

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 3. Julio de 2023

DIREITO DOS SOLOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DERECHO DE LOS SUELOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por Fernando dos Reis Condesso¹

As políticas e o direito sobre os solos ganham, cada vez mais, relevo nas nossas sociedades. As *áreas implicadas* relacionam, além do mais e diretamente, o ordenamento dos territórios, o planeamento do desenvolvimento económico-social, a programação pública e o planeamento físico, o urbanismo e o ambiente. O *ordenamento do território* é uma tarefa de generalização relativamente recente derivada da cláusula do Estado social em economia de mercado, tendo como seu instrumento fundamental o planeamento da ocupação, uso e transformação do espaço físico, procurando ir concretizando um modelo racional dos territórios, integrando objetivos de políticas públicas, com recurso a metodologias, análises interdisciplinares e coordenação de interesses, públicos e privados, e dos fatores tidos por relevantes.

O *solo, recurso natural limitado* e não renovável, está sujeito à propensão hiperbólica para contínuas invasões urbanísticas. Sujeito a tensões entre o interesse público e os múltiplos interesses privados. No todo, estamos face a temáticas do direito económico-social, que são altamente *avessas às conceções da economia ultraliberal* (fortemente

¹ Catedrático de derecho de la Universidade de Lisboa, exdiputado nacional y europeo. Professor catedrático e coordenador do grupo de disciplinas de direito público e de ciência política no ISCSP da Universidade de Lisboa; é regente de direito administrativo, ciência Política e Direito do urbanismo, ambiente e ordenamento do território. É professor de mérito da Universidade (pública) Autónoma de México, Professor Visitante de política e direito ambiental do IUCA-UCM, Agregado em ciências jurídico-políticas, Doutor em direito, PLD em Direito do Estado, Doutor em planeamento e ordenamento do território (economia regional), DEA em Direito e DEA em Geografia e Ordenamento do Território, licenciado em filosofia (FDB) e em direito (FDUC). Efectivou estudos superiores, investigação e leccionação em Espanha (FDCS-URJC, FFL e FD-UNEX), Portugal (IPI, UM, UI, IP, ISCSP, FA-UTL), Bélgica (IEE-ULB) e Brasil (FD-UGF). Foi co-fundador do PSD em Maio de 1974, deputado europeu, observador à UEO e vice-presidente da AP da Convenção ACP-CEE, presidente de assembleia municipal, deputado nacional e Vice-Presidente e Presidente de Grupo Parlamentar (1980-Outubro de 1984), presidente de comissões parlamentares de defesa nacional, do trabalho, de investigação em matérias ambientais, de justiça e de cooperação, etc..

desequilibradora da estabilidade social, que nos vai dominando), ao serem estas áreas *fortemente reguladas e intervencionadas* pelos vários poderes públicos, mas nem, por isso, sempre de modo *adequado, racional*, a realidade social dos nossos povos, ainda de rendimentos fortemente assimétricos, e com o acesso ou aceitação de um devido direito à habitação.

O ordenamento dos solos tem de se processar face às necessidades das populações, tendo em conta as possibilidades da oferta biofísica de modo a antecipar a procura socioeconómica. Os meios utilizados exigem a sua *interatividade*, sendo que o *carácter cíclico dos seus métodos* (não meramente sequenciais, ao dependerem de análises empíricas a realizar e de fatores e domínios a percorrer), gera, sucessivamente, novas proposições solutivas, em contínuo processo de retomada de decisões. Daí poder afirmar-se que, normalmente, a administração pública dos solos coloca, permanentemente, em causa o seu próprio *planeamento*. A sua correção e efetividade aplicativa depende da aceitação da ideia de que ele nunca se encontrará plenamente realizado².

Neste texto, procuro refletir, sobretudo, a partir da experiência pessoal, tendo em conta *normas e práticas* com que fui convivendo ou que fui analisando ao longo do tempo. Não só referentes à realidade portuguesa, como de outros países, sobretudo europeus. Sem deixar de referir alguns *fundamentos conceptuais*, procurarei focar, essencialmente, *aspetos práticos e socialmente mais relevantes*, como sejam os temas de *controlo e regularização de decorrentes situações anómalas, normas e interpretações, macroprincípios e aspetos crítico-constitutivos*. Tendo em conta a centralidade reflexiva geral, que apela, no mundo de hoje, ao *“consumo” moderado das riquezas da terra*. Entre as quais, desde logo, temos de contar com os territórios, seus solos, o ambiente em geral, a problemática da contínua *expansão urbanística* e a proteção do *património* natural, histórico e cultural. Tudo, impondo refletir, com bases empíricas e com objetivos quer *racionalizadores* quer *corretores*, regeneradores. Procurando as necessárias *coerências*, ínsitas quer à *ideia de justiça social* quer de *“governança”* para todos, de base ideológica demosoberana, assentes na sua axiologia. Domínio dos *valores fundamentais*, à luz dos quais o direito dos solos e em geral o desenvolvimento das nossas sociedades e sua economia também deve ser interpretado em concreto. Partindo de dados empíricos, constatáveis na atualidade desse processo de desenvolvimento dos solos, debruçar-me-ei, especialmente, sobre questões de *controlo e atuação das administrações públicas locais*, face a um conjunto de situações de natureza mais complexa, que importa encarar. Desde *obras ilegais, ao regime de demolição de construções e de reposição de situações tidas como anómalas, à legalização de operações urbanísticas* (seja sem título edificatório, seja com título caducado ou invalidado), ao regime de *alterações a construções já existentes* e de *reconstrução* (designadamente, em situações de construções antigas ou em *ruína*). Procurando evitar, no domínio das regularizações de ilegalidades, a confusão indevida de identificação às ilegalidades materiais das irregularidades meramente procedimentais. Em geral, a problemática concernente a *interdições ou limitações ao uso do solo privado* (designadamente, com *efeitos sacrificadores do direito de propriedade*). Em geral, tendo em conta as consequências do não respeito de

² Sobre os *princípios fundamentais do ordenamento do território*, vide Condesso, F. (2010) -*Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial*. Barcelona: Erasmus Ediciones.

princípios fundamentais, dados como conquistados e, mesmo até, constantes de normas constitucionais. Tais como o da *ponderação de interesses relevantes* no procedimento de definição do planeamento físico. Termino com uma síntese, que entendo pertinente especialmente nestas matérias, sobre a *participação dos cidadãos* e a *transparência funcional administrativa*, face ao conatural direito da cidadania ao livre conhecimento de todo o tipo de dossiers municipais.

Em geral, todas as Administrações públicas têm o dever de “promover” os objetivos claros de política dos solos; se necessário, programando ou conduzindo a realização de operações urbanísticas, e não apenas com regras e limitações de uso e transformação. Cabe ao legislador e à Administração pública *ponderarem, explicitarem e afetarem* as diferentes *utilizações possíveis aos usos mais adequados* em termos de interesse público, embora com respeito pelos direitos dos cidadãos. Isto é, em moldes considerados pela Comunidade, em cada situação concreta, como os mais adequados aos objetivos protetores e enriquecedores dos territórios, que melhor se justifiquem. E se esta *gestão da intervenção nos solos* é tarefa das Administrações públicas a todos os níveis, de facto, na sua aplicação concreta, torna-se sobretudo especialmente marcante a ação da *Administração local, pela sua proximidade das coisas e especial responsabilidade criativa, aplicativa e fiscalizadora*. No entanto, tal não pode, por *razões de igual tratamento* dos cidadãos, deixar que a administração deva assentar em *princípios e decisões emanadas de níveis superiores*, que apontem *soluções integradas e estratégias de conjunto, compatibilizadoras das opções globais de desenvolvimento do país*³.

Aos poderes públicos cabe efetivar políticas de desenvolvimento para *vencer as assimetrias regionais, promover a coesão territorial e salvaguardar os valores gerais* importantes em termos de Comunidade. Desde logo também, os ambientais. E evitar *calamidades, preservar os diferentes ecossistemas e defender a herança cultural*.

Assim, temos que a Administração pública de “ordenamento do território”, dos solos, visa a *repartição e utilização racional dos espaços existentes*, regulamentando, planeando, programando o seu uso, *modulando os direitos dos particulares (que deixaram de ser absolutos)*, e *garantindo a sua concretização, fiscalização e aplicação de medidas de defesa e correção face a quaisquer ilegalidades*.

Desde já, referiria que o poder legislativo deve acabar com a complexa *dispersão normativa* nestas matérias. Urge uma maior *codificação* das normas essenciais e princípios gerais sobre solos. Nas vertentes do ordenamento do território e de urbanismo, e até princípios fundamentais da defesa do património cultural. Juntando o direito do planeamento, do *urbanismo construtivo e a legislação regeneradora*, quer de *reabilitação normal e excecional* para as habitações, quer a referente a *áreas de*

³ CEMAT (septiembre 2000) -“Stratégie commune d’aménagement et de développement durable pour l’Europe”. 12.ª CEMAT, Hanover; Deryche, P.H. (1994) -“L’intégration de l’espace dans le champ économique”. *Éncyclopédie d’Économie Spatiale*. Auray, J. P. et alteri (coord.). Paris. Economica; BOUDEVILLE, J. (1968) - *L’espace et les pôles de croissance*. Paris: PUF; Condesso, Fernando (2004) -“Medio Ambiente y Territorio en Europa: Propuestas para una Política de Ordenación Espacial en la Península Ibérica”. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Madrid, Vol. 67, p. 95-124; (2013) - “Administración pública y Desarrollo Económico-Social. Ordenación del Territorio Y Medio Ambiente: Las asimetrías de desarrollo en Portugal y la reforma de las estructuras de gobernación territorial”. Revista Monfragüe del Medio Ambiente, n.º 3; (enero-junio 2011) -“Desenvolvimento rural, património e turismo”. Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development, 8, (66), p.197-222. Bogotá: Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Instituto de Estudios Rurales, Pontificia Universidad Javeriana.

reconversão. E impõe-se mesmo uma *codificação tendencial da problemática ambiental* de aplicação direta nos solos.

Esta área do direito exige uma abordagem, que não se pode limitar a meras *interpretações exegéticas, literalistas, das estatuições abstratas, alheadas do quadro referencial legitimador constitucional e das normas básicas*, que direta ou reflexamente se lhe impõe.

A Administração pública do ordenamento, sendo uma tarefa fortemente *discricionária*, conatural ao planeamento⁴, não é, no entanto, arbitrária. Implica sempre uma *exigente racionalidade de ordenação teleológica*, na procura da *melhor solução*, de entre as opções possíveis. Não são admissíveis opções dotadas de *arbitrariedade ou fruto de mera liberdade* de vontades impositivas dos agentes administrativos. Desde logo, as opções têm de obedecer aos *grandes princípios da ação pública*.

