



João Miguel Ferreira Marques Rodrigues

# **Reflexões teórico-práticas sobre os novos "crimes urbanísticos"**

Uma perspetiva jurídico-administrativa  
e jurídico-penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º  
Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em  
Ciências Jurídico-Forenses

Coimbra, 2016

• U •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

João Miguel Ferreira Marques Rodrigues

# **Reflexões teórico-práticas sobre os novos “crimes urbanísticos”**

Uma perspetiva jurídico-administrativa e jurídico-penal

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação da Senhora Prof. Doutora Fernanda Paula Oliveira*

**Coimbra, 2016**

## **AGRADECIMENTOS**

À *Exma. Senhora Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira* – orientadora – a motivação inicial para abordar este tema, a sua orientação omnipresente e transmissão de tão preciosos conhecimentos, bem como a confiança depositada para o estudo de uma questão científica de tão elevada importância e tão escassamente abordada no nosso país, a que anseio ter correspondido.

À *Exma. Senhora Dr.<sup>a</sup> Ana Rita Alfaiate* – professora – a sua dedicação e ajuda infindáveis, pelas quais nutro uma eterna gratidão.

Ao *Exmo. Senhor Dr. José Luís Moreira da Silva* – patrono – a disponibilidade de sempre, o aconselhamento na elaboração desta dissertação e os ensinamentos práticos transmitidos, que sempre irei reter, base do meu crescimento profissional.

À *Raquel* a quem devo muito do que sou hoje.

À minha *Família e Amigos*, o apoio de Sempre.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS<sup>1</sup>**

**Ac.** - Acórdão

**Cfr.** - Conferir

**CP** – Código Penal

**CPA** – Código do Procedimento Administrativo

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**Ene.** – Enero

**Feb.** – Febrero

**GRECO** – Group of States against corruption

**ibid.** - *ibidem*

**n.º** - número

**NCPA** – Novo Código do Procedimento Administrativo

**op. cit.** – *opus citatum*

**p.** - página

**Proc.** - Processo

**RJIGT** – Regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial

**RJUE** – Regime jurídico da urbanização e edificação

**segs.** - seguintes

**vol.** - volume

**v.g.** - *verbi gratia*

---

<sup>1</sup> Artigos de lei citados sem indicação de fonte devem entender-se referidos ao Código Penal português.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>2. Enquadramento prévio e contextualização histórica. Razões da criminalização</b> .....	8
<b>3. Os “crimes urbanísticos”</b> .....	11
3.1. O artigo 278.º-A do Código Penal .....	11
3.2. O artigo 382.º-A do Código Penal .....	14
3.3. O artigo 18.º-A do Código Penal .....	15
<b>4. Perspetiva jurídico-administrativa</b> .....	17
4.1. O poder local .....	17
4.2. Os titulares do poder decisório .....	18
4.3. A decisão .....	20
<b>5. Perspetiva jurídico-penal</b> .....	22
5.1. Bem jurídico-penal .....	22
5.1.1. Diferentes perspetivas .....	22
5.1.2. Posição adotada .....	24
5.2. Agentes. Perspetiva crítica .....	28
5.3. Ação típica. Perspetiva crítica .....	32
<b>6. Questões específicas da técnica legislativa</b> .....	38
6.1. As “normas penais em branco” .....	39

6.2. A “accessoriedade administrativa” .....	40
<b>7. Análise da opção legislativa à luz de um direito penal (ainda) de <i>ultima ratio</i>.....</b>	<b>47</b>
<b>8. CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>9. Bibliografia .....</b>	<b>61</b>
<b>10. Jurisprudência .....</b>	<b>66</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Vivem-se, hoje, dias de elevada complexificação social, política e económica que o Direito, muitas vezes, não consegue acompanhar devidamente. Um dos fenómenos de maior relevo, atualmente, é a corrupção. Esta, especialmente no âmbito da Administração local, onde se desenvolve grande parte da política urbanística, constitui um importante desafio das sociedades democráticas modernas. A nível europeu, denota-se uma relevante intervenção no seu combate, nomeadamente por parte do Conselho da Europa, por intermédio do GRECO<sup>2</sup> (Group of States against corruption). Por sua vez, em Portugal, longos trabalhos parlamentares<sup>3</sup> deram, recentemente, origem à Lei n.º 32/2010, de 02 de Setembro, cujas alterações introduzidas no nosso ordenamento jurídico serão aqui analisadas, e que surgiram num contexto em que muitos Autores entendem que as respostas penais tradicionais eram insuficientes e pouco dissuasoras<sup>4</sup>, e inaptas a reprimir este fenómeno que, hoje, comporta uma configuração cada vez mais intrincada.

O título “Reflexões teórico-práticas sobre os novos «crimes urbanísticos»” sugere claramente a tarefa a que nos propomos. Estes tipos de crime são novos, no sentido em que crescem a outros que antes já tutelavam<sup>5</sup>, de certa forma, a área urbanística, fator do qual resulta a denominação de “crimes urbanísticos”. Neste estudo iremos abordar os aspetos que, na nossa ótica, são mais relevantes, fazendo uma súmula crítica orientada para a prática jurídica, conciliada com o esclarecimento teórico que, atualmente, se revela necessário. Para tal, sendo esta tarefa complexa devido à ausência de tratamento científico aprofundado em Portugal, será indispensável o recurso a fontes estrangeiras, com especial foco no caso espanhol, onde o nosso legislador se inspirou para as soluções introduzidas em 2010.

