jurídico planificatório", cfr., GOGNETTI, S., ob. cit., 188 e ss. apud ALVES CORREIA, ob. cit., p. 279, nota 185 e, ainda, KRAUTZBERGER, M., ob. cit., p. 85, 100 *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., nota 186.

123 Para ALVES CORREIA, citando COGNETTI (ob. cit., p. 123) "não é apenas a natureza intrínseca da situação a ditar o critério da sua relevência, mas também o contexto particular em que tal situação se insere no decurso da planificação. Cfr., *O Plano Urbanístico,* cit., 279. Sobre a noção de *irrelevância jurídica,* numa outra perspectiva mais geral do direito e confrontada com as ideias de *indiferenídica jurídica e impotência jurídica*, cfr., EHRARDT SOARES, ROGÉRIO, *Interesse Público,* cit., p. 1 e ss.

124 Designa-se por *ponderação em sentido estrito (Abwägung in engeren Sinne)*, a decisão sobre a relevância e a prioridade de cada um dos interesses. Cfr., ob. cit., *Ibidem.*

125 Não é este o momento para abordar-se a problemática complexa da *discricionariedade,* tal como ela se manifesta no planeamento urbanístico.

ação dos interesses já adquiridos e seleccionados – está na base de uma outra distinção, entre *"procedimento"* e *"resultado"* da ponderação, que releva agora para efeitos de controlo jurisdicional [126].

No plano substantivo, esta distinção opera-se entre *planificação (ou planeamento)* e *plano* [127]. *Planificação* ou *planeamento* é uma *actividade* que tem como fim a emanação de um *plano*, ao passo que este é o produto da respectiva actividade [128]. O vocábulo *planificação* expressa, assim, uma ideia de *acção*, de *processo* [129], enquanto o *plano* é algo que concretiza, que espelha o *resultado* do *processo* de planificação ou de planeamento [130].

9. Mas, não pode haver uma adequada e justa recolha do material de ponderação sem a *participação* dos cidadãos *(Bürgerbeteiligung)* e a *colaboração* das diversas entidades públicas, cujas atribuições se inserem de algum modo numa vocação urbanística, diferenciada e complexa, mas que a todas elas faz apelo.

Como refere ALVES CORREIA, "entre a *participação* e a *ponderação* ou, por outras palavras, entre o contributo de quem é chamado a evidenciar factos, interesses e circunstâncias e a *obrigação de ponderação*, que deve estar presente em todo o acto de planificação" [131], e que impende sobre o órgão com

---

126 A jurisprudência alemã distingue entre "vícios da ponderação inerentes ao *procedimento*" *(Abwägungsfehler als Vorgang)* e "vícios de ponderação inerentes ao *resultado*" *(Abwägungsfehler als Ergebnis)*. Em relação aos primeiros, o controlo jurisdicional não sofre restrições, estando aberto a qualquer indagação para a completa determinação das causas que os possam ter produzido. Os segundos, ao contrário, estão sujeitos a um controlo jurisdicional limitado, uma vez que tais vícios dizem respeito à escolha discricionária da Administração, cfr. COGNETTI, S., ob. cit., 106 e ss *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 286, nota 183.

127 Na terminologia alemã correspondem, respectivamente, aos vocábulos *Plan e Planung*. Cfr., ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico...*, 168.

128 Cfr. MAURE, H., ob. cit., p. 332 e MANUEL DA COSTA LOBO, *Noções Fundamentais. Conceitos Técnicos. Habitação e seus Espaços de Vivência, in* Direito do Urbanismo, coord. FREITAS DO AMARAL, D., Lisboa, INA, 1989, p. 17 e ss. citado por ALVES CORREIA, ob. cit., 168, nota 2.

129 ALVES CORREIA, ob. cit., 168, nota 3.

130 Ob. cit., p. 168.

131 *O Plano Urbanístico,* 276. Segundo a jurisprudência do BverWG alemão, a "obrigação de ponderação" apresenta-se não só como um *procedimento de ponderação (Abwägungsvorgang),* que diz respeito ao procedimento de elaboração do plano, e que constitui a sua *componente dinâmica,* mas também, como um *resultado da ponderação (Abwägungsergebris)*, que se refere ao conteúdo do plano, e constitui a sua *componente estática*. Cfr., BATTIS, ULRICH, *in* BATTIS/KRAUTZBERGER/LÖHR, *Bangesetzbuch,* 2.ª ed., Müchen, Beck, 1987, 102 e 103; SCHMIDT-ASSMANN, in ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG, cit., § 1.°, 225 e 226; KRAUTZBERGER, MICHAEL, ob. cit., § 1.°, 84 e 85 citados por ALVES CORREIA, ob. cit., p. 277, nota 180.

competência de planificação[132], existe "um *nexo funcional* ou um *fio condutor*"[133].

A *participação* é, assim um meio necessário à realização do planeamento, enquanto procedimento de *ponderação*[134], não de uma qualquer ponderação de interesses *(Interessenabwägung)*, mas de uma *ponderação de interesses* imbuída do *princípio da justiça*, de que aquela constitui seu corolário [135].

10. Se a *participação* co-envolve o Estado e a sociedade[136], a *colaboração*, por sua vez, compromete, numa competência conjunta, os departamentos da Administração central, directa e indirecta[137] e as autarquias locais [138].

O Estado que se havia emancipado da sociedade (Estado de Direito Formal)[139], imunizando-se da influência das forcas da sociedade[140], ao assumir-se como Estado-Soberano investido de *imperium*[141] e distanciando-se do "plano da

---

132 A "*obrigação de ponderação* vincula o órgão, pelo que dirige-se tanto ao *planeamento* ou *plano como procedimento (Plan als Vorgang)*, como ao *plano ou plano como produto deste procedimento (Plan als Produkt dieses Vorgang)*. cfr., KOCH, HANS-JOACHIM, *Das Albwägungsgebot im Planungsrecht,* in DVBI, 1983, 1127; GELZER, KONRAD/BUSSE, FELIX, *Der Umfang des Entschädigungsanspruchs aus Enteignung und enteigmungsleichem Eingriff,* 2.ª ed, München, Beck, 1980, 23; OLDIGES, MARTIN, *Baurecht, in* ARNT / KÖPP / OLDIGES / SCHENKE / SEEWALD / STEINER, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Müller, 1984, 338; SCHMIDT-EICHSTAEDT, GERD, *Einführung in das Umweltrecht*, München, Beck, 1987, 109 e 110; ERNST, WERNER/HOPPE, WERNER, *Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungerecht*, 2.ª ed., München, Beck, 1981, 165 e 166, citados por ALVES CORREIA, ob. cit., p. 277, nota 181.

133 Cfr. GOGNETTI, S., *La Tutela delle Situazioni Soggetive tra Procedimento e Processo (Le Esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania),* Perurgia, Edizione Scientifiche Italiane, 1987, 97, cit. por ALVES CORREIA, ob. cit., p. 276, nota 175.