Em geral, deve visar-se a *melhoria das condições de vida e de trabalho* das populações. Com a criação de oportunidades para a sua fixação em geral, mas, sobretudo, nas *áreas menos desenvolvidas*. Importante é, desde logo, a preservação e defesa de *solos não urbanizados*, com potencialidade para aproveitamento com *atividades agrícolas, pecuárias ou florestais, de conservação da natureza, turismo e lazer*⁵, ou apenas uma afetação destes solos a usos restritos a *situações em que seja*

⁴ Sobre o papel do plano na organização dos espaços físicos, Giannini, M. S. (1983) – “Pianificazione”, n ED XXXIII, Milano: Giuffrè,, p. 629; Yiftachel, O. (2006) -“Re-engaging planning theory?: Towards ‘South-Eastern’ perspectives. Planning Theory”, Vol. 5; Culligworth, Berry e Nadin, Vincente (2002) -*Town and Country Planning in the UK*. London and Nw York: Routledge. O plano e o planeamento é, hoje, o instituto fundamental não só do urbanismo, como da programação e estratégias de fomento do desenvolvimento situado. Uma vez que é através dele que este obtém a outorga das suas “cartas constitucionais”, normas e plantas, que o fundam. E, portanto, também ordenam o território para um correto desenvolvimento urbanístico, infelizmente nem sempre acompanhado por decisões estratégicas de desenvolvimento situadas, que aliás o deviam sempre preceder para serem tomadas em conta e “executadas”, tendo o programa de desenvolvimento como chapéu máximo de afirmação do desenvolvimento autárquico, desde logo ao nível supramunicipal, o qual urge e está previsto na Constituição desde o seu início. Diz Friedmann: “Since the early major contributions of Simon, Banfield (Meyerson and Banfield, 1955), Lindblom and Eltzioni, little that is new had been added. despite extensive and even virulent criticism (Caiden and Wildavski, 1979), the model continues to be in vogue, chiefly, one suspects, because nothing better has come along” (Friedmann, J.; Douglass, M. (1978) – “Agropolitan Development: Towards a new Strategy for regional planning in asia”, in Growth Pole: Strategy and Regional Development Policy. LO, F. e Salih, K, (ed.), Oxford: Pergamon Press, p. 35-40). Vide, v.g., um fluxograma sobre a plurifuncionalidade interativa da planificação em Friedman (1979) – *Territory and Function*. University of California, apud Sotelo Navalpotro, J. A. – Modelos de Organización y Desarrollo regional. Madrid: IUCA, s.d., p. 43. Sobre a intervenção pública no território, ver, ainda, do autor (2005) -*Ordenamento do território: Administração e políticas públicas, direito administrativo e desenvolvimento regional*. Lisboa: Iscsp, 954 pp., contendo um capítulo sobre a ciência-políticas económicas infra-nacionais (pp.85-295).

⁵ Friedmann, J. e Weaver, C. (1981) –*Territorio y función: La evolución de la planificación regional*. Madrid: Instituto de estudios de Administración Local; Esteban Moratilla, Fernando (1999) -*La estrategia Territorial Europea y las implicaciones para España..* Universidade de Cáceres, e (1994) –“La desigualdad interregional en Europa y España: descripción y análisis”. In *Crecimiento y convergencia regional en España y Europa*. Esteban, J. E. Vives, X. (coord.). Madrid: Instituto de Análisis Económico; European Commission (1997) -*The meaning of ‘spatial planning’*. Luxemburg: OPOCE. Problemática desenvolvida em “Fundamentos factuais, conceptuais e sociais ao direito do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente”. In Condesso, F. (março 2022) –*Direito do urbanismo e do ambiente*. Coimbra: Almedina. Destaco neste texto, especialmente, os capítulos referentes aos fundamentos factuais, conceptuais e sociais do direito do urbanismo, do ordenamento do território e do ambiente, sistema de planeamento e programação territorial, regime jurídico da urbanização, loteamento e edificação urbana, reabilitação e reconversão urbana, regime jurídico da reabilitação urbana, direito à habitação e regimes privilegiados de legalização e reabilitação de edifícios, estatuto das “construções” existentes, reposição da legalidade, reconversão das áreas urbanas de gênese ilegal, sem prejuízo de considerações interligadas (direito do ambiente, direito de proteção do património cultural, património urbano, património rural e turismo, proteção da paisagem, património do futuro e questão da estética). Sobre território, património e economia, v.g., (Condesso, F. (enero-junio 2011) -“Desenvolvimento rural, património e turismo”. *Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development*, 8, (66), p.197-222. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

efetivamente necessária ou em termos de utilidade devidamente comprovados, como a produção de energias renováveis ou a exploração racional e consentida de recursos geológicos em moldes não degradantes da vivencialidade e que, em democracia, deve ser sempre de acordo com as populações.

Há domínios em que as políticas em diferentes países mais têm falhado, devendo implicar *objetivos de eliminação de assimetrias* de desenvolvimento local e populacional. Objetivos nunca atingidos, mesmo em democracia. Tal não parece atingível, em muitos territórios, sem uma regionalização do poder local, com poderes representativos, de dirigentes supramunicipais eleitos e não em meras substituições da centralidade do poder nacional por outras centralidades de zonas já relativamente mais desenvolvidas.

Sobre o papel da Administração pública, importa realçar, especialmente, temas menos considerados no quotidiano, referentes a certas *características e princípios administrativos*, que se reportam às questões da *segurança jurídica, da participação, da transparência funcional e da confiança-boafé dos cidadãos, igualdade de tratamentos dos proprietários, justa ponderação dos interesses relevantes envolvidos*, além da difícil problemática da *demolição de uma edificação* (mesmo contra estatuições legais diretas e contra-planos) como “última solução” e o enquadramento do exercício das atribuições administrativas dos poderes territoriais e dos poderes jurisdicionais. Em causa, *caraterísticas, objetivos e macroprincípios gerais da política e direito* e suas implicações, face à necessária *integração de todas as regras sobre o uso do solo*. Nestes temas, importa ter em conta, não só a importância direta de normas básicas sobre os solos, como outras normas de eficácia relacionada, tais como programas e bases das políticas ambientais, atendendo, a um *princípio da transversalidade e de integração de políticas*⁶. São aqui de grande importância muitos princípios normativos, cuja aplicação tem especial relevo, nos diferentes *procedimentos, sejam construtivos, edificadores, sejam destrutivos*, como são as *demolições ou reposições*, sejam paralisadores, como os embargos, ou *corretores*, como as imposições de alterações. Sobre a sua aplicação, impõe-se *interpretar estas normas, escatologicamente*. Tendo sempre presente as normas de bases gerais referentes a solos, de que deve depender a legitimação hierárquica das outras. A *teoria geral da hierarquia das normas* vale, não só para legitimar as normas infra-ordenadas, no plano existencial, como para a *integração e releitura de sentido* destas.

No âmbito do *direito urbanístico*, como no do *ambiente*, há vários *temas de especial importância social*, e em que certa normação ou sua aplicação pelas administrações públicas é, em muitos países, claramente *deficiente, insuficiente ou incoerente*. E estamos, como é sobretudo frequente em direito administrativo público, em domínios de superabundância de normas não passíveis de aplicações próximas de *uma mera virtualidade de pretensas exegeses textuais*. São normas que apelam, pelo menos, aos aplicadores e, decisivamente, aos de último recurso, os *juízes*. Aplicadores sujeitos a uma exigente reinterpretção, quer face a valores constitucionalizados, quer por razões de coerência sistémica. Deve caber aos poderes locais tomar as iniciativas e dar apoios legalizadores.

Quanto às normas urbanísticas em si, têm, em muitos países, um *triplo carácter*:

⁶ Campesino Fernández, A. J. (1998) –“Políticas urbanísticas 1979–1998”. In Márquez Mella, J.M. (Coord.). *Economía y política regional en España ante la Europa del siglo XXI*. Madrid: Akal.

além naturalmente das que integram um *regime normal edificatório*, segundo as melhor regras e técnicas disponíveis em termos de qualidade e bem-estar, tem de haver outras viradas a *correções do passado*. Ou seja, também *regimes especiais e mesmo excepcionais*, neste caso apenas preocupadas com a *salubridade e segurança edificatória* de habitações antigas.

Quanto ao *valor* das leis de bases, programas físicos das Administrações públicas e planos municipais de hierarquia superior (devidamente escalonados, desde os planos pan-municipais, aos de povoados e, dentro destes, os de pormenor, assim como de loteamento de pequenas áreas territoriais, de iniciativa particular), deve haver uma *aplicabilidade indireta em duplo sentido*: não apenas pela *via da integração dos programas derivados das administrações superiores nos planos* municipais de aplicabilidade direta aos proprietários, e dentro destes, de acordo com o seu âmbito da redução territorial, mas também pelo facto de deverem obrigar a uma *interpretação destes em conformidade ou não contradição e conseqüente contextualização com eles*.

Em geral, impõe-se a tomada em conta, de modo interligado, de normas de um regime jurídico da urbanização e edificação e aplicável legislação procedimental administrativa. Desde logo, face a um regime adequado de invalidade e de regularização de títulos urbanísticos e a disposições de exigíveis *regimes jurídicos da reabilitação urbana*. Assim como se impõe um *regime especial para a reabilitação urbana habitacional, quer o seu passado tenha sido de génese legal quer ilegal*. Tudo a ter em conta juridicamente de modo compatibilizado e atendendo às capacidades dos diferentes estratos sociais e possíveis apoios públicos.

Quer pelas suas normas, quer pela principiologia afirmada, há que apontar para uma *adequada apreensão e compreensão geral do tema da sua aplicação e, desde logo, no da regularização*, não só no caso de edifícios considerados em termos isolados, como também nas especiais *áreas urbanas ilegais*, ou em geral também sobre loteamentos e urbanizações.

Às Administrações públicas cabem ações eficazes de *fiscalização de atividades de uso, ocupação e transformação do solo*. Tarefas que, em muitos países latinos, sempre foram cumpridas de modo deficiente. Fiscalizações, quer em cima dos momentos *simultâneos da construção*, quer depois deles, permitindo-se criar e, depois, enquistar-se no tempo as situações de irregularidade. Não só em relação aos processos de edificação, mas mesmo no funcionamento da atividade das empresas de construção⁷.

Os municípios auferem receitas de impostos e taxas, mas não fazem as suas tarefas que também incluem vigilância, acautelamento e, se necessário, imediato sancionamento ou tempestivas imposições de alterações.

No domínio dos *governos locais*, importa contestar o exercício do poder regulamentar local pelo órgão executivo, devendo caber em exclusivo o órgão parlamentar e sobretudo, quando concentre muito poder no seu presidente (não mero coordenador), atribuído por norma ou possível por delegação. Há situações de anomalia competencial, favorecentes de soluções de corrupção e frequente ilegalidade, ao entregar-se ao presidente ou mesmo ao executivo colegial toda a função

⁷ Dou o exemplo dos lixos de construção, em que, muitas vezes, não se *pune o abandono de lixos nas matas e caminhos de macadame*, ou o controlo de declarações de responsabilização de técnicos de engenharia, desde logo nas exigências sobre projetos de especialidades e de exigências antissísmicas.

regulamentar, que devia pertencer ao órgão parlamentar (que deve ir além do poder tributário). Neste poder local, não deve favorecer-se soluções que permitam fugas à lógica democrática de discussão “em reuniões em público” sobre os assuntos das suas atribuições⁸.