À ausência de aprofundamento e discussão deste tema alia-se a heterogeneidade do mesmo, que mobiliza diversas áreas do Direito, resultando, destes fatores, um tema que

---

<sup>2</sup> Tendo já publicado diversos relatórios sobre a situação portuguesa. Cfr., entre outros, “Second Compliance Report on Portugal” (“Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” / “Transparency of Party Funding”), 67th Plenary Meeting, (Strasbourg, 23-27 March 2015).

<sup>3</sup> Veja-se, como assinala JOSÉ MOURAZ LOPES, os trabalhos da “Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu Combate”, que culminaram no relatório que pode ser consultado em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt). Cfr. LOPES, José Mouraz, “Os novos crimes urbanísticos no código penal”, As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal / coord. Rui do Carmo, Helena Leitão. - Coimbra : Coimbra, p. 71

<sup>4</sup> LOPES, José Mouraz, “Os novos crimes urbanísticos...”, *op. cit.*, p. 66.

<sup>5</sup> Note-se o artigo 100.º do RJUE.

suscita grande curiosidade, além do imperativo que se impôs: tratar, com precisão e rigor, um “terreno” do Direito que teimava em permanecer virgem e quase incontroverso.

Assim se impõe reunir os mais importantes estudos, nacionais e estrangeiros, e compilá-los numa perspectiva prático-jurídica, porquanto se assume como uma temática de grande relevo prático, desde logo por invocar dois grandes espaços do Direito: o jurídico-administrativo, onde se inclui o direito urbanístico, e o jurídico-penal. Neste sentido, tencionamos proceder, autonomamente, ao enquadramento e à análise das implicações destas opções legislativas em cada uma das referidas áreas, tratando depois, em sede própria, as questões que, inelutavelmente, constituem pontos de contacto entre ambas as matérias.

Pretendemos, antes de mais, abordar o contexto histórico que antecedeu esta opção, assim como as razões que a condicionaram, porquanto é essencial para compreender se estes “meios” jurídicos são, efetivamente, os mais indicados para os pretensos “fins”.

Após este enquadramento, é necessário concretizar, em termos teóricos, os moldes destes ilícitos, ou seja, é importante compreender, sucintamente, o que resultou daquele referido contexto histórico: qual a solução encontrada pelo nosso legislador para lidar com o fenómeno da corrupção, mais concretamente com a corrupção que se desenvolve predominantemente no seio da Administração local em matéria urbanística? Como optou o legislador por lidar com este “binómio em contínua tensão”, que coloca “de um lado, o interesse social na conservação de um ambiente puro e o interesse público num correto ordenamento e desenvolvimento tecnológico e industrial” e, do outro, “o interesse particular dos empresários (e das suas empresas) na expansão das suas atividades e na maximização dos lucros, o que passa também pela sua sujeição aos mínimos custos possíveis<sup>6</sup>”?

De seguida, estando estes tipos de crime diretamente relacionados com o âmbito jurídico-administrativo, importa proceder a um enquadramento jurídico da Administração local, na qual este fenómeno dos “crimes urbanísticos” tem, necessariamente, clara predominância, aprofundando a questão dos titulares do poder decisório e os moldes da

---

<sup>6</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, “Maria Cármen Gómez Rivero, El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)”, in CEDOUA, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Território. Coimbra, n.º 8, vol. II (2001), p. 123.



respetiva decisão, particularmente importante no contexto dos crimes constantes do artigo 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, para se compreender a dinâmica real em que se desenvolvem estas práticas.

Por sua vez, importa, numa perspetiva jurídico-penal, abordar a complexa questão do bem jurídico-penal visado nestes tipos, o que se assume como uma importantíssima questão no tratamento teórico e prático destes crimes, se não mesmo o pressuposto primordial do estudo destes ilícitos. É claro que, além do bem jurídico salvaguardado, importa também contextualizar penalmente quem são os agentes visados, bem como os moldes da ação típica.

Sendo um foco de grande importância neste tema, porquanto mobiliza os pontos de contacto entre os dois principais âmbitos jurídicos patentes nestas incriminações, é imperativo conceder o cuidado devido à questão da “acessoriedade administrativa”, que se assume como uma temática de grande protagonismo teórico-prático atualmente, à qual surge necessariamente ligada a temática das “normas penais em branco”.

Questão de natureza fraturante e geradora de controvérsia, e que será também adequadamente estudada devido ao seu elevado interesse teórico-prático, nomeadamente a nível político-legislativo, é a da dignidade penal do bem jurídico protegido, bem como a compatibilidade desta opção com os brocardos jurídico-constitucionais e princípios penais como o da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal.