134 "Participar no procedimento de planificação é, antes de mais, preparar a "ponderação", ou seja, salientar tudo aquilo que poderá eventualmente ser considerado como susceptível de fazer parte do "material de ponderação" e ser *obrigatoriamente* ponderado". Cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., 276.

135 "As formas de *participação* dos particulares e de *colaboração* de vários sujeitos de direito público no procedimento de formação do plano director municipal têm como finalidade fazer chegar ao conhecimento dos órgãos administrativos competentes os interesses de que são portadores, para que o plano realize uma *justa ponderação (gerechte abwägung)* dos diferentes interesses nele envolvidos". Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 275 e 276.

136 Cfr. BAPTISTA MACHADO, J., *A Hipótese Neocorporativa, in* Obra Dispersa, Vol II, 458.

137 Entre os diferentes sujeitos de direito público que têm a seu cargo a tutela de interesses públicos podem manifestar-se conflitos de interesses e divergências de pontos de vista sobre a melhor prossecução de um dado interesse público. Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 269.

138 "O plano direcitos municipal deverá espelhar, na medida do possível, uma *harmonização* ou uma *concertação dos conflitos* de interesses públicos repreentados pelos vários órgãos e sujeitos da Administração Pública". Cfr., ALVES CORREIA, *Ibidem*.

139 Cfr., BAPTISTA MACHADO, J., ob. cit., p. 449.

140 Ob. cit., p. 457.

141 O mesmo *imperium* que ao princípio se situava no seio da própria sociedade. Cfr., ob. cit., p. 449.

comunicação da interacção e da negociação sociais"[142], com a complexificação e diversificação do processo técnico-económico da sociedade industrial, "*regressa à comunicação e à negociação com a sociedade*, para, nesta nova área, exercer um *governo por discussão*, negociação e compromisso" [143].

Agora, "a sociedade pluralista e respeitadora da pessoa humana estrutura-se sobre uma rede de condutas comunicativas *(Kommunikativer Handlugen)*. O poder legítimo identifica-se com a vontade dos cidadãos graças a um círculo de livre comunicação que canaliza para os órgãos titulares de autoridade, o sentimento e a visão das coisas da generalidade das pessoas. Nesta circulação do pensamento livre repousa a associação do poder com o Direito. O Direito que organiza as condutas participadas da Administração assegura a transformação do poder de comunicação dos cidadãos *(Kommunikativer Macht)* em poder administrativo"[144].

A *participação* dos cidadãos e a *colaboraçã*o dos entes públicos [145], enquanto formas de uma *conduta administrativa dialógica (dialogisches*

142 Ob. cit., 457.

143 BAPTISTA MACHADO, ob. cit., p. 453 e 456. No mesmo sentido vai o pensamento do Prof. ROGÉRIO SOARES "...O Estado agora por toda a parte se reconhece a tarefa de conformar a própria ordem social – esta já não é mais um dado, mas um material que urge adequar. E desse modo se fala hoje da existência de uma "Administração constitutiva" *(Gestaltende Verwaltung)*", de um "Estado de governo" *(Regierrungstaat)* ou *Estado administrativo*". "E por outro lado, a própria Administração, porque carece a todo o momento de participação e colaboração do particular, se vê obrigada a transigir e a aceitar fórmulas compromissórias que doutro modo lhe repugnariam". Cfr., *Interesse Público...*, cit., P. 84 e 85, bem como as notas (69) e (70) onde são citadas as obras de ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch das Verwaltunguechts,* Vol. I, München und Berlin, C. H. Benk, 1950, p.54 e ss. e 60, e CARL SCMITT, *Legalität und Legitimät,* 1932, p. 8 e ss.

144 SÉRVULO CORREIA, O *direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, in* Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo, 9/10, INA, Janeiro-Junho, 1994, 148 e 149, bem como a nota 32 onde é citada a obra de HABERMAS, *Faktizität und Geltung,* 3.ª ed., Frankfurt am Main, 1993, p. 107, 170, 209 e 237.

145 Continuamos a autilizar no texto os termos *participação e colaboração,* no sentido que ALVES CORREIA lhes empresta (cfr., *O Plano Urbanístico...*, cit., p. 250 e ss.), embora se possam prestar a confusões terminológicas face ao Código de Procedimento Administrativo (CPA), que fala em princípio da *colaboração da Administração com os particulares* (art. 7°) e em princípio da *participação* (art. 8°). Autores há que consideram *participação* como valendo, "não apenas para os particulares, mas também para outros *entes públicos,* cujos direitos ou interesses *privados, comuns* (ou mesmo públicos), possam ser afectados pela decisão do procedimento administrativo e ainda que a sua consulta, audição ou participação não esteif legalmente prevista. *Vide* ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário/COSTA GONÇALVES, Pedro/PACHECO DE AMORIM, J., *Código do Procedimento Administrativo,* Comentado, vol. I., anotação III ao art. 8°, p. 165.

verwaltungshandeln)[146] configuram o planeamento como uma *obra colectiva*[147] e conferem-lhe uma dignidade humana de que seria desprovida se se restringisse apenas à mera *ideia de racionalização*.

De facto, no entendimento de SÉRVULO CORREIA, "...a sujeição do legislador ordinário ao reconhecimento de um direito de participação promana imperativamente do valor da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado de Direito (artigos 1.° e 2.° da Constituição), que não consentem que a pessoa seja tratada como mero objecto das decisões em vez de como co-partícipe da dinâmica que leve à sua formulação racional. Sem a consubstanciação do *audiatur et altera pars*, o interessado no procedimento converter-se-ia em objecto, em vez de sujeito do procedimento" [148].

11. Não sendo nosso propósito aprofundar esta ideia *dialógica* do procedimento administrativo, focaremos apenas dois aspectos que se prendem com a *participação* e a *colaboração*. O primeiro para evidenciar uma certa tendência, se bem que não suficientemente visível, no sentido da desvalorização da *participação co-constitutiva*[149] em favor da *participação dialógica*[150]. Ao *déficit* que de

---

146 Cfr. PITSCHAS (RAINER), *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren,* Munique, 1990, p. 96, 227, 681 e 700. Cfr. também SÉRVULO CORREIA, ob. cit., p. 149, nota 33.

147 O planeamento e a gestão municipal não são obra exclusiva do município, mas uma *obra colectiva.* Cfr., ALVES CORREIA, ob. cit., p. 250, que na nota 130 cita CHARLES, HUBERT, *La Nouvelle Planification Urbaine, in* Le Nouveau Droit de L'Urbanisme, Paris, Sirey, 1984, p. 36. Sobre a *participação,* cfr. GWYNETH KIRK, *Urban Planning in a Capitalist Society,* Croom Helm London, 1980, em especial, p. 155 e ss e LINCOLN ALLISON, *Environmental Planning,* GEORGE ALEN & Un Win Ltd., 1975, p. 97 e ss.