Desde já, destacaria que, no âmbito de operações urbanísticas, a Administração pública tem de respeitar as obrigações referentes aos bens imóveis que tenham sido expropriados ou *cedidos gratuitamente, no âmbito de operações de planeamento ou edificação, pelos particulares, para fins de utilidade pública específica*, e que passaram a integrar o *domínio das autarquias*. Estes têm de ser devolvidos (*revertidos*) aos cedentes, se não forem, no tempo previstos afetados aos fins de utilidade pública que o justificaram ou, objeto atempado de reformulação para afetação a outros fins públicos.

Outra questão a atentar: com as novas conceções gestionárias inseridas nas lógicas de serviço público, as Administrações públicas esquecem-se que já foram *pagas com impostos*, e têm tendido a efetivar *cobranças de serviços ou informações prestadas aos cidadãos* (serviços diretos ou devolvidos a entidades particulares concessionadas ou delegadas), transformando o *conceito de taxas em soluções de negócio lucrativo*⁹.

A *tributação do património imobiliário urbano* não deve ser cega, mas estar ao serviço do *princípio da equivalência ou do benefício criado*. Tem de estar em geral ao serviço de políticas que eficazmente desestimulem o abandono da produção agrícola e de promoção de povoamento e criação de riqueza em *áreas deprimidas e desfavorecidas*, o que, em muitas regiões e na atualidade, é irrealista e dependente de dispensáveis burocracias. Aliás, as *tributações ou sanções ambientais* não são obrigatoriamente canalizadas para correções nesse domínio. As próprias *sanções ambientais* engrossam apenas as receitas estaduais, os orçamentos estaduais, em clara *corrupção ideológica do valor e motivo ambiental*, algo que tem de merecer contestação¹⁰.

Sobre *mais-valias tributáveis*, apenas se pode justificar tributações de mais valias para construções em altura, ao ultrapassarem o mínimo do direito à habitação, ou transações e valores com alto rendimento, especialmente especulativas. Nunca para castigar a exposição das casas ao *sol, com salubridade*. Tal como seria também irracional tributar a maior segurança de um dado edificado, designadamente sísmica, que é dever da Administração pública e legislador promover.

Merece crítica o *destino das sanções financeiras ambientais*. Quer as sanções quer os impostos e encargos dissuasores de *agressões ambientais*, que caem sobre os consumidores e poluentes. Não pode aceitar-se, por exemplo, custos sobre usos de *plásticos*, porque não só são poluentes como insanos, e depois constatar-se que tal imposição serve essencialmente para o Estado arrecadar verbas para o orçamento

⁸ Calderón, César; Lorenzo, Sebastián (2010) –*Open Government: Gobierno Abierto*. Alcalá la Real: Algón Editores.

⁹ Como se as Administrações públicas fossem empresas privadas. Até com valores diferentes de município para município, atentando contra um princípio de igualdade de tratamento, assim apontando para densificações diferentes da cidadania nacional, conforme a área de vivência. Pelos valores hoje praticados em certos países (por exemplo, sobre meras informações escritas e muitos outros atos, mesmo que de imposição legal), temos *reais confiscos de rendimentos dos cidadãos, como se a estes já não houvessem sido deduzidos montantes tributários aos seus rendimentos*. Tudo, em vez da *gratuidade normal de serviço público*, porque já pago com impostos. Sendo apenas aceitável a *onerosidade em situações de exigência especial* (traduções, análises, etc.) e de resto devendo caber apenas na noção de taxa, ou seja, no máximo cobrindo os custos.

¹⁰ Tal como tentativas de lançamento de impostos sobre habitações assoladas, desprezando o *direito à salubridade e insolação*. Em causa, apenas o fim de arrecadar *receitas fiscais*, sancionando os que procuraram construir com as melhores regras, uma das quais historicamente afirmada é a da construção efetivada de modo a apanhar sol na maior parte do dia.

estadual geral. Aliás, também não pode admitir-se a inércia do poder público face ao grande *negócio das águas* de nascentes, que são públicas, que são vendidas em garrafas de plástico, em vez da imposição de as embalagens serem substituídas por vidro, e sem que os empresários do setor paguem uma margem do preço para a resolução da poluição criada à custa de lucros impressionantes com um bem público, a água. Os *impostos ambientais* não devem ser afetados ao pacote geral dos orçamentos públicos, mas para fins de despoluição ou regeneração ambiental. É inaceitável que, em geral, a resposta jurídica a qualquer responsabilização nem sempre seja a mais adequada aos fins dissuasores ou corretivos em causa.

As *sanções por infrações administrativas*, designadamente ambientais e no campo da ecotoxicologia devem, preferencialmente, poder passar por *medidas alternativas de natureza corretiva, de execução controlada pelos poderes administrativos e pelas jurisdições*. Possibilidade que possa acelerar, no mundo empresarial e dos infratores em geral, a *substituição de processos regeneradores face a poluentes e tóxicos dos solos, ar e águas*¹¹. Aprendendo-se com *soluções construtivas* já testadas em vários países. Revertendo a favor da ação dos empresários infratores, em domínios de renovação dispendiosa, que assumam compromissos de adicionar ao valor da sanção outros montantes para acelerar a *modernização da produção*. Solução que deve merecer preferência, face ao mero depósito do montante da coima a favor da entidade territorial pública. Um compromisso a assumir através de um *plano-contrato minucioso com supervisão da Administração e aberto ao conhecimento*¹² e *fiscalização da Comunidade atingida pelas transgressões ambientais*. De qualquer modo, sempre, aos montantes das sanções ter de se juntar os *ganhos obtidos com as prevaricações*, sob pena de o crime compensar, nos *cálculos empresariais de custo-benefício*, como hoje ocorre em geral.

A *lógica sancionadora*, ligada à *reconstrução do bem ambiental* a defender, proteger e prevenir, assim como a corretiva, é que deve comandar o modelo de sanção ou de correção das situações. Não é aceitável, por exemplo, face a *poluições de rios por contaminação de fábricas*, exigindo maquinaria cara, que o mundo empresarial não adquira, porque, feitas as contas, lhe fica mais barato ou mais lucrativo pagar a sanção¹³.

¹¹ Sobre este tema, cada vez mais importante no mundo em geral, uma vez escasso e outras vezes mal distribuído ou mal gerido, vide Condesso, F. (2015) -“Direito Internacional, Europeu e Peninsular da Água: Factualidade e Normaçaõ”. In *VVAA - Gestión de Recursos Hídricos en España e Iberoamerica*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, Unión Europea, p.85-106; (2011) - “Principios de Gestión y Objetivos Medioambientales. El Agua: ¿Necesidad básica o Derecho Humano?” En *VVAA: Rexach, Menéndez (coord.) Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid*. Madrid: La Ley, p.49-78; (2011) -“Experiencias Comparadas: El Marco Orgánico y de Gestión del Modelo Jurídico para la Administración del Agua en Portugal”. En *VVAA: Rexach, Ángel Menéndez (coord.) -Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid*. Madrid: La Ley, p. 341-384.

¹² Blanton, T. (2002) -“The world’s right to know”.*Foreign Policy*, Vol. 131, p. 50-58; Pasquier, M. e Villeneuve, J.P. (2007)- “Organizational barriers to transparency: A typology and analysis of organizational behaviour tending to prevent or restrict access to information”. *International Review of Administrative Sciences*. Vol. 73, pp. 147-162; Savoie, D.J. (2003) -*Breaking the bargain*. Toronto: University of Toronto Press; Douglas, K. (2006) -*Les lois sur l’accès à l’information au Canada et dans quatre autres pays*. Ottawa: Bibliothèque du Parlement du Canada.

¹³ Não é aceitável a arrecadação de impostos específicos que nem sequer têm efeitos dissuasores da ilegalidade, que acabam em pagamentos por industriais ou utentes, apenas para arrecadar montantes para o orçamento geral do estado e não para a correção dos males, provocados no passado e muito menos para os prevenir no futuro. o estado deve viver de impostos claramente assumidos como tais e não da invocada “promoção” e “aproveitamentos” do ambiente. é escandaloso a ap viver à custa de agressões e muito mais de estímulos a mais agressões futuras pelos particulares, só para arrecadar financeiramente

As Administração pública não podem continuar a pactuar, no domínio dos solos, com laxismos¹⁴ e ganâncias, do apetite insaciável dos grandes interesses, que aparecem camuflados com cores diferentes ou recorrem a variadas técnicas de pressão, chegando mesmo a *recorrentes hábeis práticas ilegais e tentativas de corrupção*. Onde, aliás, as culturas reinantes no exercício de poderes locais, municipais, de incumprimento de prazos decisórios para a tomada de decisões, jogam um papel significativo.

Os *prazos legais* ou são razoáveis e são para cumprir ou sancionar ou, se não são razoáveis, então devem ser alterados. Nas Administrações públicas, a lógica do respeito pelos prazos estabelecidos, com que os cidadãos contam, pode evitar que o jogo dos prazos possa propiciar a *corrupção* nas áreas administrativas e impedir, no domínio dos solos, lógicas meramente capitalistas e de sobreposição das vontades e iniciativas particulares. Aqui implementando instrumentos destinados a adaptar os mecanismos de mercado e os preços às orientações da qualidade e sustentabilidade dos solos e das urbes. Nomeadamente, com os impostos, taxas e contribuições nestas matérias, com conceções de estruturas de fixação dos preços e de regulamentação das empresas, de avaliação dos investimentos, de integração das preocupações ambientais na elaboração dos orçamentos, na adoção de critérios intersectoriais nas aquisições e no lançamento de concursos, etc..

Na Administração pública local, merece-nos crítica a não articulação, temporalmente útil, de *planos económico-sociais locais com planos físicos*, territoriais, e momentos de suas alterações previstas. O *planeamento do uso do solo* ao nível local não pode viver desenquadrado das opções e políticas do planeamento económico-social municipal e regional. O plano e o planeamento é, hoje, o instituto fundamental, não só do urbanismo, como da programação e estratégias de fomento do desenvolvimento situado e também de defesa dos ambientes urbanos e rurais.

Não é razoável elaborar-se planos locais económico-sociais depois dos planos territoriais municipais, que são omni-abrangentes do desenvolvimento em todos os aspetos e realisticamente situantes. Sendo, por isso, apenas lógica a sua *precedência útil para uma articulação correta e integradora das diferentes e atualizadas opções de fomento económico*, quer sejam concretas quer sejam, como acontece muitas vezes, de natureza abstrata, mas sempre a inserir no local a ter como mais adequado no concreto território que, embora com condicionantes programadas pelo poder nacional ou regional, cabe tratar os planos de OT do poder local.

Sobre o *controlo da Administração pública*, constata-se a deficiente

público para fins indiscriminados. assim, até vale a pena fechar os olhos antes, para depois punir e arrecadar dinheiro, numa lógica pífida, que estimula os poderes públicos para a repressão financiadora e não para uma clara aposta em medidas de dissuasão e de correção. aliás, que sentido faz obrigar a pagar apenas coimas, muitas vezes de montante inferior ao rendimento que a transgressão propiciou, assim estimulando futuras transgressões. às molduras sancionatórias deve adicionar-se o cálculo dos benefícios irregulares que foram obtidos, sob pena de se continuar a estimular agressões.