Não pretendemos, aqui, responder a todas as questões possíveis sobre estes ilícitos-típicos, o que seria impossível, mas, antes, refletir e questionar, de forma a encontrar o caminho para a compreensão dos problemas que se colocam.

## 2. Enquadramento prévio e contextualização histórica. Razões da criminalização.

A análise destes tipos de crime que nos propomos fazer nunca poderia ser profunda e competente se interpretássemos estes ilícitos como uma realidade estanque, insensível ao contexto histórico atual. Por isso mesmo, o surgimento destes tipos de crime deve ser globalmente interpretado e confrontado com uma abordagem crítica, no sentido de perceber se a criminalização terá sido a solução mais adequada aos problemas visados.

Esta criminalização surgiu, assim, em 2010, com a aprovação do denominado “Pacote Anti-Corrupção”, que introduziu na ordem jurídica portuguesa, por via das alterações efetuadas pela Lei n.º 32/2010, de 02 de Setembro, entre outros, os artigos 278.º-A e 382.º-A do Código Penal e pela Lei n.º 41/2010, de 03 de Setembro o artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87 de 16 de Julho. Estas normas são especialmente direcionadas a crimes relacionados com o urbanismo<sup>7-8</sup>, que se assume como um campo onde a componente política, especialmente o poder local tem uma forte influência.

O fenómeno da corrupção transcende, hoje, o âmbito jurídico-penal, tendo-se complexificado, adquirindo um grande relevo político. A corrupção começou, assim, a ser vista como uma “patologia grave do sistema político” que se reveste de diversas formas e afeta diversos sectores da sociedade. Deparando-se com a sua complexificação, o legislador foi desenvolvendo novos tipos de crime a partir da matriz do crime de “Corrupção”, como por exemplo o “Crime de tráfico de influências”, o “Peculato”, o “Abuso de poder”, a “Participação económica em negócio”, entre outros. Diversas condenações, amplamente conhecidas e divulgadas nos meios de comunicação social, já ocorreram pelos crimes referidos, e facilmente se percebe que um dos sectores que mais impregnado está com este fenómeno é, indubitavelmente, a Administração local, tendo em conta que em muitos daqueles casos os arguidos condenados eram Presidentes de Câmara e Vereadores<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Por “urbanismo” entenda-se, numa ótica jurídico-penal que nos parece acertada: “aquele sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las siguientes funciones: a) Creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población. b) Ordenación y gestión jurídica de las actividades de planteamiento territorial, régimen de suelo, ejecución de construcciones, etc. c) Y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombres en una sociedad urbana.” Cfr. LOPEZ, Pedro Rodriguez, “Medio ambiente, territorio, urbanismo e derecho penal”, Bosch, 2007, p. 84.

<sup>8</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O Crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspectiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo”, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2013, I, p. 89 e segs.

<sup>9</sup> LOPES, José António Mouraz, *ibid.*, p. 65 e segs.

A conexão do poder local com os crimes relacionados com o urbanismo dá-se por via de um específico elo de ligação: o setor da construção civil. As competências próprias da Administração local e regional, como facilmente se compreende, assumem-se como um meio ambicionado para quem almeja introduzir-se no negócio da construção civil. As amplas competências do Presidente da Câmara em matéria de urbanismo, que incluem o poder de decidir em matéria de urbanização, alteração do uso do solo e licenciamento de obras, dão azo, não raras vezes, ao enriquecimento ilícito nos sectores público e privado e consequente branqueamento de capitais<sup>10</sup>. Deste modo, o Presidente da Câmara e outros órgãos com relevantes competências urbanísticas, incluindo aqueles em quem o primeiro delegar poderes, passam a ser, com este tipo de crime, mais proximamente vigiados, ao mesmo tempo que aos particulares também é apertado o controlo<sup>11</sup>. Porém, além das consideráveis competências que aqueles órgãos possuem e que o legislador visou salvaguardar, existe uma certa incoerência porquanto o poder decisório é detido, em certos casos, pelos mesmos órgãos competentes para a fiscalização<sup>12</sup>.

Conclui-se, pelo exposto, que existem, no direito do urbanismo, certas incoerências e promiscuidades que põem em causa a integridade e isenção da Administração, assim como potenciam o incumprimento da cumprimento da legislação urbanística. Poderá, por exemplo, ser posto em risco o desempenho íntegro das funções e estrito cumprimento da lei de um deputado que seja titular de um órgão autárquico e dono de empresa do ramo imobiliário atuante no mesmo Município<sup>13</sup>.

Assim, “Porque os interesses económicos são acentuados, porque as vulnerabilidades humanas são efetivas e, sobretudo, porque através das relações entre uns e outros são postos em causa interesses coletivos demasiado importantes entende-se que a dimensão sancionatória de tais comportamentos não pode circunscrever-se apenas à dimensão proibitiva, nomeadamente de natureza administrativa e contraordenacional”.

Deparando-se com esta realidade, o legislador português consagrou, então, uma legislação que constitui “uma solução maximalista de proteção de bens jurídicos relacionados com a tutela dos interesses envolvidos no urbanismo, lançando mão de sanções criminais para obstar à cedência das vulnerabilidades que ponham em causa tais

---

<sup>10</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, “A Violação das Regras Urbanísticas. Reflexão crítica”, Universidade Católica Portuguesa: Centro Regional do Porto - Escola de Direito, p. 9.