148 Cfr., ob. cit., p. 155 e notas 42, onde é citado PITSCHAS (RAINER), ob. cit., p. 476. No mesmo sentido CANOTILHO, J.J., Constituição e Défice Procedimental, Estado & Direito, Revista Semestral Luso-Espanhola de Direito Público, 2, 2.° Semestre de 1988; ANTÓNIO DE ARAÚJO, O Código do Procedimento Administrativo e a participação dos administrados, in Revista do Ministério Público, Ano 14° Janeiro-Março 1993, n.° 53, p. 11 e ss., em especial p. 15 e 16, nota (17) onde é citad bibliografia. No sentido de que a participação procedimental não é um direito fundamental assente na dimensão garantística do princípio do Estado de Direito, mas tão sóo um princípio de organização e acção e acção adminisrativa concretizador da dimensão participativa do princípio democrático, cfr. Pedro MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, citado por SÉRVULO CORREIA, *O direito à informação...*, ob. cit., p. 164, nota 41.

149 De acordo com SÉRVULO CORREIA "a participação é *co-constitutiva* quando a vontade do particular tem, a par da vontade da Administração, um papel gerador da constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídico-administrativa. A forma administrativa por excelência correspondente a este tipo de participação é o contrato administrativo...". Cfr., *O direito à informação...*, cit., p. 147. No sentido do fim do contrato administrativo, *Vide* ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra - 1990.

150 "Chamamos(...) *participação dialógica* àquela que, sem uma co-autoria com a Administração na emissão do acto principal, relativamente ao qual o particular continua a configurar como

certo modo se fez sentir na literatura jurídica nacional sobre o contrato administrativo, tende a ver-se agora suplantado por um *superavit* ou por uma "*partiziopationsenphorie*" [151], que a novidade denominada *dialógica* sugere, ao vislumbrar-se no actual momento das sociedades humanas, fenómenos vitais à sua estruturação e funcionamento, como os da *informação* e *comunicação*.

Esta tendência, levada ao seu extremo, questiona, não só entendimento "monista" da actividade política que integra os quadros conceituais do constitucionalismo[152] e que assenta na dicotomia indivíduo-Estado, mas põe de igual modo em crise a própria legitimidade do *poder unilateral* do Estado, que se manifesta no conceito de acto administrativo, que a doutrina e a jurisprudência administrativistas foram laboriosamente construindo ao longo do tempo[153]; tornando nebulosa e confusa, até, a própria função do Direito Administrativo[154].

Há de igual modo, como refere BAPTISTA MACHADO[155], uma "confusão subjacente à expressão "democracia participativa", quando se pretende que a participação é a última tentativa de suprir a falta de legitimidade do Estado capitalista". E o autor acrescenta significativamente o seguinte: "Com efeito, à "legitimidade democrática" apenas se recorre para fundamentar *o poder de au-*

---

151 Cfr., SCHMITT GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in* VVDSTRL, 31, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1973, p. 181, *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 251, nota 32.

152 Sobre a concepção "monista" da actividade política e a dificuldade em a substituir por uma "Constituição tricotómica", a que lhe estão associados os paradigmas do *pluralismo* e do *corporativismo*, cfr., Maria Lúcia AMARAL, *Grupos de Interesse*, Nos dez anos da Constituição, INCM, p. 88-90.

153 A este propósito, cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra, p. 51 e ss.

154 Sobre a problemática da função garantística do Direito Administrativo e do papel da participação/colaboração, ver as concepções divergentes de ROGÉRIO E . SOARES, *Codificação do Procedimento Administrativo hoje*, in Direito e Justiça, vol. VI, 1992, p. 17-24, em especial, p. 20-21 e p. 23-24 e Diogo FREITAS DO AMARAL, *Fases do procedimento decisório de 1.º grau*, in Direito e Justiça, cit., p. 25-35, em especial, p. 25-26. A adesão a uma concepção garantística expressa no texto por FREITAS DO AMARAL, viria, contudo, a ser revista em favor de uma *função mista*, ou uma *dupla função*: não já apenas "autoritária", nem apenas "liberal" ou "garantística", no *Curso de Direito Administrativo*, 2.ª edição, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra-1994, p. 143-145. A propósito da natureza jurídica do imperativo de fundamentação, VIEIRA DE ANDRADE, escreve "Estamos na realidade perante uma matéria em que "o fascínio dos direitos fundamentais" se exerce de modo particularmente intenso, tanto que as preocupações dogmático-práticas cedem a uma certa "emocionalidade jurídica". Esta emocionalidade tornará porventura inteligível que se esqueça não ser o direito administrativo um edifício normativo destinado exclusivamente à defesa dos administrados, mas sim à realização do interesse público, entendido enquanto equilíbrio entre os interesses da comunidade e os interesses dos indivíduos e grupos". Cfr., *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Livraria Almedina, Coimbra-1991, p. 182 e 179, nota 3.

155 Ob. cit., p. 458.

toridade do Estado a exercer por decisão unilateral. E, relativamente às funções estaduais que assim devem ser exercidas, não se demonstra tal défice de legitimidade"[156].

Também aqui se nota a dificuldade de enquadrar o poder dos grupos[157], figura algo perturbadora[158], que se intrometeu historicamente entre o Estado e o indivíduo. Estes, não são Estado e comportam-se com se o fossem. Não são indivíduos e aproveitam-se do quadro de vantagens que for a especialmente concebido para estes. A igualdade entre os homens, que nascem livres (ou melhor, que embora não nascendo livres têm uma irrevogável vocação de liberdade) e que sendo iguais em direitos, são desiguais na "imprevisibilidade dos seus interesses e na multiplicidade dos grupos constituídos para os prosseguir"[159]; a diferenciada dimensão e poder negocial destes torna desigual a concorrência de interesses, que são introduzidos no procedimento, obtendo certos grupos "decisões juridicamente vinculantes que beneficiam o interesse particular defendido", em detrimento de outros grupos e indivíduos, embora, não exista qualquer *ordem de dignidade* entre os interesses e deverem ser avaliados os diferentes pontos de vista ou as várias perspectivas incluídas nos interesses [160].

Mas há uma outra confusão, ainda, esta jáde natureza mais dogmática: é que se a ideia de participação está como que visceralmente ligada à ideia de procedimento, esta não é uma característica típica ou genuína do sistema de administração latino-germânico, em que o sistema português se insere [161].

---

156 Noutro passo da mesma obra e a propósito do *regresso* do Estado à *comunicação* e à *negociação*, acrescenta BAPTISTA MACHADO: "Isto não significa, porém, que se possa estabelecer qualquer confusão entre o Estado-Soberano e o Estado-Parceiro: o Estado democraticamente legitimado não pode abdicar da sua soberania interna nem deixar de estar obrigado a garantir com a sua autoridade o desempenho de certa starefas que só a ele competem, a exercer atribuições que *não são negociáveis*". Cfr., ob. cit., p. 457.