¹⁴ As AP têm de desenvolver sistemas de medição dos parâmetros de qualidade do ambiente urbano para garantir os programas de proteção ambiental e sua combinação com o desenvolvimento da cidade¹⁴. Cabe-lhes fazer vingar a ideia-consciência da especial importância de manter ou criar ou prevenir um bom ambiente, desde logo onde cada vez mais já vive a humanidade. Espaço de que dependerá a qualidade de vida e a saúde dos cidadãos, exigentes de um meio de bem-estar e de adequado desenvolvimento espacial, não só com a proteção direta da saúde das pessoas, como a preservação de espaços não construídos e espaços verdes e a salvaguarda do património histórico e das paisagens urbanas. Impõe-se cumprir um planeamento pormenorizado para todas as povoações existentes e a não proliferação de construção noutros territórios. Não para legitimar erros, que nem no passado sem reais planos, se teriam cometidos.

responsabilização e correção de desvios funcionais. Há ineficaz controlo, sancionamento e correção dos irregulares processos urbanísticos. E ocorrem soluções de *incoerência entre planos de diferentes municípios*, mexendo com direitos dos cidadãos. Naturalmente, que se justifica e até se devem estimular soluções territorialmente divergentes, em termos de restrições ao direito de propriedade, de acordo com justificadas diferentes circunstâncias objetivas. No entanto, há *limites* à atribuição diferenciadora, pela liberdade de regulação local de soluções que claramente *mexem com posicionamentos desigualitários de uma cidadania nacional única, quer para fazer, quer para impedir de fazer*, neste domínio de direitos de propriedade e de iniciativa económica.

Não é razoável a criação de gritantes *diferenças de tratamento a nível nacional*, com *a lei a remeter, degradar*, muitos aspetos decisivos, originando regulamentações “a la carte”, mesmo que em enquadramentos territoriais em que não se justifiquem desigualdade de tratamento positivas, fora de promocionais medidas em territórios deprimidos ou desfavorecidos do interior, secularmente abandonado e mais subdesenvolvido, e apenas se traduzindo, dentro de uns e outros, municípios, em soluções gritantemente distintas, sem real justificação. Por exemplo, *áreas mínimas de terrenos* para efeitos de edificação de habitações ou silêncios permissivos ilegais e rigor ou bloqueamentos ilegais, tudo sem a mínima fiscalização superior da Administração pública estatal.

Entre as *deficiências da Administração pública*, temos os reinos de “mau gosto”, por demissão dos poderes locais e jurisdicionais envolvidos. Há matérias em que assistimos a demissões de exigências ou fiscalização. Falta de aplicação gritante de normas urbanísticas de qualidade (e conseqüente degradação) no domínio da robustez da construção em zonas de possível *instabilidade territorial* e no domínio *estético-cultural* e ambiental urbano. Sendo certo que muitas vezes, em direito, o vocábulo “pode” da norma traduz um real dever e não um poder discricionário, nem no fazer nem no tempo de o fazer. Como se constata, há um quotidiano e incompreensível desprezo pela *estética edificatória e inter-edificatória*, mexendo com o *património cultural de vivência atual e o que vamos deixar aos vindouros*.

As edificações devem respeitar, não só as condições necessárias ao fim a que se destinam, assim como o património cultural e à estética. Esta, tida no *rol das condições especiais*, estabelecidas sobretudo a partir da segunda parte do século XX, exigindo, além do mais, construções que não sejam “susceptíveis de comprometer, pela localização, aparência ou proporções, o aspeto das povoações ou dos conjuntos arquitetónicos, edifícios e locais de reconhecido interesse histórico ou artístico ou de prejudicar a beleza das paisagens”. Acontece que, como o tempo, quer as Administração pública locais quer a jurisdição administrativa passaram a agir em termos de inexistência de tutela deste valor, desde logo com os tribunais a justificarem o desprezo por esta exigências invocando razões de mera subjetividade dos gostos. Seria algo apenas do domínio do subjetivo de quem constrói em meios populacionais, e alheias à generalidade das populações e turistas que nos visitam, o que transparece no construído mesmo nas grandes cidades após a 2ª Guerra Mundial. Algo que veio desfeitando, sobretudo em décadas anteriores, as urbes com suas admitidas construções reveladoras de um *mau gosto ostensivo*.

Os direitos ligados à propriedade têm de ser ponderados e conformados, ampliados

ou limitados, face às necessidades de afirmação de princípios e valores constitucionalmente protegidos em regime que deve ser em geral e não só nesta matéria democrático e, portanto, social. O direito dos solos visa a construção de uma sociedade com novas abordagens económicas de *proteção de bens escassos e valores que são de todos*¹⁵. Por isso, em causa podem estar *limitações e restrições legais*, que têm de prevalecer. No entanto, se tiverem *caráter permanente e expressão territorial* suscetíveis de impedir ou condicionar o aproveitamento do solo, por razões de utilidade pública, que vão além das lógicas da natureza original e aptidões dos solos, ou por tempo excessivo de ponderação ou interdição de disponibilização. Ou seja, visivelmente sacrificadores dos direitos relativos aos solos privados, em que obrigam a inscrição nos planos territoriais diretamente aplicáveis aos proprietários. Estes podem *desafetar ou alterar os condicionamentos* do aproveitamento específico do solo, face a avaliações e ponderações fundamentadas, e implicam, em geral, a devida “justa indemnização”, devendo ficar interditas quaisquer *medidas de confisco, patentes ou subentendidas*, tais como propostas ao cidadão comum, designadamente com pressões ou ameaças ligadas à detenção de poderes especiais, de valores injustos.

Em geral, a Administração tem o poder de impor a realização das diferentes *operações de execução de planos territoriais* oriundos dos poderes locais. Pode, desde logo, obrigar a *construir, conservar, reabilitar e demolir* as construções e edificações existentes ou as utilizar em conformidade com um plano territorial aplicável e a legalidade edificatória do respetivo título permissivo. A oposição declarada à ordem ou o incumprimento em prazo da medida imposta deve levar à sua execução por meio de processo de expropriação ou, em alternativa, de venda forçada do imóvel, a prever em geral para incumprimentos de ónus e deveres impostos pela Administração pública. Incluindo, também, para efetivar *operação de regeneração, de reabilitação urbana*, a decidir pela Administração pública, caso não existam outros *meios menos lesivos adequados* para assegurar as finalidades de interesse público. A venda a fazer-se por valor acordado com o proprietário ou fixados segundo os *critérios de justa indemnização*¹⁶.

Hoje, tem uma importância fundamental a questão da *estruturação da propriedade*. O *dimensionamento, fracionamento, emparcelamento, re-estruturação e reparcelamento* da propriedade do solo é regido por planos territoriais. Sem prejuízo da *fixação legal de unidades mínimas de cultura em solo rústico*, cabe aos planos de génese no poder local estabelecer *critérios e regras para o dimensionamento* dos prédios. Desde logo, lotes ou parcelas resultantes das operações de transformação fundiária realizadas no âmbito da sua execução. As *rejeições edificatórias* aos cidadãos processam-se, por princípio, face a vinculações diretas e imediatas expressas em planos municipais e em normações em matéria de recursos florestais ou planos relacionados com o regime do direito da água.

¹⁵ Sobre a relação entre a problemática dos solos e o direito das águas, Condesso, F. (2011) “Principios de Gestión y Objetivos Medioambientales. El Agua: ¿Necesidad básica o Derecho Humano?” En VVAA: *Rexach, Menéndez (coord.). Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid*. Madrid: La Ley, p.49-78; (2011) - “Experiencias Comparadas: El Marco Orgánico y de Gestión del Modelo Jurídico para la Administración del Agua en Portugal”. En VVAA: *Rexach, Ángel Menéndez (coord.) -Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio climático: Experiencias Comparadas y el Caso de Madrid*. Madrid: La Ley, p. 341-384.

¹⁶ Calculada nos termos das respetivas legislações gerais sobre expropriações.

As *administrações locais* efetivam a reestruturação da propriedade, de modo a reduzir ou eliminar os *inconvenientes socioeconómicos da fragmentação e da dispersão* da propriedade e a viabilizar a adequada *reconfiguração de limites cadastrais* de terrenos e contribuir para a *execução de operações de reabilitação e regeneração*. Desde logo, face ao princípio do *valor social da propriedade*. Não existe um direito absoluto associal da propriedade

Temas fundamentais nestas matérias são os das *ilegalidades, controlo administrativo e consequentes procedimentos de responsabilização e medidas de reposição da legalidade*. A *realização de operações urbanísticas* depende, em regra, de *controlo prévio* vinculado à salvaguarda dos interesses públicos em presença e à *definição estável e inequívoca da situação jurídica dos interessados*. Não tem de haver controlos prévios se a salvaguarda dos interesses públicos na realização de determinadas operações urbanísticas se revelar compatível com a existência de um mero *controlo sucessivo*, como são os casos de existência de *condições de realização suficientemente definidas em planos pormenorizados de edificação, na sua modalidade mais concreta*. No entanto, a realização de todas as operações urbanísticas deve estar sempre sujeita a controlo sucessivo, independentemente da sujeição a controlo prévio.

Quanto a *causas de ilegalidades urbanísticas*, podemos deparar com situações muito diferentes, seja a falta de *títulos permissivos* ou de *não respeito destes*, seja face à sua *caducidade*, antes ou no processo construtivo, seja por *revogação municipal* ou face a *vícios de invalidade*. Nestes temas, além de *medidas de controlo, de polícia, e punitivas*, há sempre medidas de atuação da Administração pública no exercício do *princípio da legalidade positiva, incluindo também obrigações de agir*, face à fiscalização administrativa, seja concomitante, seja sucessiva às operações. Por ilegalidades cometidas, os *agentes públicos responsáveis* por elas, se originarem responsabilidade da Administração pública, deve processar-se um obrigatório exercício do *direito de regresso* dos seus decisores, face a indemnizações pagas pela entidade, que é sempre a título de *responsabilidade solidária*, no caso de os atos terem sido praticados com ilegalidade tida com culpa grave ou com intencionalidade numa das formas de dolo. Tudo, face à prévia fiscalização e consequentes medidas preventivas de polícia administrativa, servida com possível recurso a um regime estrito de *intimação*; medidas de *suspensão e de embargo*; e *sempre que necessário*, a imposição de legalização material ou de mera regularização oficiosa, tal como procedimental das operações urbanísticas, designadamente através da reposição ou realização de *trabalhos de correção ou alteração* (sempre que possível) e uma enxuta previsão, sobretudo de valor dissuasor, de possível *demolição total ou parcial* de obras, e a possibilidade-dever de substituição interventiva das autarquias em procedimentos de urbanização e outros, com obrigação de uma regularização oficiosa pelo próprio município, tal como a possibilidade de *posse administrativa ou venda forçada*. Perante medidas de *embargo ou de decretamento da demolição*, que se afigurem como decisões ilegais da Administração pública, para as evitar, impõem-se soluções de recurso, designadamente jurisdicionais.

Há *deveres* das Administrações públicas, que levam a *imposições de conservação*, tal como no âmbito do *direito da reabilitação e da regeneração* de áreas urbanas. Todas as Administrações públicas devem assumir o dever de as “promover”, se necessário programando ou conduzindo a realização de operações urbanísticas e com

apoios públicos, designadamente incentivos financeiros e medidas fiscais.