<sup>11</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 69.

<sup>12</sup> Veja-se o artigo 94.º do RJUE.

<sup>13</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, “A Violação...”, *op. cit.*, p. 9.

bens, como é o caso da proteção dos solos não urbanizáveis”, isto é, pretendeu, com esta opção, “reforçar a tutela dos múltiplos interesses que envolvem a gestão do território, tanto pelo lado da proteção dos solos, como pelo lado da exigência da boa governação de quem exerce as funções de seu «guardião»”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 69 a 71.

### 3. Os “crimes urbanísticos”

A intervenção penal que nos propomos analisar neste estudo tem, como dito, um contexto sociológico muito particular, que se assume como transversal às sociedades modernas, em particular na Europa. Impõem-se, assim, novas realidades de criminalidade que afetam a esfera política, e, assim, complexificam este fenómeno. Com estes novos tipos de crime, ainda tão desconhecidos e que tantas questões suscitam<sup>15</sup>, pretende-se, pois, fazer face às “crescentes necessidades de tutela numa sociedade cada vez mais complexa, dando a devida tutela a novas formas de delinquência<sup>16</sup>”.

Parece-nos acertada a denominação destes crimes como “crimes urbanísticos”, porquanto, como se verá, a eles é transversal um bem jurídico diretamente ligado ao urbanismo, independentemente da posição que se adote na sua idealização. Estas relevantes alterações legislativas, já contextualizadas, consistiram na introdução de três artigos de grande relevo prático-jurídico, cuja técnica legislativa se baseou nos artigos 319 e 320 do Código Penal espanhol<sup>17</sup>, e que importa explorar. Deste modo, abordaremos cada um numa perspetiva prévia mais generalista, tratando depois, em sede própria, as questões jurídico-administrativas e jurídico-penais mais relevantes.

#### 3.1. O artigo 278.º-A do Código Penal

O artigo 278.º-A do Código Penal, denominado de crime de “violação de regras urbanísticas”, e que se insere no Título IV do Código Penal, integra-se, sistematicamente, nos crimes contra a vida em sociedade e crimes de perigo comum<sup>18</sup>, visando “qualquer pessoa que proceda a obras de construção, reconstrução ou ampliação de imóveis<sup>19</sup>”, ou seja, operações urbanísticas violadoras de disposições legais relativas ao ordenamento do

---

<sup>15</sup> Ver, a este propósito, MIRA, Antonio T. Verdú, “A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia”, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 187, 2001, p. 47 a 52. Este Autor suscita, embora à luz do direito espanhol, questões muito pertinentes para efeitos de interpretação destes tipos de crime, v.g. questões relacionadas com o elemento subjetivo do tipo; questões conceptuais intrinsecamente ligadas ao direito do urbanismo; formas de cometimento dos ilícitos; entre outras questões.

<sup>16</sup> RAMÓN, Fernando López, “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1997 Ene./Feb., p. 53 e 54.

<sup>17</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, “A reforma legislativa em matéria de corrupção”, *Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, p. 108 e segs.

<sup>18</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p.73 e segs.

<sup>19</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 75.

território, pelo que se crê “que a sua razão de ser está na necessidade direta de não conceber um Estado de Direito onde se possa dispor livremente do solo não urbanizável através da realização de construções ou obras que, por motivos de natureza comunitária, o Estado entendeu legalmente estarem condicionados ou vedados a tal finalidade<sup>20</sup>”. Acrescentamos ainda que, ao referir esta norma que se trata de “violação de regras urbanísticas”, não é de excluir a hipótese de abranger situações de licenciamento em solos urbanizáveis v.g. casos em que se licencia uma construção de edifício em zona onde é possível construir, mas licenciam-se mais pisos do que é legalmente permitido. Porém, o n.º 2, que espelha o carácter subsidiário do direito penal<sup>21</sup>, salvaguarda os casos de “obras de escassa relevância urbanística”, remetendo depois para o direito administrativo<sup>22</sup>, onde o legislador optou por consagrar um “elemento negativo do tipo”, que deve ser interpretado à luz do artigo 6.º-A, introduzido no RJUE pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro.

Este artigo visa valores como a utilização responsável dos recursos dos solos, vistos como um meio para preservar os “níveis de qualidade de vida e respeito pelo habitat humano<sup>23</sup>”, porém, remetemos as reflexões acerca do bem jurídico para o capítulo em que este se estudará.

A teleologia desta norma prende-se, pois, com a necessidade de limitar a disposição do solo urbanizável mediante operações urbanísticas que o Estado-legislador optou por condicionar ou vedar<sup>24</sup>, tendente a proteger um interesse comunitário fundamental. Crê-se, assim, que deve a proteção deste interesse coincidir com a promoção de um crescimento urbanístico sustentável, visando-se especificamente a via pública, as áreas incluídas na Reserva Ecológica Nacional e Reserva Agrícola Nacional ou bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal.