157 "Tal poder existe. E não será exagero afirmar que através dele se formou um auto-governo de sociedade civil, uma Constituição paralela sem autor nem data, criada à margem de qualquer poder constituinte e, por isso, alheia a sólidos critérios de legitimidade". Cfr. Maria Lúcia AMARAL, ob. cit., p. 91.

158 Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, p. 81 e ss.

159 Cfr. Maria Lúcia AMARAL, ob. cit., p. 84.

160 Cfr. KRAUTZBERGER, ob. cit., §1.°, 86, *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 281, nota 192.

161 Depois de na obra anteriormente citada (*Codificação do Procedimento Administrativo hoje*), caracterizar os sistemas anglo-saxónico e austríaco de Administração (1), ROGÉRIO EHRARDT SOARES, debruça-se sobre o terceiro sistema. "O terceiro sistema é o nosso, a que se chama normalmente sistema latino-germânico e é fundamentalmente um sistema de acto administrativo. É isto que o caracteriza. É esta forma de exercitar o controlo da actividade administrativa que vai dar o sentido ao nosso sistema. Através da sobreposição de um quadro de acto administrativo fixado pelo legislador a um certo material decidido, é que vamos ver se esse material satisfaz o interesse público. Portanto, maior atenção ao resultado do que ao procedimento". Se no sistema anglo-saxónico a *ideia de direito* está associada à *ideia de processo* (processo da

12. O segundo apontamento refere-se ao sentido e alcance da colaboração das entidades públicas. Para ALVES CORREIA "a intervenção do Estado não se circunscreve (...) à associação de organismos e serviços da Administração Central ao procedemento de elaboração do plano diretor municipal. Manifesta-se ainda na "ratificação" pelo Governo da deliberação da assembleia municipal que aprovar o plano" [162].

Esta posição, que vai no sentido de estender a colaboração do Governo, a um momento posterior à aprovação do plano pela assembleia municipal é coerente com a defesa de uma natureza mista (de legalidade e de mérito) da tutela governamental sobre as autarquias, em matéria de planeamento urbanístico [163].

Pese, embora, a construção jurídica que ALVES CORREIA elabora, considerando o acto de aprovação do órgão municipal como *acto constitutivo* do procedimento e o acto de "ratificação" governamental como *acto integrativo da eficácia* daquele, não se pode acompanhar aquele Professor na conclusão de que "o PDM é, assim, concebido como um acto imputável ao município, estando, porém, subordinado a um controlo de legalidade e de mérito do Governo" [164].

---

common law e processo da equity) e, portanto, faz parte do seu natural "*modus essendi*", a importação da ideia de processo (ou melhor, do procedimento) deve rodear-se de especiais cautelas (não traduzir uma adesão precipitada a um novo dogma), sob pena de distorção, deformação e descaracterização do sistema que o assimila. Não significa isto que o sistema se feche e não evolua, o que iria contra a realidade dos factos que patenteia numa certa aproximação, se não mesmo homogeneização dos sistemas, perdendo, desse modo, a pureza da sua originalidade. Numa posição algo diversa, FREITAS DO AMARAL, qualifica, a par de um *sistema administrativo tradicional, dois sistemas administrativos modernos* (um *sistema administrativo de tipo britânico*, ou de *administração judiciária* e um *sistema administrativo de tipo francês*, ou de *administração executiva*). Cfr., *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 91 e ss. Para além de não autonomizar o *sistema de administração austríaco*, o Professor de Lisboa, não se refere às ideias de processo e de resultado, como características distintivas (cfr., ob. cit., p. 105 e ss).

162 O *Plano Urbanístico*, ob. cit., p. 271 e 272. O autor invoca o art. 6.°, n.° 3 do Decreto-Lei n.° 77/87; art. 16.° a 18.° do Decreto-Lei n.° 208/82, a propósito do PDM.

163 "O PDM é, assim, concebido como um acto imputável ao município, estando, porém, suborbdinadao a um controlo de *legalidade* e de *mérito* do Governo, como requisito indispensável para a produção de efeitos jurídicos" (o itálico é nosso). Cfr., ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico*, cit., p. 272, nota 174.

164 Cfr., ob. cit., p. 272, nota 174. No sentido de que "a tutela do Governo sobre as autarquias locais está agora limitada à chamada tutela de legalidade a *posteriori*", ver J. OSVALDO GOMES, *Operações Urbanísticas e Medidas Preventivas*, in Direito do Urbanismo, cit., p. 390. Ver, também, *infra*, § 3.°, 4-7.

3

A Tutela do Governo sobre as Autarquias em Matéria de Planeamento Urbanístico

1. Já nos foi dado constatar que existe uma "reserva de normação autárquica"[165], como limiar mínimo, alosoluto, de "reserva da autonomia local"[166], oponível ao legislador[167] e que segundo *o princípio da competência*[168] aponta para uma visão plural do ordenamento jurídico[169].

Importa, agora, compreender a conjugação da competência normativa com o poder tutelar[170].

---

165 Trata-se, nas palavras de SÉRVULO CORREIA de um "espaço delimitado pelo estatuto das autarquias" que é "garantido" às comunidades locais, que sobre ele dispõem de uma reserva de normação sem a qual não fruiriam verdadeiramente de autonomia. Cfr., *Legalidade,* 277.

166 "Autonomia quer dizer *poderes próprios mais órgãos próprios*", cfr., GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República...,* anot. VI, ao *art. 237° da Constituição,* 882.

167 "Fixadas por lei, segundo o espírito do princípio da descentralização administrativa, as atribuições das autarquias locais, isto é os interesses públicos postos a seu cargo, também não pode o blegislador sobrepor-se aos órgãos autárquicos providos de competência regulamentária na disciplina de tais matérias sempre que a respectiva natureza dispense uma regulação aplicável sem reservas a todo o território nacional. São essas matérias que já considerámos objecto de reserva de normação autárquica". Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* p. 276.

168 Sobre a distinção entre *o princípio da competência e o princípio da hierarquia,* cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional,* 784 a 787. No mesmo sentido da distinção entre um critério de ordenação das fontes de Direito segundo a hierarquia (em matéria de concurso de normas emitidas pelas fontes competentes vigora a regra da prevalência da norma de grau hierárquico mais elevado) e um critério de repartição da competência normativa entre o Estado e as autarquias locais (em matérias reservadas a certo tipo de fontes, isto é, que são objecto de reserva de normação autárquica vigora a regra de subsistência da norma emitida pela fonte exclusivamente competente), cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* p. 276 a 278.

169 Sobre a "inadequação e irrealismo" de uma "visão estatocêntrica de criação do direito", traduzida no "monopólio de normação jurídica" pertencente "ao Estado ou, pelo menos, a entidades públicas dotadas de prerrogativas normativizadoras", cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 776 e 777. Sobre uma *pluralidade de ordenamentos jurídicos,* extraída a partir do art.° 242° da *Constituição,* cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar,* p. 26.