A *demolição* não deve ser suscetível de se efetivar, a menos que não seja possível assegurar a sua *conformidade aceitável* mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração. A demolição de edificações, total ou parcial, sobretudo face ao decurso de um dado tempo, apenas se justificaria quando configurada em concreto como a única solução possível. Neste caso, cabendo ao poder local ordená-la, fixando um prazo razoável para o efeito. Mas sempre se compreende a efetivação da *reposição* de um dado terreno ilegalmente modificado com objetivos dissimuladores da realidade para justificar futuras construções que seriam ilegais. A sua reposição nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos ou da sua desconformidade com o permitido. Algo que, de qualquer modo, embora sem prejuízo do *direito de reconstrução*, em situações de *falta de conservação de construções que ameaçam ruína*, a Administração pública pode mandar, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, ordenar a demolição (total ou parcial). Deve mesmo fazê-lo, se as obras oferecerem perigo para a saúde pública e para a segurança das pessoas.

Independentemente das *lógicas “relegalizadoras”*, o poder municipal deve sempre determinar a execução de *obras de conservação necessárias à correção* de más condições de *segurança ou salubridade*, tal como para a *melhoria do arranjo estético*. Estas ordens do poder local, em situações de perigo, devem implicar a audição do proprietário, para em num prazo razoável se poder pronunciar e só se, nada for dito nem cumprindo ao decidido, caberá ao município atuar por conta e encargo do infrator.

No entanto, hoje, face a ilegalidades de *construções habitacionais*, há que ter presente a atual *teleologia global*, finalidade, “enformante” das normas de regularização e reabilitação do construído. Estamos, em geral, face a convocáveis princípios conaturais a um Estado Democrático e, portanto, de Direito e Social. Sendo *habitações*, os *princípios contextualizadores e especificidades do direito urbanístico*, têm de se adequar complementarmente, quer ao princípio da legalidade geral com preocupações de igualdade jurídica, quer face a justas diferenciações impostas pelos valores reinantes. Desde logo, sempre que esteja em causa o direito à habitação, deve entrar em conta a prevalência da imposição dos direitos fundamentais, fazendo relacionar, por um lado a administração pública e a jurisdição, enquanto atores de aplicação do direito, e a sua obrigação de defenderem o direito à habitação, pelo menos que já exista, minimamente condigno que seja, designadamente numa sociedade de classes com forte *diferenciação e escassez de meios* de superação, face a fortes desigualdades sociais por parte dos detentores de edificações irregulares e muitas vezes carências de meios de apoio públicos.

Em geral, a *ponderação sobre a demolição* obriga, pelo menos, a impedi-la, em princípio por razões de economia, se recuperável, independentemente da promoção de quaisquer melhoramentos, quer para aumentar a *segurança e salubridade* e outros tidos como minimamente pertinentes, designadamente no plano *estético* em si ou no contexto local, quer para não criar futuramente essa insegurança, insalubridade ou disformidade.

Entre as estatuições de direito urbanístico que obriguem os proprietários, importa impedir, em geral, que os proprietários decidam livremente qualquer demolição, sem uma necessária permissão da Administração pública. E impor mesmo uma obrigação

de *conservação de edificações*. Em geral, deve haver a obrigação pública de *preservar o edificado habitado ou apto para a pretendida habitação*. Isto, aliás, mesmo que tenha de haver uma dispensa do cumprimento de “requisitos de legalidade relativos à construção “clandestina”, se a aplicação destes se tenha tornado impossível ou se não for razoável fazer tal exigência. Claro, desde que esteja garantido ou seja assegurado o *mínimo vivencial*, que é o cumprimento dos requisitos ligados à defesa da saúde pública e da segurança de pessoas e de bens. Em geral, face a construções feridas de ilegalidade, em que não seja possível assegurar desde logo a sua conformidade com as regras em vigor, o poder municipal deve conceder aos interessados um certo prazo para procederem a tal legalização ou a mera regularização administrativa. Ocorrendo que, no caso de ilegalidade de edificações por *omissão de controlo* legalmente estipulado e, portanto, de ausência de “título” edificador, a exigência de aplicação das normas segundo o direito do momento pode ser algo excessivo e mesmo injustificado. Ao exigir o cumprimento de normas que, apenas posteriormente, passaram a ser aplicáveis, enquanto se mantém a legalidade de construções que, na mesma altura, não respeitaram exigências maiores, porque posteriores. Só porque estão em vigor à data “da prática” da mera regularização procedimental e financeira.

Se ao tempo da construção, se respeitou as normas substantivas urbanísticas então vigentes, com cumprimento das *normas técnicas* e de todas as exigências materialo-construtivas e até sobre enquadramento do direito dos solos então aplicáveis à construção e apenas tenha faltado, por carência económica, dificuldades financeiras e outras ou mesmo desconhecimento desta norma ultra-dispersa, complexa e especializada, e, sobretudo, em épocas de transição para exigências de procedimentalização, ocorridas ao longo do século XX, o que há é sancionar a infração, ao impor a mera regularização da mesma junto da entidade administrativa competente. Mas, sempre será de considerar excessivo impor-se, em qualquer caso, *alterações normativas supervenientes à construção*, resultante de evoluções ao longo dos tempos, para quem construiu sem padecer de qualquer irregularidade. Novas exigências só são justificáveis no caso de se ter tornado *construtivamente impossível ou economicamente desrazoável* manter construções sem as que também se imporiam a edificações contemporâneas nas mesmas condições. Sem prejuízo de, de qualquer modo, sempre se deverem admitir *simplificações e menores exigências e dispensas* em termos documentais, exceto se houver alguns elementos que se afigurem necessários, designadamente, visando garantir a *segurança e a saúde públicas*.

É de rejeitar tudo o que sejam *exceções, diferenciações, de aplicação casuística* segundo díspares vontades de poderes locais, com normas para certas situações e com recurso a conceitos imprecisos, ao constituírem até exceção no *plano dos princípios*, correndo-se o risco de poder conduzir a *interpretações com grande latitude factual e diferenciações solutivas para os cidadãos*, quer pelos poderes administrativos, quer pelos tribunais, permitindo a criação de *cidadanias urbanísticas de conteúdo muito desigualitário* dentro do mesmo país. E pode abrir um campo fértil para *ilegalidades funcionais*, face ao *princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos*.

Cria-se um poder discricionário para o poder local sem fronteiras insuperáveis do construtivamente possível ou do economicamente razoável ou para valorar problemas do que pode densificar o risco para a segurança ou o perigo para a saúde pública. O que permite essas *desigualitárias decisões*, com diferentes soluções dentro do que o

legislador procura enquadrar com exceções em nome do é “possível” ou do que é “razoável”.

Destaque-se, ainda, quanto à demolição, o poder municipal a evitar, nos casos em que não haja razões de *insegurança ou insalubridade ou inoportunidade económica na manutenção do construído*, designadamente no caso do particular ser notificado para promover as diligências regularizadoras e não o fizer.

Se se constatar que as *obras cumpriram os parâmetros urbanísticos*, estando no momento da regularização procedimental conformes com o planeamento aplicável sem implicarem cálculos de estabilidade, a câmara municipal pode regularizá-las por sua iniciativa. Aliás, a Câmara Municipal deve mesmo proceder oficiosamente a essa legalização se houver interesse público relevante nisso. Naturalmente que, aqui, voltamos a deparar com mais um conceito que, para além de outras razões pertinentes, permite claras desigualdades culturais, estéticas, ambientais e, portanto, direitos digiramente atribuídos a diferentes cidadãos, quer de municípios distintos, quer dentro do mesmo município.

No regime textual da regularização de operações urbanísticas, em geral, algumas notas sobre o procedimento excecional para a regularização de operações urbanísticas realizadas sem o controlo prévio a que estavam sujeitas e também para a finalização de operações urbanísticas de títulos caducados, apesar das obras estarem inacabadas ou depois de terem sido abandonadas pelos seus promotores.

Em geral, deve ter-se como dispensável o cumprimento de requisitos de legalidade relativos a uma construção, se eles se tornaram impossíveis ou não seja razoável exigir-se, desde que esteja ou puder vir a estar assegurado o respeito pelos *mínimos vivenciais*. Ou seja, os requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens.

Mas pode haver um *quisto teórico*, se nunca lancetado, na legislação ao longo de décadas decorridas, o que em certas regiões da Europa se pode registar e, por isso, se o legislador não distinguir entre *ilegalidade por inconformidade com regras materiais edificatórias* e a ilegalidade, radicalmente diferente, por *mera falta de sujeição tempestiva a controlo público*. Ou seja, importará distinguir em geral a ilegalidade edificatória meramente procedimental, para a facilitar. Mesmo que sujeita a “multas” por transgressão ordenacional, de falta de sujeição a procedimento camarário. Mas tal deve ser objeto de regularização automática, salvo razões contrárias e mesmo que com indicações de melhoramentos possíveis. Sempre em termos que não permitam soluções de tratamento desiguais. Só a *ilegalidade edificatória substantiva, lida ao tempo da sua construção* e não face a exigência do “hoje”, deve levantar conferimentos e exigências de recomposição em normas materiais. Em princípio, alterações devidas segundo a legislação então coincidente com a da procedimentalização. Mas, mesmo assim, não deve em geral ser sujeita a demolição, mas a correções.

A aplicação das normas urbanísticas merece *adaptações possíveis* se não existir a possibilidade de correções. E a sua manutenção, mesmo que transitória, se se tratar de casos em que devem ter-se como condicionando exigências que ponham em causa o direito à habitação, designadamente face à escassez de meios financeiros públicos de apoio. De modo que não se permita a aplicação de exigências que ponha em causa tal direito, embora mesmo sem garantir, tanto quanto possível, “uma habitação de *dimensão adequada, em condições de higiene e conforto* e que preserve a intimidade

peçoal e a privacidade familiar”. Não podendo desconhecer-se que, pior do que o que está, será sempre não ter nenhuma *habitação*. Não é razoável que um legislador identifique, para efeitos de *reposição da legalidade* urbanística, o regime edificatório em si, técnico, material, com uma mera falta temporária de *regularização* procedimental. Colocando todas as situações no mesmo regime de ilegalidade. E impondo exigências de normas de direito material atual, legais e regulamentares constante de planos, a meras omissões anteriores de diligências procedimentais, mas tendo as normas vigentes na altura sido cumpridas. Em vez de mandar os autarcas regularizar oficiosamente e sem custos, em todo o país. E não apenas segundo a vontade de cada município. Ofendendo-se a igualdade de tratamento. Tudo, sujeito, por vezes, a posições de inércia ou de bloqueamento.

Naturalmente, desde que não estejam comprovadamente em causa construções sujeitas a implicar problemas de segurança ou de saúde. Aqui, deparamos com a questão de edificações, “clandestinas” ou não, que, convivendo em geral com uma realidade omissiva de falta de vigilância-fiscalização prolongada no tempo, comportamentos de inércia antilegal, década após década, lei após lei, plano após plano, e a inelutabilidade das necessidades das famílias carenciadas.