Creemos que este ilícito penal se identifica com a categoria dos crimes “materiais<sup>25</sup>” e de “resultado<sup>26-27</sup>”, sendo, de resto, o entendimento que resulta da letra da

---

<sup>20</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 74.

<sup>21</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, "O direito penal e o direito administrativo: a propósito dos novos crimes previstos...", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 31 a 34, Almedina, 2009/2010, p. 180-181.

<sup>22</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 13.

<sup>23</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 73 e segs.

<sup>24</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 74.

<sup>25</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, "O direito penal...", *op. cit.*, p. 178.

<sup>26</sup> Discordamos, assim, do entendimento da doutrina espanhola dizendo, embora referindo-se ao artigo 319 do Código Penal espanhol, que: “[...] se trata de un delito de los denominados de mera actividad, que no requiere la manifestación de un resultado separado, en su realización en el mundo exterior, de la acción típica e imputable a la misma”. Cfr. ALBERO, Ramón Garcia / SUMALLA, Josep María Tamarit,

lei e da teleologia desta opção legislativa, o que significa que não basta a aprovação da operação urbanística suscetível de lesar a “via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal<sup>28</sup>”, pois o crime só se consuma “com a prática de ato material lesivo do bem jurídico protegido”, entenda-se, com a efetiva operação material de construção, isto é, deverá haver uma efetiva modificação da natureza de um terreno, acrescentando elementos físicos de carácter permanente<sup>29</sup>.

Importa clarificar que o legislador introduziu neste novo ilícito típico determinados conceitos de grande importância. Assim, conceitos como “construção, reconstrução ou ampliação” devem ser interpretados à luz das disposições do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação<sup>30-31</sup>.

Assinale-se que no n.º 4 deste artigo o legislador consagrou uma espécie de sanção acessória, permitindo ao Tribunal ordenar a “demolição da obra ou a restituição do solo ao estado anterior”, e condenar o ou os agentes a suportar os custos dessa mesma operação, almejando-se aqui o restabelecimento da situação do solo. Figura semelhante, no direito espanhol, é o artigo 319.3 daquele Código Penal, no qual se prevê também uma sanção acessória e o suporte dos custos pelo agente e, além disso, salvaguarda a possibilidade de indemnizar terceiros de boa-fé<sup>32</sup>.

Esclareça-se ainda que, acessoriamente a este artigo 278.º-A, foi aditado o artigo 278.º-B que estabelece casos de dispensa ou atenuação de pena. Sendo certo que a dispensa de pena aparece, pela letra da lei, como sendo facultativa<sup>33</sup>, embora, diga-se, seja uma faculdade vinculada a diversos requisitos, porquanto deve ser observado o nível de culpa e de ilicitude que, para se compatibilizarem com a dispensa, têm de ser reduzidos, e tem

---

Coordenação: PRATS, Fermín Morales, “Comentarios al Código Penal Español”, 6.ª Edição, Arazand, p. 1533.

<sup>27</sup> Nos crimes de resultado “o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da atividade do agente. Nestes tipos de crime só se dá a consumação quando se verifica uma *alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta*.” Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Tomo I”, 2.ª Edição, Janeiro 2011, Coimbra Editora”, p. 306.

<sup>28</sup> N.º1 do artigo 278.º-A.

<sup>29</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 179.

<sup>30</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 178.

<sup>31</sup> Veja-se, a este propósito, as alíneas b), c) e d) do artigo 2.º.

<sup>32</sup> LOPEZ, Pedro Rodríguez, “Medio ambiente...”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>33</sup> “Nos casos previstos no artigo anterior, pode haver lugar a dispensa da pena se o agente, antes da instauração do procedimento criminal, demolir a obra ou restituir o solo ao estado anterior à obra.” Cfr. n.º1 do artigo 278.º-B.

ainda de se verificar a inexistência de exigências preventivas<sup>34</sup>. Além disso, outro importante requisito para a dispensa de pena, que decorre da lei, é ainda a “demolição da obra ou restituição do solo ao estado anterior à obra”.

Por outro lado, a possibilidade de atenuação especial de pena, também prevista neste artigo, no seu n.º2, dar-se-á quando e se o agente “demolir a obra ou restituir o solo ao estado anterior à obra até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância<sup>35</sup>”.

### 3.2. O artigo 382.º-A do Código Penal

Por sua vez, no âmbito dos crimes contra o Estado, no Capítulo IV, relativo a crimes no exercício de funções públicas, na Secção III, dos abusos de autoridade, incluiu-se o artigo 382.º-A. Esta norma almeja a proteção de valores como o ordenamento do território<sup>36</sup>, não obstante, entendemos que existe uma dimensão, que se encontra subentendida no bem jurídico, que se prende com a salvaguarda de um dever dos funcionários públicos de garantirem a integridade dos recursos dos solos, que deve ser observado quando informam ou decidem um processo de licenciamento ou autorização e a integridade no exercício das funções públicas<sup>37</sup>. Em todo o caso, concebemos o bem jurídico-penal visado como uma dimensão mais concreta e que iremos, em sede própria, tratar.