170 Não é nosso propósito a temática das autarquias e do poder local, em geral, nem a tutela administrativa, em particular, mas apenas problematizar os seus traços gerais e mais significativos para o tema que nos ocupa. Daí que não abordemos, entre outras: a problemática das formas típicas de regulamentos locais (ver, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português,* in Contencioso Administrativo, Livraria Cruz-Braga – 1986, 58 a 68, onde é feita uma síntese do problema e é citada bibliografia); a problemática dos regulamentos independentes e o princípio da prevalência da lei, quer relativamente ao Governo, que relativamente às autarquias locais (ver, por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade,* capítulo III da Parte I, em especial as p. 198 a 250 e 270); nem, finalmente, a problemática da interfência

Do *artigo 243°, n.° 1 da Constituição* resulta que a tutela administrativa sobre as autarquias locais consiste na "verificação do cumprimento da lei" *(princípio da legalidade)*[171] e as medidas de tutela só podem ser tomadas "nos casos e nas formas previstas na lei" *(princípio da tipicidade legal das medidas de tutela)*[172].

Um problema que se coloca consiste em saber qual o conceito de *lei*, contido na expressão "cumprimento da lei". Conjugando o *artigo 243°* com o *artigo 115°, n.° 1,* ambos da Constituição, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam uma interpretação ampla do conceito de *lei*, no sentido de "envolver não apenas as leis no sentido formal de acto legislativo (cfr. art. 115°-1), mas também todas as demais normas que vinculam as autarquias, desde os regulamentos governamentais, até às *normas editadas pelas próprias autarquias*"[173].

Mas esta interpretação, nos termos em que está formulada não só não dissipa as dúvidas, como ainda suscita um outro problema. Assim: o que se deve entender por "regulamentos governamentais" que "vinculam as autarquas"? São todos e quaisquer regulamentos, mesmo aqueles que não se contenham no âmbito da tutela, ou apenas os regulamentos feitos pelo Governo para execução das leis que se impõem às autarquias e aos seus regulamentos no âmbito da sua própria autonomia[174], como é o entendimento de SÉRVULO CORREIA, ao conjugar o *artigo 243°* com o *artigo 242° da Constituição*[175]?

A este propósito, SÉRVULO CORREIA explicita que uma natureza de tutela restringida apenas ao controlo da legalidade permite compatibilizar "a existência de tutela com a autonomia de orientação das autarquias, visto que ao

---

do poder regulamentar autárquico no domínio dos direitos fundamentais do cidadão. Ver, do mesmo autor e obra, p. 268 a 270, bem como, VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar...*, cit., p. 27 e s.

171 Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA "embora não seja isento de dúvidas o sentido da espressão "cumprimento da lei", a verdade é que a função da tutela não é a de controlar o "mérito" da administração local ou a sua conformidade com os interesses gerais, tal como o Governo os vê, mas sim e apenas a de velar pela legalidade da administração local". Cfr., *Constituição da República*, anot. II, ao *art. 243° da Constituição*, p. 897.

172 *Constituição da República*, anot. III, *ibidem*.

173 Cfr., *Constituição da República*, anot. II ao *art. 243.°*, p. 897.

174 "As leis que se impõem às autarquias no âmbito da sua própria autonomia são as que estabelecem as suas atribuições e a competências dos seus órgãos e, ainda, as que disciplinam matérias parcialmente das atribuições das autarquias mas que, por sua natureza, não dispensam uma regulação aplicável sem reservas a todo o território nacional". Cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 279.

175 Cfr., *Legalidade*, p. 279.

Governo não cabe apreciar do mérito, oportunidade ou conveniência das deliberações dos órgãos do poder local" [176].

Ou seja, é a própria Constituição que resolve o conflito (potencia) entre o *princípio da autonomia local*, entendida esta como *autonomia de oientação* delimitada pelo estatuto autárquico e *o princípio do controlo tutelar das entidades administrativas de fins mais amplos*, ao facultar ao Governo o controlo sobre as autarquias locais, nas restringindo-o ao "cumprimento da lei" (controlo da lei) e nos limites do estatuto de entidade tutelar.

Como *função administrativa de controlo*[177] da legalidade da actividade das autarquias locais, está subtraída à entidade tutelar qualquer intervenção de direcção, orientação ou superintendência[178]. Assim, os órgãos autárquicos encontram-se apenas "sujeitos a uma *tutela externa* por parte dos órgãos centrais, com o objectivo de coordenar as acções autarquicas com os interesses gerais da sociedade, sendo, aliás, uma mera *tutela de legalidade*, destinada a assegurar a integridade da ordem jurídica geral" [179].

2. "A contenção dos regulamentos do Governo no âmbito da tutela"[180] permite compatibilizar *o princípio da hierarqua* com *o princípio da competência*.

Com efeito, por um lado, "uma estreita hierarquização entre os regulamentos do Governo e os regulamentos municipais criaria uma relação de dependência entre os municípios e o Estado" [181].

Por outro lado, "o uso livre da via regulamentar proporcionaria ao Governo a possibilidade de dar orientação ou direcção político-administrativa às autarquias no plano da prossecução das atribuições destas pessoas colectivas. O

176 O Professor de Lisboa acresenta ainda: "Temos, assim, que a Constituição atribui ao Governo poder regulamentar sobre as autarquias por ser aquele o órgão que sobre estas exerce tutela. E, por outro lado, que esta tutela éapenas de legalidade, a fim de salvaguardar a autonomia de orientação das autarquias. A consequência lógica destes postulados é a de que o poder regulamentar de que o Governo dispõe não podo conferir-lhe faculdade de intervanção na vida das autarquias e na determinação das suas orientações político-administrativas que excedam as que emergem do seu estatuto de entidade tutelar". Cfr., *Legalidade*, p. 279.

177 Sobre a distinção entre *controlo e decisão*, cfr., BARBOSA DE MELO, *Direito Administrativo II*, cit., 64 e ss.

178 Sobre estes conceitos, cfr., Paulo OTERO, *Hierarquia Administrativa, in* DJAP, VI, p. 66 e ss. e, do mesmo autor *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992, onde vem citada a vasta bibliografia sobre o assunto.

179 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar*, cit., p. 25.

180 Cfr., SÉRVULO CORREIA, *Legidade*, p. 279.

181 "Se invertermos o binómio hierárquico entre órgãos-hieraquia entre fontes, não podemos furtar-nos à constatação de que uma rígida graduação das fontes não poderia deixar de produzir na prática uma hierarquização dos sujeitos produtores das normas". Cfr., ob. cit., p. 278.

poder de auto-orientação das autarquias seria, assim, esvaziado pelo Governo, actuando já não como órgão de poder legislativo mas como órgão da Administração" [182].

Do que resulta que, "os regulamentos do Governo que se instram no âmbito da tutela prevalecem sobre os regulamentos das autarquias"[183] (*princípio da hierarquia*). Em contrapartida, os regulamentos do Governo que não se contenham no âmbito da tutela, cedem perante os regulamentos autárquicos (*princípio da competência*)[184].