A ideia de *“tempus regebat acta”*, leva a concluir que *factos materiais passados não devem sujeitar-se, sob pena de aplicação de lei com retro-ação, a regras materiais posteriores*. Nas situações em que, embora sem um título construtivo válido, se constate que as *habitações foram de facto e continuam construídas segundo as normas substantivas, materiais, vigentes ao tempo da sua construção*, do mero ato procedimental em falta, anterior e segundo a lei procedimental do tempo, deparamos com algo que não pode ser imposto em termos de uma reposição do edificado segundo a leis posteriores, incluindo as normas posteriores à edificação, apesar de se tratar de *mera falta do procedimento administrativo exigido e de pagamento de taxas*, que seriam então aplicáveis, mas que tinham, se então requerido, garantido o licenciamento. Vindo, assim, dificultar toda a política autárquica de diligenciamento regularizador ou de opção excecional para um previsto sancionamento demolidor. Com isto, foi-se estimulando a perpetuação do problema.

O *“direito significativo”* exige (e exige tanto à Administração pública como ao juiz), sob pena de acabar por ser apenas um *“direito putativo”*, o afastamento em cada momento de *soluções extremas por desrazoáveis e desproporcionadas*. Convocando não só o legislador, como a Administração e a Jurisdição para uma adaptabilidade do presente às limitações oriundas do passado. Seria, aliás, melhor ponderar-se uma decisão geral, que funcionasse de modo igualitário em todo o país, *“ope legis”*, deixando apenas à Administração local o conferimento dos mínimos edificatórios pressupostos, sempre que em causa não esteja, ou possa deixar de estar, a segurança geral e sísmica do edificado e a salubridade para seus os habitantes. O que só impediria a *“automática”* regularização, se expressamente comprovado em vistoria tecnicamente fundamentada pelas autoridades (e não discricionárias *“a la carte”*). Apenas este papel fiscalizador dessas exigências deve estar a cargo dos municípios.

Assim, quanto a *deficiências reguladoras* em matérias de urbanismo e ambiente¹⁷, importa considerar problemas tais como, entre outros mais, relacionados

¹⁷ Sobre o tema, resumo do Condesso, F. (2016) -“Direito do Ambiente em Portugal”. In VVAA, *Derecho Ambiental Iberoamericano*. Eugenio Soriano, José (coord.). São Paulo: Ed. Lumen iuris.

com exigências ao poder jurisdicional e interpretações condizentes com um regime de *demosoberania*. Mesmo face ao direito posto, a questão do direito à habitação não deixa de se colocar, mesmo face a construções ilegais em termos de exigências técnicas. Aliás, muitas vezes, face a ilegalidade, mesmo hoje, sobretudo se meramente procedimental, Administrações locais e tribunais têm de ter em conta as *fortes desigualdades sociais*, sem *capacidade pública de as suprir*, e os princípios constitucionais ligados à *dignidade da pessoa humana*, que implica o princípio da *prevalência dos direitos fundamentais*. E daqui a defesa da demolição como o último recurso a apontar (a “ultima solutione”) e mesmo os arranjos a impor, se incontornáveis, devem ser apoiados pelas entidades públicas. Em princípio, a demolição impõe-se somente face a um *incontornável limite*, que é a *vontade dos donos para não a contornar*, podendo fazê-lo e havendo *ameaça de ruína* com previsão de consequências na segurança das pessoas ou, em geral, falta comprovada e não suprível dessa segurança e de salubridade mínimas. Ou seja, algo impossível de resolver tecnicamente, sem o que a habitabilidade é, em termos de normalidade, de todo impossível de realizar. Não deve haver demolição, mas também não pode manter-se os *utilizadores de casas ilegais pendentes eternamente dessa sanção* legalmente prevista, através da *não legalização indefinida*, que perdure década sobre década. Embora pagando-se impostos. Mas sempre com impossibilidade de venda ou medo de gastos a perder face à sua não regularização. Retirando-se o imobiliário do comércio jurídico. E com a iniquidade de se estar sujeito a um cutelo pendente sobre as cabeças dos cidadãos desfavorecidos, face a impossibilidades de regularização segundo normas cada vez mais exigentes, sem se garantir tranquilamente o direito à habitação. Tudo agravado, também, tantas vezes, com contributos mensais a associações para a sua defesa e intencionadas dependências eleitorais a nível autárquico. Assim, temos que qualquer regime de ilegalidades no direito da construção implica uma reinterpretação do direito à sua manutenção¹⁸. Salvo comprovação administrativa de que não pode garantir-se minimamente, de modo tecnicamente fundamentado, a segurança e a salubridade, deve a administração municipal regularizar casuística e, mesmo, no futuro, deverá o estado estatuir *ope legis* a sua regularização oficiosa, caso o poder local não comprove em prazo máximo fixado, a sua impossibilidade de regularização.

Diferente é o caso da existência de títulos de construção, mas em que as obras *não se conformaram com o título* permissivo. Aqui são de ordenar obras de *correção*. Decorrido o prazo fixado, se as *modificações de acordo* com o título válido, não estiverem cumpridas, o poder local pode revogar o título. Bastando que, esgotado o prazo dado, deixe decorrer mais seis meses, em ordem a permitir ainda a apresentação pelo proprietário de um requerimento, visando a reponderação pública, caso haja discordância com o conteúdo e as razões da decisão impositiva camarária ou haja interesses dignos de proteção com a *“relegalização” de alterações fora do que antes estava licenciado*.

Em geral, tem de haver uma *garantia de proteção das edificações existentes*, apesar da *superveniência no tempo de normas diferentes*. O direito do urbanismo tem de impor uma ampla *proteção de todas essas construções erigidas no passado*. E, por

¹⁸ Carbonnier, J. (1986) – “Effectivité et ineffectivité de la règle de droit”. *Flexible droit*. 3.ª Ed., Paris: LDDJ, 1976, p.99-111; – *Science Administrative*. Paris: PUF.

isso, tem de admitir sempre a sua *ampliação*, com *adaptações pretendidas de alteração e mesmo de maior dimensionamento*. Isto, embora possa levar a atender a *razões estéticas e outras de exigência* em legislação posterior, referentes a adaptações que, fundamentadamente, que, sendo razoáveis, se mostrem necessárias e possíveis. O *conceito de “existente”* reporta-nos a momentos históricos dos países sem haver legislação urbanística. Ou, depois disso, com uma dada legislação e planeamento naturalmente também sempre anterior à legislação que dispensava ou os controlos administrativos ou as atuais exigência edificatórias em si ou nos locais da sua situação. Deparamos, por vezes e até há poucas décadas, com momentos temporais sem legislação aplicável, pelo menos, fora de *perímetros urbanos e suas áreas envolventes* ou sem regulamentos locais de extensão de aplicação das regras legais licenciadoras, que aparecem sobretudo na segunda metade do século XX; sendo que as legislações para as zonas rurais, o controlo administrativo é normalmente posterior. Sem interdições, funcionando a liberdade decisória dos proprietários, importa o reconhecimento officioso de não existência de ilegalidade das mesmas, quer por meios probatórios tais como cadernetas prediais ou registos anteriores a estas datas ou por qualquer outro meio de prova legalmente admitida. A existência de edificações, mesmo que exijam *alterações e reabilitações*, tal como as atuais *utilizações de construções* são tudo situações que não devem, em geral, ser postas em causa por normas supervenientes, sem prejuízo de, face a procedimentos de alteração ou reabilitação, poder impor-se melhoramentos absolutamente exigíveis, no plano da defesa da saúde, segurança ou estético. No entanto, para o exercício de certas *atividades económicas e sociais* em edificações, que já estivessem afetadas a tais atividades, de acordo com o direito da altura em que se iniciaram, a Administração pública deve poder impor *condições específicas para sua continuação* ou pode *condicionar a execução* de obras que se pretendam efetivar.

A “existência” mexe mesmo com a problemática de pretendidas obras de reconstrução. Aqui, quer com demolição do construído, quer face a ruínas existentes, quer para obras de alteração e até ampliações de edificações. São sempre legais, apesar da existência de normas posteriores diferentes das da anterior construção originária, que se quer reerguer, se agora, elas não originarem ou não agravarem a desconformidade com estas novas exigências normativas. Mas, mesmo que o sejam, elas são permitidas se se comprovar que, de qualquer modo, têm como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação. Aqui, o *conceito de reconstrução, implica o de ruína*, implicando uma interpretação do normativo, que não anule anteriores faculdades, historicamente afirmadas.

Importa fazer uma *devida interpretação do conceito de pré-existência de construção, mesmo em caso de estar em ruína*, que deve justificar direitos segundo a normação edificatória, na linha da prática seguida, criador de afirmado direito consuetudinário, eventualmente passado a escrito, na disciplina da *reconstrução*. A sua motivação maior é estimular, nas cidades e em geral em relação a edificações do passado, a manutenção ou reconstituição das fachadas pré-existenciais, normal meio de constatar a sua existência passada. Mas, quer ainda subsistam em pé, quer já não, mais ou menos, questão de fronteira concetual que só poderia levar a pressões, favorecimento discriminatórios, corrupções dos decisores, deve ter-se como admitindo, feita a prova da antiga exigência, a sua reconstrução. Pois, qualquer parede existente, para se fazer

a reconstrução, até pode, legalmente, permitir o seu derrube, para seguidamente ser objeto de obras de reconstrução, na normal lógica de uma devida interpretação da possibilidade legal de reconstrução. Mesmo que a *construção ou a fachada* esteja a cair ou já tenha caído, parcial ou totalmente, e também designadamente se tiver sido mandada *demolir por ameaçar riscos no plano da segurança*, se houver depois vontade de refazer uma construção. Demonstrado que seja, se necessário, face a invisibilidade empírica no momento, a situação de prévia construção, por qualquer meio de prova legalmente admitido, designadamente testemunhos idóneos, fotos antigas ou atuais, ou de origem cadastral e mesmo oficiosamente pelos serviços municipais, nos termos da devida imposição de *instrução oficiosa*, a aplicar em geral pelas legislações procedimentais administrativas.

Há outros *problemas concretos*, no domínio urbanístico, que podem implicar maior controvérsia. Desde logo, o das construções que, com *título caducado*, se tornaram ilegais, ou por, embora ainda inacabadas, já tinham prosseguido sem título ou mesmo por já terem terminado após a sua caducidade. Sobre o problema da *caducidade de títulos urbanísticos permissivos*, importa efetivar a devida interpretação de normativo sobre a matéria, permitindo ao revigoramento dos títulos, seja face ao decurso de deliberações de informação prévia favoráveis que sejam tidas por vinculativas apenas durante um dado prazo, legalmente fixado para não deixar situações pendentes demasiado tempo, se de facto, apesar do seu decurso lei continuar igual, quer, em geral, dos atos autorizatórios caducados, se não estiverem feridos nulidade, face ao *princípio da boa-fé*, assente em decisão anterior em que se confiou, desde que não haja razões para mudança de posição, fundadas em posteriores alterações legais. Em causa, não só o facto de a lei ser a mesma, não justificando interpretações diferentes e prejudiciais ou mais prejudiciais, com a ideia do *respeito pela confiança gerada* na situação e pelas *legítimas expectativas dos proprietários e uma atuação pública em boa-fé*. Em geral, face a *informações administrativas escritas ou decisões anteriores* num dado sentido, ou *percursos* que contam com soluções normativamente previstas ou face a *caducidades de deliberações* em informações prévias ou de *títulos urbanísticos*, se não tiverem ocorrido alterações de normas conflituantes ou mesmo face a *decisões anteriores*, administrativas ou jurisdicionais.