Doutrinalmente, estamos perante um crime “específico”, “próprio<sup>38</sup>”, porquanto só pode ser praticado por funcionários<sup>39</sup>, sendo que, neste caso, o referido “abuso de poder” refere-se meramente às informações prestadas ou decisões favoráveis no âmbito de um processo de licenciamento ou autorização, e que pressupõe a violação de leis ou regulamentos aplicáveis<sup>40</sup>. Assume-se também como um crime de “mera atividade<sup>41</sup>”, cujo

---

<sup>34</sup> N.º3 do artigo 74.º do Código Penal.

<sup>35</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 82.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al.*, “Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado”, 6.ª Edição, 2012, Almedina, p. 643.

<sup>37</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 73.

<sup>38</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 78.

<sup>39</sup> Na aceção do artigo 386.º Código Penal.

<sup>40</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 79.

<sup>41</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 15.



“tipo incriminador se preenche através da mera execução de um determinado comportamento<sup>42</sup>”.

Como se verá, existe uma diferenciação na moldura penal deste tipo de crime para o que se segue: neste, o agente pode ser punido com pena até três anos ou multa ou, nos casos previstos no n.º 2, até cinco anos ou multa. Esta diferenciação deve-se ao facto de os agentes visados no artigo 382.º-A serem funcionários públicos na aceção do artigo 386.º do Código Penal, e os contemplados no artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho serem titulares de cargos políticos, pelo que, quanto a estes, impõem-se os valores de tutela constitucional da boa governação<sup>43</sup>.

Sublinhe-se que o artigo 382.º-A do Código Penal contempla, no n.º2, uma estatuição que à partida configurará uma particular proteção penal da “via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal”, agravando a pena aplicável nestes casos.

### **3.3. O artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho**

Por sua vez, o artigo 18.º-A da já referida Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, apresenta-se semelhante ao artigo 382.º-A do Código Penal, visando aquele, em específico, os titulares de cargos políticos referidos nos artigos 2.º e 3.º da mesma Lei. Aplicando-se o que aqui dissemos também quanto ao artigo 382.º-A do Código Penal, no que respeita ao seu âmbito normativo, depreende-se, por via de uma interpretação literal, que estes crimes restringiram o seu espectro ao licenciamento<sup>44</sup> e à autorização<sup>45</sup>, deixando assim fora da proteção penal os processos de informação prévia e comunicação prévia, por razões que cremos estarem ligadas ao facto de corresponderem a operações urbanísticas de menor relevância e já não merecedoras de tutela jurídico-penal<sup>46</sup>. Porém, numa interpretação atualista, à luz de valorações estritamente jurídico-administrativas, conclui-se que, atualmente, as operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia têm o mesmo relevo daquelas sujeitas a licenciamento, porquanto a partir das alterações introduzidas pela Lei

<sup>42</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal...”, *op. cit.*, p. 306.

<sup>43</sup> Atente-se à imposição constitucional nos termos do n.º3 do artigo 117.º da CRP.

<sup>44</sup> Artigo 4.º n.º2 do RJUE.

<sup>45</sup> Artigo 4.º n.º5 do RJUE.

<sup>46</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 79 e segs.

n.º 60/2007, de 4 de Setembro, as operações que estavam sujeitas a autorização passaram a ficar sujeitas a comunicação prévia.

A configuração deste ilícito-típico difere também da do artigo 382.º-A na medida em que, como se adiantou acima, no caso dos crimes de titulares de cargos políticos, a pena é mais elevada, nomeadamente no seu limite mínimo<sup>47-48</sup>, visando-se aqui uma especial censura destes crimes de índole política, numa espécie de simbolismo que, pelo que cremos, será muitas vezes estéril e inconsequente, sendo, também assim, uma opção político-legislativa da qual nos permitimos discordar. De resto, assinale-se ainda que, à semelhança do que aconteceu no artigo 382.º-A do CP, também no artigo 18.º-A Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, no seu n.º2 se optou por agravar a moldura penal face ao n.º1, que foi até mais longe do que o agravamento do artigo 382.º-A.

Como elemento transversal aos três tipos de crime em análise, o legislador introduziu um elemento de certa forma inovador, e que se prende com o elemento subjetivo do tipo, ou seja, a “consciência da desconformidade da conduta com as normas urbanísticas aplicáveis”, o que leva a que o agente não possa ser punido em casos de “mero” dolo eventual<sup>49</sup>, exigindo-se dolo direto<sup>50</sup>. Resulta, assim, que se deverá provar que o agente sabia, efetivamente, que a sua decisão ou a informação prestada colidia com as normas urbanísticas legais vigentes<sup>51</sup>. Existe apenas uma ligeira nuance: no caso do artigo 278.º-A, estão em causa as normas urbanísticas aplicáveis àquela operação urbanística concreta; nos outros dois artigos, 382.º-A e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, está em causa a desconformidade das normas urbanísticas em geral<sup>52</sup>.

À semelhança do que acontece no artigo 278.º-B do Código Penal, também um regime idêntico foi criado na Lei n.º 34/87, consagrando-se no artigo 19.º-A, por via da Lei n.º 41/2010.

---

<sup>47</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 79.