3. No domínio do Direito do Urbanismo, há que ter em consideração, de igual modo, o *princípio da hierarquia e o princípio da competência*[185], que se coloca a propósito do problema da vinculatividade e da conformidade dos planos.

---

182 "Não existe qualquer relação de dependência entre as autarquias e o Governo, que é o órgão que fora das regiões autónomas, dispõe de tutela sobre elas". cfr., ob. cit., *ibidem*.

183 SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 279.

184 Para SÉRVULO CORREIA, "...quado, perante o sistema constitucional, determinadas matérias estejam reservadas a certo tipo de fontes, não existe a possibilidade de um concurso de normas que se saldaria pela prevalência da de grau hierárquico mais elevado. As eventuais antinomias solucionam-se assegurando a subsistência da norma emitida pela fonte competente, ao passo que a outra não poderá ser aplicada dada a sua invalidade". Cfr., *Legalidade*, 276, bem como a nota (465), em que o autor cita MAURER, para quem, só uma norma válida pode ter precedência sobre outra norma de grau inferior. Cfr., *Allgemeines Verwaltungsreht*, 58. Citando CRISAFULLI, na nota (466), SÉRVULO CORREIA acrescenta: "Ora, nos sistemas em que vigora uma divisão vertical de poderes, a pória lei formal conhece limites negativos de matéria e o critério da competência precederá o critério da ordenação das fontes segundo a hierarquia desde que a Constituição seja rígida". Cfr., *Lezioni di Diretto Costituzionale*, II, 179 a 190. Finalmente, citando PUBOSA, "quando o Estado invade a esfera de competência constitucionalmente garantida das autarquias, a lei deve ceder à normação local, mas que isso se não deve a uma supremacia hierárquica desta última, sendo antes uma consequência da violação da disciplina constitucional sobre a repartição de competência normativa entre o Estado e as autonomias locais". Cfr., *Souranità Popolare e Autonomia Locale*, p. 243.

185 O princípio da hierarquia dos planos urbanísticos não deve confundir-se com o *princípio da hieraquia das normas*, que analisámos na 1.ª parte deste estudo. Embora, em ambos os casos se trate de um problema de hierarquia normativa, no primeiro caso ela incide directamente sobre os planos e indirectamente sobreas normas nos mesmos contidas, e, no segundo a incidência opera-se directa e excolusivamente sobre as normas, isto é, neste caso trata-se de um problema de Direito Administrativo geral, enquanto naqueloutro estamos perante um problema de Direito Urbanístico, que é um problema de Direito Administrativo especial. Nesta consideração do Direito Urbanístico, cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 53. Isto não significa que o *princípio da hierarquia das normas*, no sentido que lhe emprestámos não tenha por si só uma relevância no domínio do urbanismo. Vefa-se, a título de exemplo, a obrigatoriedade de as *medidas preventivas* respeitarem os direitos fundamentais os princípios constitucionais, que é uma manifestação do *princípio da hierarquia das normas*. Cfr. OSVALDO GOMES, *Operações Urbanísticas e Medidas Preventivas, in* Direito do Urbanismo, INA, 1989, p. 386.

O *princípio da hierarquia*, ou, por outras palavras, *o princípio da ordenação hierárquica* do planeamento urbanístico, constitui, a par do princípio da legalidade e seus corolários[186], bem como do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da "proibição do excesso"[187], um dos limites à liberdade de modelação do conteúdo dos planos[188]. Significa aquele princípio que as disposições de um plano devem respeitar as determinações dos planos hierarquicamente superiores [189].

A *subordinação* ou *sujeição* de um plano urbanístico[190] a outros hierarquicamente superiores implica relações de *conformidade* [191].

Contudo, serão de mera *compatibilidade*, as relações hierarquizadas entre o plano urbanístico (PDM) e o plano de ordenamento do território (PROT).[192]

Mas, quer se trate de uma relação, de *conformidade* ou de *compatibilidade*, a *nulidade* constitui, em qualquer dos casos, a sanção estipulada para a violção do *princípio da hierarquia*, em matéria urbanística [193].

Do *princípio da hierarquia* se deve, também, em matéria urbanística, distinguir o *princípio da competência* [194].

A *delimitação positiva* operada pela lei, incluindo no elenco das "competências" do município, a elaboração e aprovação dos planos urbanísticos, em contraste com a competência atribuida ao Governo, em matéria de elaboração e aprovação dos planos de reordenamento do territória[195], permite que aqueles possam ser elaborados e aprovados, independentemente da preexistência destes.

---

186 Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 286 e ss.

187 Ob. cit., p. 296 e ss.

188 Ob. cit., p. 294 e ss.

189 Cfr. SCHMIDI-ASSMANN, *Grundfragen des Städtebaurechts*, Göttingen, Schwartz, 1972 *apud* ALVES CORREIA, *Ibidem*.

190 Referimo-nos ao PDM, aos planos gerais e parciais de urbanização e aos planos de pormenor. A *subordinação* não se restringe à *conformidade* de um plano urbanístico ao plano que se encontra imediatamente a seguir na respectiva hierarquia, mas também a todos os outros que se encontram nos diversos planos hierárquicos superiores. Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 295.

191 Ob. cit., *Ibidem*.

192 Ob. cit., *Ibidem*.

193 Ob. cit., *Ibidem*. Para que "*princípio da hierarquia*" não seja violado, decorre do mesmo "a obrigação de revisão de um plano urbanístico se, posteriormente à sua entrada em vigor, for aprovado um plano hierarquicamente superior que consagre soluções "incompatíveis" ou "desconformes" às daquele". Cfr. ALVES CORREIA, ob. cit., p. 396.

194 ALVES CORREIA não fala, na obra que temos vindo a citar, no *princípio da competência*, nomeadamente, não o autonomiza do *princípio da hierquia*, quando se refere ao art. 6°, n.° 2 do Decreto-Lei n.° 77/84, de 8 de Março (Cfr., ob. cit., p. 295, nota 222).

195 Para ALVES CORREIA, "a única consequência jurídica que a lei retira da aprovação pelos municípios de planos de grau inferior sem a existência prévia de planos de grau superior é a necessidade de um *controlo tutelar* preventivo do Governo, que seria dispensado noutras circunstâncias". Cfr., *O Plano urbanístico*..., ob. cit., p. 199, bem como a nota 56.

4. Na obra que temos vindo a citar, SÉRVULO CORREIA suscitou a questão da inconstitucionalidade do n.° 3 do artigo 6° do Decreto-Lei n.° 77/84, que foi contestada por ALVES CORREIA[196]. Face à evolução legislativa, entretanto verificada, poderá considerar-se superada tal problemática.