Quanto a questões de *obras inacabadas e já acabadas*, mas com *título caducado*, ou que tenham sido efetivadas ou terminadas já sem esse título, o que as torna ilegais, quais as soluções normadoras, a ter como razoáveis? Face a *títulos de edificação caducados* antes da efetivação de obras, deve poder requerer-se uma nova licença, obter nova permissão legalizadora, designadamente com a apresentação de uma nova comunicação prévia (não contrariada pelos podres locais, em tempo regulado), utilizando os elementos que instruíram o processo anterior, caso o novo procedimento seja iniciado num prazo não relativamente longo, a contar da data da caducidade. E, mesmo depois, se não existirem alterações de facto e de direito, deve manter-se esta possibilidade, se se trata de mera *renovação de título*. Em geral, quanto a questões da existência de *títulos urbanísticos permissivos (ou meios de controlo não contestados)*, mas sem obras iniciadas, levando a situações de caducidade, deve poder voltar a solicitar-se um *novo "título" normal legalizador*, nos termos gerais da legislação aplicável, segundo as novas normas. O que, inexistindo novas normas, se traduz em mera atividade de renovação. Cabe aceitar-se, facilmente, que uma licença especial

deve poder ocorrer se as obras já se tinham iniciado com título ainda válido, a esta renovação, podendo ser requerida para continuar as obras inacabadas. Mas deve ter-se esta possibilidade, não só para a sua conclusão como também para a regularização das obras, entretanto, continuadas, mesmo que já terminadas. Portanto, esta possibilidade de *titulação especial*, naturalmente, também deve aplicar-se se as obras já estiverem *acabadas ou em estado avançado de execução*. A menos que tenham ocorrido fortes e fundamentadas razões para a demolição, sejam de natureza técnica, sejam de natureza ambiental, ou mesmo razões urbanísticas ou económicas. De facto, se o que ainda não está concluído deve ser defendido, preservado por economia financeira e até procedimental, não obrigando a repetir todo o processo, muito mais o já concluído. E aqui, para regularizar obras ilegais, deve dispensar-se mesmo consequentes normas técnicas, se tal já for “*impossível*” ou de *exigência desrazoável*. De facto, racionalmente, não pode aceitar-se que, em caso de *títulos nulos*, por materialmente incumpridores de exigências substantivas, as construções possam ficar protegidas por *efeitos putativos* por decurso do tempo e que, aqui com novas normas, mas em situação fruto de meras irregularidades procedimentais, tal não ocorresse.

Sucintamente, importa referir outros *princípios normativos*, cuja aplicação tem especial relevância nas temáticas centrais do direito dos solos, desde logo, em muitas outras questões que não apenas do urbanismo. Princípios com especial importância nos diferentes procedimentos, sejam construtivos, edificadores, sejam destrutivos, como são as demolições ou reposições, sejam paralisadores, como os embargos, ou corretores, como as imposições de alterações. Destaco a *defesa do interesse público no respeito pelos direitos dos cidadãos*, que implica o enquadramento da imposição de sacrifício de direitos preexistentes e juridicamente consolidados e importa sempre assegurar a *igualdade do tratamento* na legalidade ou *compensar a desigualdade*, face à *frustração da confiança* criada e a *prejuízos* implicados pela inesperada não repetição de soluções espectáveis ou enganadoras práticas de desigualdade. O *princípio da justa ponderação dos interesses públicos e privados* que sejam relevantes, a identificar pela Administração pública, a graduar e a harmonizar, envolvidos na elaboração dos programas e planos. A falta da devida ponderação, com conciliação ou com *fundamentação de opção sacrificadora de algum interesse relevante*, pode levar à invalidade do plano, se se considerar que a sua revisão pode levar a solução diferente. Refiro o *princípio da garantia patrimonial*, quanto à criação de servidões ou no que concerne a expropriações. Elas só são possíveis na medida estritamente necessária para a prossecução da finalidade relacionada com o plano, na prossecução de finalidades concretas de interesse público relativas à política pública de solos. A *expropriação* só deve poder ter lugar quando a constituição de uma servidão de direito administrativo ou de outros meios menos lesivos não seja suficiente para assegurar a prossecução das finalidades de interesse público em causa. O *sacrifício de direitos preexistentes e juridicamente consolidados* só pode ter lugar nos casos expressamente previstos na lei ou nos planos territoriais aplicáveis e mediante o pagamento de *compensação ou indemnização*; a prever, obrigatoriamente de forma expressa no plano territorial de âmbito local, nomeadamente através da definição de *mecanismos de perequação* deles resultantes. São *indemnizáveis quaisquer sacrifícios* impostos aos proprietários do solo, desde que, na prática, tenham *efeito equivalente* a

uma expropriação. No *direito da edificação*, refiro que, face aos *pareceres* emitidos nos procedimentos de edificação que sejam vinculativos, invocando ilegalidades no prazo legal de emissão, de que se discorde, há a possibilidade da sua *impugnação*. Não sendo apresentados dentro do prazo, apesar de não obrigarem o município a segui-los e a indeferir o projeto de construção, se invocarem razões de ilegalidade, são de ter em conta na decisão camarária, para evitar uma decisão final com as ilegalidades aí referidas, se os pareceres estiverem corretos.

Quanto à *reserva de solo pela Administração pública, para infraestruturas urbanísticas, equipamentos e espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva*, que tenha por objeto propriedade privada, ela determina a obrigatoriedade da respetiva *aquisição* pela Administração Pública em prazo razoável, estabelecido no plano territorial ou no instrumento de programação. Findo o qual, aquela *reserva deve caducar automaticamente*, se o atraso não for imputável à falta de iniciativa do proprietário ou ao incumprimento dos ónus ou deveres urbanísticos implicados. Na falta de fixação de um prazo “casuístico” no plano, tem de caducar num prazo legal certo, não muito amplo (em princípio, no máximo não mais de cinco anos, contados da data da entrada em vigor do plano). Tudo, sem prejuízo de o poder local poder declarar, para efeitos de *clarificação* para o cidadão em geral, a *caducidade da reserva de solo*, que ocorra. Tal deve ser seguido de procedimento para *redefinição do uso do solo*, salvo se o plano já indicar o regime de uso do solo, supletivamente aplicável. As *servidões*, sendo restrições, devem ser integradas nos planos, se tiverem carácter permanente e forem suscetíveis de impedir ou condicionar o aproveitamento do solo. E se tiverem *efeito equivalente a expropriação*, devem ser objeto de indemnização por “justa causa”. Sobre a *constituição, ampliação ou alteração de uma servidão* administrativa por decisão administrativa concreta, ela deve ser precedida de *audiência prévia* dos interessados e de *participação* (em termos análogos aos previstos para a participação nos diferentes programas e planos territoriais). Contrariamente ao que possa parecer derivar de textos de direito, referentes aos instrumentos de gestão territorial e do urbanismo, este *exercício do direito de participação, audição, pronúncia, representação, etc.*, não se pode entender resumido a meros regulados momentos de *discussão pública quando os textos já estão elaborados e prontos para irem à aprovação final*. Nada pode impedir sempre, a *qualquer momento*, o exercício do *direito de petição* dos cidadãos, tanto para requer a elaboração de planos ou programas, ou quais outros regulamentos, como para representar interesses a defender, incidindo sobre razões de legalidade ou apenas de mérito.

Especialmente importante, nestas matérias, é o exercício do *direito à participação* e do, em geral, de *livre conhecimento da ação pública pelos cidadãos*¹⁹. Agridem valores *demosoberanos* a obstrução à participação, a ocultação de informação, tal como a *não*

¹⁹ Como referia James Madison, em carta escrita em 4 de agosto de 1822 a Thomas Barry, “Um governo popular sem informação popular ou sem a adoção de caminhos para a adquirir ou é um prólogo de uma farsa ou uma tragédia ou talvez ambas” (Presidente dos EUA de 1809 a 1817, publicada em 1953 em *The Complete Madison* (S. Padover, Ed., p.337). Considerações a que Woodrow Wilson acrescentaria que “O maior problema que se coloca às Administrações é o de governarem na *transparência*, na equidade, com celeridade e sem conflitos” (Presidente dos EUA de 1913 a 1921: junho 1887 em “The Study of Administration”, *Political Science Quarterly*, Vol.II, n.º2, p.197-222). Sobre o tema, desenvolvadamente, (março 2022) -“Direito fundamental ao conhecimento de todas as informações e documentos sobre a atuação do governo e diferentes administrações. Livre conhecimento pelos cidadãos da intervenção pública na sociedade (...): In *Direito do urbanismo e do ambiente*. Coimbra: Almedina, pp.365-455; Collins, P. e Byrne, L. (éd., 2003) -*Reinventing government again*. Londres: The Social Market Foundation.

resposta justificativa de propostas ou reclamações dos cidadãos, em caso de não aceitação delas, o que exige sempre a *devida fundamentação* e em debate contraditório pelos decisores, sem o que tal deve poder levar a invalidar as decisões. Isto, desde logo, na *regulamentação e planeamento*, tal como a não disponibilização posterior de “imediate” de informação solicitada no decorrer da elaboração procedimentalizada e, sobretudo, em situações já decididas. Cabe aos cidadãos o *direito de intervir e participar, reclamando, esclarecendo, pedindo informações e justificações*. A informação sobre o desenrolar de *qualquer múnus público* é algo instrumental ao mandato em *modelo de governo representativo*. As pronúncias fundadas obrigam à sua *ponderação* face aos vários interesses relevantes, em presença, devidamente levantados e integrados em específicos relatórios gerais justificativos. E, mesmo, a obrigações de aceitação e seguimento pelos poderes públicos. E, se há discordância com o cidadão, pelo menos obriga a resposta em termos *explicativos dessa não aceitação*. Os cidadãos podem sempre apresentar *livremente propostas, sugestões e reclamações*. Têm sempre direito de acesso a toda a informação, não se vislumbrando razões em matérias de poder local que permitam qualquer ocultamento, a não ser em matérias de direito dos solos nacionalmente enquadradas (em geral, apenas situações de reserva militar), com outras matérias só a nível nacional se apresentem possíveis ocultamentos temporários de certas informações e legalmente estipuladas em termos muito estritos. Os cidadãos têm em geral direito a obter qualquer informação detida por Administrações públicas e a pertinentes documentos que integram os diferentes procedimentos, assim como, nestes, o direito a solicitar e obter a *devida explicitação de siglas ou linguagens técnicas e designadamente a identificação de rubricas* dos decisores ou membros de órgãos consultivos responsáveis. De facto, na administração local não há exceções que possam colher juridicamente. Não podendo, pois, ocultar-se tudo o que se reporta à atividade pública local. Este *direito ao conhecimento* sobre os nossos representantes em funções públicas, implica quer a obrigação de difusão oficiosa quer do livre acesso à informação pedida²⁰. A informação “detida” é de comunicação pelas entidades públicas locais, qualquer que seja o *substrato material* de que conste. Tem sempre de ser *divulgada*, pelo menos através de *disponibilização* a qualquer cidadão que o requeira. E isto, através de qualquer *meio adequado*, incluindo a utilização de tecnologias telemáticas ou eletrónicas²¹.