<sup>48</sup> O crime tipificado no artigo 382.º-A do Código Penal é punido com pena de prisão até cinco anos ou multa, por sua vez, o crime tipificado no artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho é punido com pena de um a cinco anos ou multa.

<sup>49</sup> Quanto à punição, no direito espanhol, somente nos casos de dolo direto, cfr. RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración Urbanística”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 234.

<sup>50</sup> Configurando aqueles casos em que “a realização do tipo objetivo de ilícito surge como o *verdadeiro fim da conduta*”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 367.

<sup>51</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 77.

<sup>52</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 184.

## 4. Perspetiva jurídico-administrativa

### 4.1. O poder local<sup>53</sup>

A relevância do poder local já referida, em termos abstratos, no âmbito do urbanismo, carece agora de um aprofundamento e de uma contextualização jurídica. Só com uma correta perceção dos mecanismos de decisão e das “teias” de competência que existem em matéria de ordenamento do território é que será possível fazer uma justa e capaz análise destes tipos de crime, em especial, do artigo 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87.

Foi a Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, denominada de “Regime Jurídico das Autarquias Locais”, que instituiu o regime jurídico geral dos Municípios. Esta Lei veio revogar a Lei n.º 159/1999, de 14 de Setembro, que estabelecia a transferência de atribuições e competências para as autarquias locais, no quadro de uma intenção de descentralização administrativa<sup>54</sup>, salvaguardada no artigo 4.º daquela Lei. A par desta, requer-se a interpretação cruzada com a Lei n.º 169/1999, de 18 de Setembro, que estabelecia as competências e o regime jurídico de funcionamento dos seus órgãos, e que com a alteração mais recente em 2013, pela referida Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, viu o seu conteúdo ser amplamente revogado.

Neste contexto, numa primeira leitura conjugada destes diplomas e da Constituição da República Portuguesa, não resulta líquida a repartição de poderes, nomeadamente do poder executivo, que se revela essencial no âmbito deste estudo.

O artigo 5.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, no seu n.º 2, estabelece que “Os órgãos representativos do município são a assembleia municipal e a câmara municipal”. No mesmo sentido dispõe o artigo 239.º n.º1 da CRP, prevendo que “A organização das autarquias locais compreende uma assembleia eleita dotada de poderes deliberativos e um órgão executivo colegial perante ela responsável”, concluindo o n.º 3 que “O órgão executivo colegial é constituído por um número adequado de membros, sendo designado presidente o primeiro candidato da lista mais votada para a assembleia ou para o executivo”, e o artigo 250.º da CRP, prevendo que “Os órgãos representativos do município são a assembleia municipal e a câmara municipal”. Daqui decorre a previsão,

---

<sup>53</sup> Expressão vulgarmente utilizada como referência à Administração local.

<sup>54</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 19.

embora não de forma clara, do órgão “Presidente da Câmara Municipal” que é hoje, a par da Câmara Municipal<sup>55</sup>, um verdadeiro órgão executivo, tanto por via da competência direta e delegações admitidas pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, como por outros diplomas<sup>56</sup>.

O Presidente da Câmara Municipal é, hoje, um órgão de “vasta competência executiva”, um “chefe da administração municipal”, eleito diretamente<sup>57</sup>. Assume, no contexto atual, um lugar dianteiro nas decisões municipais e, por isso, é um órgão que merece especial foco neste estudo, porquanto titula inúmeras e relevantes competências de carácter decisório<sup>58</sup>.

#### **4.2. Os titulares do poder decisório**

Neste contexto, importa clarificar que procedimentos urbanísticos carecem de intervenção dos órgãos de poder local. Para tal, basta mobilizar os artigos 4.º e 5.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), estabelecendo que, para concessão de “licença administrativa”, tem competência a Câmara Municipal, podendo delegar no Presidente da Câmara. Este, por sua vez, poderá subdelegar nos Vereadores, entenda-se, nos responsáveis pelo pelouro do urbanismo. Para a concessão de autorização de utilização de edifícios e suas frações ou alteração da utilização dos mesmos, a competência primária cabe aos Presidentes da Câmara, não obstante estes poderem delegar nos Vereadores e estes, por sua vez, delegarem nos dirigentes de serviços municipais, conforme resulta do artigo 5.º n.º3. Seguidamente, a aprovação das comunicações prévias, relativas a operações urbanísticas de menor relevo, compete, à semelhança das licenças, à Câmara Municipal, que pode delegar no Presidente da Câmara, e este subdelegar no Vereador.

Resulta, no entanto, claro, que a licença administrativa é o procedimento com mais relevo para este estudo, porquanto se trata do procedimento de controlo mais complexo<sup>59</sup> e reveste uma natureza constitutiva, gerador de um verdadeiro direito<sup>60</sup> e dever

---

<sup>55</sup> Como, de resto, resulta do artigo 33.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro.

<sup>56</sup> Veja-se o exemplo dos artigos 11.º n.º1, 64.º n.º 2, 75.º, 76.º n.º2, 79.º, 102.º-B, 106.º n.º1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro).

<sup>57</sup> Cfr. Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de Agosto.