Com efeito, o legislador sentiu a necessidade de rever a sua legislação, de tal modo que, se no n.° 3 do artigo 29.° do Decreto-Lei n.° 208/82, consagrava a possibilidade de o Governo aprovar os planos gerais e parciais de urbanização e os planos de pormenor, quanto não se verificasse o condicionalismo previsto no n.° 1 do citado preceito legal, já no Decreto-Lei n.° 77/84, a competência para a elaboração e aprovação daqueles planos passou a ser uma competência exclusiva dos municípios (artigo 6°, n.° 2), condicionando , no entanto, a entrada em vigor das duas primeiras espécies a um acto prévio de "retificação" governamental[197].

Com a publicação do Decreto-Lei n.° 69/90, de 2 de Março, o legislador acabaria por encaminhar no sentido das precupações manifestadas por SÉRVULO CORREIA, ao enunciar pressupostos para a recusa da "retificação"[198].

Face a tal evolução legislativa[199], não dispensaremos mais tempo ao problema da inconstitucionalidade. Aludiremos apenas três notas brever.

5. A primeira, no sentido de considerar válido o argumento de ALVES CORREIA, no sentido de que "a planificação urbanística de carácter local, embora seja entre nós uma função primordialmente municipal, não é uma actividade que, pertença em exclusivo ao município, já que incide sobre uma parcela de território, que tem de ser vista em conexão com o todo nacional", pelo que se "justifica prefeitamente que a lei considere predominante o interesse do município, em termos de o considerar responsável pela sua elaboração e aprovação mas em que ao Estado fica recervada uma intervenção tutelar suficientemente forte para acautelar os interesses de índole nacional que nela se manifestam"[200].

---

196 Sobre as teses de SÉRVULO CORREIA, cfr. *Legalidade...*, p. 275, nota (464). Sobre as teses de ALVES CORREIA, cfr., O Plano urbanístico, cit., p. 271, nota 173 e p. 57, 199, 295 e 475.

197 Para maiores desenvolvimentos sobre estes dois diplomas legais, cfr., João Paulo MIRANDA DE SOUSA, *Os Planos de Urbanização no Vigente Ordenamento Jurídico Português*, in Direito do Urbanismo, cit., p. 348-350.

198 Atente-se que para SÉRVULO CORREIA, o facto de o n.° 3 do art. 6° do Decreto-Lei n.° 77/84, não enunciar "quaisquer pressupostos para a recusa de aprovação e, muito menos, pressupostos consistindo exclusivamente na violação de preceitos que presidam à elaboração dos planos em causa", converte a "impropriamente designada "retificação", numa tutela correctiva *a posteriori* à luz de critérios que não propriamente de legalidade". Ctf. *Legalidade...*, cit., p. 275, nota (404).

199 Sobre esta problemática, cfr. ALVES CORREIA, *As grandes linhas da recente reforma do Direito do Urbanismo portguguês*, Livaria Almedina, Coimbra – 1993.

200 Cfr. ob. cit., p. 271, nota 173.

Contudo, julgamos excessiva e de duvidosa constitucionalidade a defesa de uma intensidade de intervenção tutelar, que não se restringem ao "simples controlo de legalidade" face ao artigo 243.° da Constituição [201].

6. A segunda no sentido de que do segmento normativo, em causa, não se pode aprioristicamente deduzir a sua inconstitucionalidade[202], mas apenas no momento da sua concreta aplicação, tendo em conta *o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição* [203].

7. A terceira nota, refere-se à teoria dos *pressupostos*.

Como escreva o Prof. ROGÉRIO SOARES "através da fixação de *pressupostos típicos* estabeleca a lei a fundamental e indispensável vinculação do agente administrativo. E depois disso já lhe pode conceder com mais tranquilidade um conjunto de poderes para a realização do interesse público, que se denomina *competência* em sentido amplo. todavia, esses poderes só pode assumir relevo jurídico em sede de possibilidade" [204].

Os pressupostos, enquanto "circunstâncias histórico-ambientais"[205], adquirem o seu "relevo autónomo só como via de delimitação da competência no próprio acto. E esse relevo é também suficiente para explicar uma decisiva influência como mecanismo de tutela da actividade administrativa, sob o perfil da sua subordinação à lei" [206].

Mas, os pressupostos podem ser indicados directa ou indirectamente ao agente, pelo que, a não previsão expressa de pressupostos, não implica a sua inexistência[207]. Não era necessária, pois, a alteração da legislação, a que anteri-

---

201 Cfr., ob. cit., p. 271, nota 173. *Vide*, também, supra, § 2.°, p. 12.

202 Neste sentido, ver, João Paulo MIRANDA DE SOUSA, que para impedir "a condenação à morte, por inconstitucionalidade, do n.° 3 do artigo 6° do Decreto-Lei n.° 77/84, defende uma "interpretação restritiva do artigo por forma a considerar que o controlo governamental por ele permitido se cinge à conformidade dos planos relativamente àquilo que as normas de planeamento regulamentarem de forma vinculante". Cfr., ob. cit., p. 352-353.

203 Sobre este princípio *vide* J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 229 e 230 e VII Conferência dos Tribunais constitucionais, *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas*, Tribunal Constitucional, Lisboa, 1987, em especial o Relatório Geral, p. 57 e ss.

204 Cfr. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 134. Aliás, no.

205 Cfr. ROGÉRIO E. SOARES, *Direito Administrativo*, p. 273.

206 ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público...*, p. 158. Aliás, no caso dos *regulamentos independentes* das autarquias, há "reconhecimento de áreas de auto-responsabilidade regulamentar e a correspondente isenção de uma pressuposição legal específica", cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Autonomia regulamentar*, p. 25.

207 No sentido de o agente receber "directa ou indirectamente, os pressupostos de facto da subsistência concreta do interesse público", cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público...*, p. 148.

ormente fizemos referência, para salvar a constitucionalidade do n.° 2 do artigo 6.° do Decreto-Lei n.° 77/84, embora esta tenha vindo clarificar o problema.

8. Partindo do pressuposto de que "é inteiramente de rejeitar a ideia de que a Administração tenha interesses próprios a prosseguir"[208] e de que "o controlo da legalidade aparece sempre como um juízo de adequação formal à lei"[209], ajuiar como inconstitucional um normativo que permite o uso de um poder discricionário ("ratificação" ou recusa de "retificação") através do seu eventual mau uso, poderá revelar-se excessivo.

Por outro lado, se o poder de actuar é conexo com o dever de actuar e de um dever de actuar de certa maneira[210], ele impõe-se quer, aos municípios, na sua tarefa de elaboração e aprovação do plano, quer ao Governo, na incumbência que sobre ele recai de, em sede de intervenção tutelar, ajuizar da legalidade daquela actividade municipal.

Se é certo que *o princípio da supremacia do interesse público* se reconduz à lei e se o *princípio da optimidade da acção administrativa* é um último corolário daquele princípio[211], poderia questionar-se no sentido de saber se "além deste juízo de adequação formal do acto ao interesse público, pode estabelecer-se outro, de adequação substancial: saber se aquele acto é ou não o meio idóneo para a satisfação do interesse público, se é conveniente e oportuno – é neste domínio que se afirma o mérito" [212].