O acesso deve poder processar-se conforme a opção do cidadão por um dos meios tecnicamente possíveis. Desde logo, deve poder ser por o *exame direto nos serviços* ou envio por *email* (ou por transferência para um “meio de gravação” do requerente), nestes casos sem qualquer custo. Ou através de entrega de *fotocópias simples ou de reprodução* em papel de um texto automatizado; nestes casos, sendo solicitada para efeitos de exercício de direito de cidadania, com mero custo do papel e da reprodução pela impressora, sua amortização de custo (sem incorporar qualquer lucro, de comércio), sem incorporar o tempo de procura, pois cabe à administração organizar os

²⁰ Braibant, G. (1981) – “Droit d'accès et droit à l'information”. In *Mélanges R.E.Charlier*. Paris: Ed. de l'Université; (1988) - “Éléments de discussion”. In *Les autorités administratives indépendantes*. Colliard, C. e Timsit, G. (Coord.). Paris.

²¹ Em Portugal, a primeira lei na matéria, em aprovação de projeto nosso, a lei de acesso aos documentos administrativos de 1993, apesar de transcrita na atual lei, com certas alterações respeitava melhor plenamente tal direito fundamental. Há mesmo certas definições que os tribunais têm corrigido que, na norma ou na prática, visam, hoje, ocultar informações e erros. Umas, exigindo a indicação de um fim para tal pedido. Outras vezes, impondo um custo lucrativo a simples fotocópias solicitadas.

seus arquivos para ter e dar acesso adequado em tempo; apenas podendo incorporar outros valores, em casos diferentes, como sejam os de um pedido de emissão autenticada ou relacionado com o desenvolvimento de um procedimento no interesse direto do requerente ou para fins de natureza económica. O livre acesso deve aplicar-se a qualquer documento de entidade, pública ou privada, que exerça a função administração pública. Qualquer entidade que detenha um *documento, um registo, nos seus serviços e a qualquer título* (ou que lhe pertença, mesmo que deslocado em entidades particulares). Questão atual prende-se com a extensão ilimitada e contra o conceito de “*documento nominativo*”, vocábulo comodamente usado em certas legislações, mas que, para não anular o direito de livre acesso e seu objetivo, apenas pode ser tido como um limite ao acesso se entendido, independentemente de conter nomes, como reportando-se só a informações que contenham *dados de “intimidade das pessoas individuais” (vida íntima, sentimental sexual, a que se passa de portas da casa para dentro em relação a quem não se deu entrada)*. Cabe às *jurisdições corrigir eventuais ampliações normativas anulantes do direito de acesso*. Desde logo, face a acionamento jurisdicional das recusas dos agentes administrativos, o que as Administrações públicas devem cumprir como a única interpretação condizente com o mais amplo direito de acesso, designadamente segundo o entendimento dos tribunais.

Quanto aos *conceitos de segredo comercial-empresarial*, são a limitar a situações de eventual prejuízo na concorrência. Quanto ao desrespeito em geral de prazos de comunicação (que devem ser os mais curtos possíveis), ou extensão de resposta que vai ficando sem prazo real, assim tapando erros ou desvios, assistimos a incumprimento no prazo, mas também ocorrem frequentes restrições parciais de informação, que se quer esconder. Em caso de *segredos de Estado*, relacionados com defesa nacional ou segurança interna o adiamento de informações apenas pode ocorrer face a classificação ministerial desse SE, que em princípio só pode ser por 4 anos. Nestes casos deparamos por vezes com ocultamentos praticados ilegalmente, sem a devida declaração classificativa prévia ou, findo o prazo legal de adiamento, sem declaração de caducidade no limite desse prazo.

Em geral, no direito de acesso, assiste-se a frequentes *invocações de confidencialidade de modo ilegal ou indevidamente estendida a todo um processo ou dossier*. Ora, não há segredos de processos, mas apenas de certas informações concretas em matérias reserváveis durante um certo tempo estritamente necessário. Caso em que importa recorrer a uma obrigação de mero *acantonamento ou de sombreamento* de parte do documento, com recurso a fotocópia e não exame direto. Se necessário, em caso de haver, na informação estatal, alguma informação a ocultar, ou seja, sem direito a imediato exame direto, tratando-se a folhas de um dossier em papel, só podem eliminar-se essas informações que sejam confidenciais, em termos a definir de modo claro. E, por isso, antes de fotocopiar e de as entregar ao cidadão, no caso de partes de documentos conterem quaisquer tipos de *segredos*. Em causa, *segredos militares* (designadamente sobre armas, projetos de ataque, situação de militares em zonas de guerra, etc.) ou *segredos policiais* (o local ou transferências de presos de alto risco, etc.) ou sobre a *designação de doenças de pessoas* (se existirem regras de mera comunicação a médico assistentes e não permissão de informação direta ao doente; mas tal possível exceção no domínio da saúde não pode abarcar outros dados hospitalares, pagamentos, médicos que trataram, etc.) ou certos

segredos empresariais (tais como *descobertas científicas e tecnológicas (sobretudo se ainda não patenteadas)* ou ainda em período de *proteção de autor*, sejam de *inteligência de engenharia financeira*, cujo conhecimentos por terceiros possa prejudicar a empresa no sector, seja *segredos da vida íntima dos indivíduos* (do que se passa das portas para dentro, para quem não teve porta aberta ou autorização de acesso. Mas *intimidade da pessoa* é apenas o espaço mais reservado de vida e hábitos íntimo-relacionais. Algo muito mais restritivo do que o conceito de vida privada. E mesmo assim só é ocultável aspetos da *vida íntima* que o próprio ou outros não protejam. Portanto, neste âmbito, importa efetivar uma interpretação normadora de reserva de informações e pelo tempo estritamente necessário à proteção de valores fundamentais, quanto ao recurso que o legislador faça ao conteúdo do *conceito de intimidade, por vezes expresso na expressão de “nominatividade de documentos”*²². E, em geral, sobre as situações de inaplicabilidade face às exceções, que são apenas as claramente tipificadas²³. O que, por exemplo no caso português, só aconteceu numa situação, a dos segredos empresariais, comerciais ou de real engenharia financeira. Sendo inadmissíveis outros que os poderes públicos possam querer ir acrescentando, de modo linear ou através de alterações concetuais na lei do acesso, que põem em causa a demossobrerania e, onde o direito de acesso aos arquivos públicos, tenha consagração constitucional, são anticonstitucionais. Descaracterizariam completamente o direito à informação dos poderes públicos²⁴. Assim, neste tema da participação e do acesso à informação e documentos detidos pelos poderes públicos, são de rejeitar invocações de confidencialidade que seja oposta por poderes locais, e mesmo quanto aos nacionais se em causa estiver a invocação de normas inconstitucionais, o que ocorre em decisões de dirigentes, que são ilegais. Em situações de incumprimento deste direito, os cidadãos podem e devem poder apresentar *queixa* a uma entidade independente²⁵ de controlo da sua aplicação, aliás mesmo por mero *email*, anexando cópia do requerimento que fizeram sem ter sido satisfeito em prazo curto, para ser

²² V.g., Condesso, F. (2011) *Derecho a la Información. Crisis del Sistema Político. Transparencia de los Poderes Públicos*. Madrid: Dykinson. Mais, desenvolvidamente, sobre os fundamentos empíricos e teóricos, normas e práticas, em diferentes países, vide (2012) *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica*. Tomo II, e *Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales*. Tomo I. Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG. EUA, RU, Tubingen.

²³ Adamsky, D. (2009) -How wide is ‘the widest possible’?: Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited”. *Common Market Law Review*, Vol. 46, pp. 521-549. Só devem poder ser invocadas as exceções permitidas pela lei e esta deve respeito aos valores demossobreranos e ao seu “princípio do governo aberto”. No caso sueco esta lei é de valor constitucional. No caso português, ela tem de respeitar apenas as limitações previstas no seu artigo 268.º, n.1 e 2, ou outras que sejam admitidas pelo Tribunal Constitucional, ao tê-las como imanentemente impostas por valores constitucionais, o que só aconteceu no caso de certas informações empresariais, financeiras, tecnológicas, que ponham em causa riscos concorrenciais temporalmente indevidos.

²⁴ Leclerc, Jean-Pierre (2011/1-2) -Le rôle de la commission d'accès aux documents administratifs. *Revue Française d'administration Publique*, n.º137-138, pp.171-179; Condesso, Fernando *-Derecho a la Información. Crisis del Sistema Político. Transparencia de los Poderes Públicos*. Madrid: Dykinson, 2011; *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la a la documentación e información. Regímenes jurídicos en Unión Europea y Península Ibérica*. Tomo II. Lambert Academic Publishing GMBH & CO. KG. EUA, RU, Tubingen, 2012; *-Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial*. Barcelona: Erasmus Ediciones, jan. 2010; Lallet, Alexandre e Thiellay, Jean-Philippe (21 juillet 2008) -“La Commission d'accès aux documents administratifs a trente ans”. Paris: AJDA, pp.1415 e ss.; Dyrberg, P. (1999) -“Current issues in the Debate on Public Access to Documents”. *European Law Review*, n.º 24, pp. 157-170.

²⁵ Cagli, Alessandro (1991) -“Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti”. In *Il foro amministrativo*, ano LXVII.

eficaz.

Para verificar a *correção no desempenho da função pública diariamente*, o povo tem o direito a exigir documentos²⁶. Este autónimo de qualquer procedimento de interesse *ut singuli* e, antes, *livre direito à informação* é conatural ao cidadão. Mas não pode faltar disciplinar devidamente em geral, quer os funcionários públicos, com a adequada formação democrática, para o cumprirem acabando com as ancestrais tendências opacitantes, e regular também, para o permitir e com rapidez, quer o impedimento de destruir documentações decisória e preparatória quer expedientes dilatatórios. E, mesmo, em casos onde reinou tradicionalmente uma lógica de poder dos agentes assente no segredo da informação (e, portanto, esta prática não tem tradições seculares), estimular a *participação fiscalizadora dos cidadãos*. Contra o velho postulado da confidencialidade das administrações, base factual de poder ademocrático, com a *ocultação ou eliminação de informação* com o meio de encobrir erros ou corrupções, importa opor o princípio da administração aberta. E, também no poder local, tal ocultamento deve ser sancionado face aos mandatos democráticos de cargos eletivos.

O *acesso à informação e o exercício da participação, em ideologia demosoberana, base de uma real funcional regime de “demo-cracia” em exercício por representação*, atiram-nos para o âmago da própria base do governo, enquanto governo do “demos”, do povo. Resultado da sua soberania, fonte de todo o poder público, tem de ser *exercido em público, de modo visível e controlável*, para poder ser funcionalmente legitimado e, se necessário, como poder delegado, poder ser questionado e corrigido no quotidiano.

²⁶ Em Portugal, nos termos da legislação e de pareceres institucionais, consultáveis em www.cada.pt.