Estaríamos, agora, a introduzir o problema de *mérito*, na tutela administrativa[213], que sempre reclama uma discussão sobre o acerto da própria disposição constitucional, contida no artigo 243° [214].

---

208 *Interesse Público*, p. 186. O Prof. ROGÉRIO acrescenta ainda: "os interesses "próprios" da Administração são os interesses públicos secundários, que não são mais que parcelas e centros especiais de refracção do interesse público primário".

209 Ob. cit., p. 225.

210 Ob. cit., p. 200.

211 Ob. cit., p. 142.

212 Ob. cit., p. 226.

213 Sobre a tutela administrativa, ver na Jurisprudência, entre outros, o Ac. do STA, de 19.06.1986, in AD, Ano XXVII, Ano XXVII, Agosto/Setembro, n.°s 320-321, p. 1011 e ss. e o Ac. do Tribunal Plano, de 24.03.1988, in AD, Ano XXVIII, n.° 331, p. 943 e s. e na doutrina a bibliografia citada por Paulo OTERO, *Conceito e Fundamento da Hieraquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra-1992, p. 222, notas (1) e (6).

214 Sobre a confusão entre "a ausência de tutela de mérito" e um certo "feudalismo administrativo"; sobre a necessidade de reabertura do debate relativo às "vantagens e inconvenientes da tutela de mérito", ainda que em "domínios muito circunscritos (defesa do património histórico-cultural, ordenamento do território, protecção do ambiente, gestão dos dinheiros públicos, e pouco mais) e com intensidade reduzida ao mínimo necessário", bem como a necessidade de correcção por parte do Governo, de "erros crónicos nas relações com as autarquias", como "a governamen-

Quer o problema do mérito, quer o problema da *tutela de mérito* exigiria, contudo, uma reflexão mais aprofundada que a natureza e a economia do presente estudo, não permitem.

9. Vimos, anteriormente, o problema da sanção da *nulidade*, a propósito do problema da conformidade e compatibilidade dos planos.

De igual modo parece ser *nulo* o desenvolvimento urbanístico realizado mediante *decisões individuais*, não enquadradas por um instrumento de planificação urbanística[215], isto é, com violação do *dever de planificação*, entendido como aprofundamento do *princípio do desenvolvimento urbanístico em conformidade com o plano*[216], bem como, consequentemente, quaisquer deliberações proferidas por órgãos autárquicos que se encontrem em desconformidade com os planos urbanísticos[217].

No entanto, o *princípio do desenvolvimento urbanístico em conformidade com o plano* – que não encontra ainda assento constitucional pese, embora, o esforço generalizado de planificação urebanística em Portugal – apresenta outras consequências jurídicas e outras virtualidades que, por ora, não poderemos aprofundar.

---

talização e a partidarização da gestão autárquicas"; e, sobre os "atentados gravíssimos e, quase sempre, irreparáveis à cultura nacional, ao equilíbrio paisagístico e ecológico, às boas tradições portuguesas no domínio arquitectónico, etc.", que têm resultado da "falta da tutela de mérito do Governo sobre as autarquias", e que mais se faz sentir no "domínio vasto do urbanismo", cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Princípios fundamentais de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em matéria de Direito do Urbanismo*, in Direito do Urbanismo, cit., p. 292-293.

215 Cfr. SCHIMDT-ASSMANN, *Grundfragen*, cit., p. 70; ERNST/ZINKAHN/BIELENBERG, ob. cit., & 1, p. 4 e ss; ERNST, HOPPE, ob. cit., *apud* ALVES CORREIA, ob. cit., p. 289 e nota 205.

216 Cfr. ERNST/HOPPE, ob. cit., p. 136 e 137 *apud* ALVES CORREIA, idem, nota 206.

217 Cfr. RUI MACHETE, Parecer nº 2, *in Estudos de Direito Público e Ciência Política*, que, na p. 493 e a propósito da desconformidade de uma deliberação proferida por uma Assembleia Municipal com o Plano Parcial de Urbanização sustenta a violação da lei, impugnável a todo o tempo, significando, pois, uma *nulidade (nulidade radical)*. O autor apoia-se no revogado artigo 828; § único, n.º 2 do Código Administrativo e nos actuais artigos 63º e 66º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA) – Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho. A remissa esperada pelo art. 63º da LPTA para o art. 51º, n.º 1, alínea e) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) – Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, isto é, para os recursos de normas regulamentares ou de outras normas emitidas no desempenho ha função administrativa pelas entidades referidas, designadamente, na alínea c) do art. 51º (órgãos da administração local), bem como dos pedidos de declaração de ilegalidade dessas normas. Esta invocação do contencioso dos regulamentos e das normas contrasta com a posição que o autor tem sobre a natureza do plano urbanístico, para quem não se trata de um acto normativo (regulamento), mas de um "acto administrativo geral de conteúdo não normativo". Cfr., supra, § 2.º-11.

10. Avançaremos, contudo, que é possível uma construção do *poder de licenciamento* fundando-se naquele princípio.

O *poder de licenciamento*, com o qual se relacionam as intervenções do Governo que se integram na denominada tutela integrativa *a priori*[218] respeita, não ao direito do urbanismo, considerado no seu sentido restrito, mas é um problema específico e central do direito administrativo da construção ou "direito da regulamentação da construção" *(Bauordnungsrecht)*.

Deve, pois, excluir-se a tutela integrativa a priori, do âmbito da tutela em matéria urbanística. Esta, apenas, é *a posteriori*, de legalidade, e incide sobre o plano aprovado pelo município. Com isto não estamos a aderir à tese da inconstitucionalidade da tutela integrativa *a priori*, mas a deslocar o seu estudo do campo do direito do urbanismo, para o campo do direito administrativo da construção.

11. Por outro lado, entendemos dever incluir-se o poder de *licenciamento* na *autotutela declarativa* e do *poder de embargar* ou *demolir* na *autotutela executiva*, enquanto domínios próprios do direito administrativo da construção. Mas, esta problemática exige uma outra reflexão, que ultrapassa os estritos domínios do direito do urbanístico *(Offentliches Baurecht)*[219], entendido aqui como englobando o "direito da regulamentação do plano" e o dirieto da regulamentação dos solos *(Bodenordnungsrecht)*.

---

218 Sobre a inadmissibidade da tutela integrativa *a priori*, por inconstitucional, cfr. J. OSVALDO GOMES, *Operações Urbanísticas e Medidas Preventivas, in* Direito do Urbanismo, p. 390.

219 Na Alemanha é vulgar a distinção entre "direito público da construção" *(offentliclres Baurecht)* e "direito privado da construção" *(privates Baurecht)*. Aquela expressão é, contudo, traduzida por ALVES CORREIA, no sentido de "direito urbanístico". Cfr. ob. cit., p. 90.