<sup>58</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 20 e 21.

<sup>59</sup> FOLQUE, André, “Curso de Direito da Urbanização e da Edificação”, Coimbra Editora, 2007, p. 147 e segs.

de construir<sup>61</sup>. Trata-se aqui de operações urbanísticas de relevo, como operações de loteamento, obras de urbanização, construção, ampliação, conservação, reconstrução, entre outras<sup>62</sup>.

Enumerados os diferentes atores locais e aclaradas as suas competências no contexto das operações de urbanismo, importa, por fim, referir dois outros agentes: o gestor do procedimento, introduzido pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, que alterou o RJUE, e que tem relevantes competências próprias<sup>63</sup>, entre elas, as referidas no n.º3 do artigo 8.º, nos n.º9 e 11 do artigo 9.º, n.º6 do artigo 11.º, n.º1 e 3 do artigo 13.º, n.º3 do artigo 27º e n.º2 do artigo 64.º, todos do RJUE, que coexiste com o responsável pela direcção do procedimento, figura prevista no artigo 55.º do CPA, e cujas competências se sobrepõem, em certos casos, às do gestor do procedimento. Aquele, claramente distinto da figura do responsável pela instrução, tem amplas competências v.g. em relação à fase do saneamento do procedimento e à promoção da audiência dos interessados. Depreende-se, assim, que em certos casos existe uma “sobreposição das funções” entre estes dois agentes, pelo que, na prática, deverão coincidir na mesma pessoa. Atente-se ainda que, quando não for ele o órgão competente para a decisão final, deverá elaborar um relatório fundamentado, nos termos do artigo 126.º do CPA<sup>64</sup>.

Veja-se, sumariamente, que a Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro define um amplo leque de competências próprias do Presidente da Câmara e admite, embora com certas restrições, a delegação das competências da Câmara Municipal naquele órgão<sup>65</sup>. Deste modo, e conjugando a interpretação daquela Lei com o regime jurídico estabelecido no RJUE, depreende-se claramente que a competência para a prática de atos no âmbito de operações urbanísticas permanece na esfera dos titulares de cargos políticos<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> A este respeito dispunha o artigo 87º do Anteprojecto da Lei de Bases do Solo, do Ordenamento do Território e do Urbanismo que visava encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos dos particulares e a função planificadora da Administração: ao mesmo tempo que garantia e consolidava o direito de construir, atribuía à Administração uma certa flexibilidade para alterar as condições da licença após um certo período de tempo, cfr. SILVA, Vasco Pereira da, *et al.*, in “Dossier: Nova Lei de Bases do Solo, Ordenamento do Território e do Urbanismo”, E-Publica: Revista Electrónica de Direito Público, p. 79.

<sup>61</sup> FOLQUE, André, “Curso de...”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>62</sup> Artigo 4.º n.º2 do RJUE.

<sup>63</sup> Artigo 8.º n.º2 e 3 do RJUE.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula, “Algumas questões em torno da direcção do procedimento e do dever da sua delegação no CPA”, p. 16 e 17.

<sup>65</sup> Artigo 34.º e 35.º.

<sup>66</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 29.

### 4.3. A decisão

Os agentes que, nos termos legais acima expostos forem titulares do poder decisório, emitirão um ato administrativo de licenciamento<sup>67</sup> ou de aprovação, final e global<sup>68</sup>, ou um “ato administrativo permissivo<sup>69</sup>”, de natureza declarativa, a que corresponde a autorização.

De todo o modo, como se constatou, não obstante um órgão ter competência primária para licenciar ou autorizar, sempre será possível a delegação e subdelegação noutra órgão ou agente. Assim, e em conformidade com o artigo 3.º do CPA<sup>70</sup>, onde se encontra plasmado o princípio da legalidade, a delegação terá de observar determinados trâmites, sob pena de o órgão ou agente ser incompetente para a decisão, com as consequências legais que daí resultam v.g. anulabilidade ou nulidade do ato.

A delegação de poderes consiste na mera transferência de exercício<sup>71</sup>, de um órgão para outro, de um poder por ele detido, primária ou originariamente<sup>72</sup>. Trata-se, aqui, de um instrumento de descentralização administrativa, que se situa no âmbito das relações intersubjetivas<sup>73</sup>.

A propósito da competência e subsequente delegação de poderes relacionados com operações urbanísticas no âmbito municipal, veja-se o douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18 de Março de 2010<sup>74</sup>, que, analisando a competência do Vereador, expõe que “além da lei de habilitação, são, obviamente, ainda requisitos da delegação de poderes a existência de um delegante e de um delegado e de um ato de delegação”.

---

<sup>67</sup> Veja-se, a propósito do licenciamento, uma importante análise de FERNANDO ALVES CORREIA, Cfr. CORREIA, Fernando Alves, “As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português” 2000, Almedina, Coimbra, p. 108.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, “Regime...”, *op. cit.*, p. 177.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p. 190.

<sup>70</sup> Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

<sup>71</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo / OLIVEIRA, Fernanda Paula, “Noções fundamentais de direito administrativo”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2006, p. 74 e 75.

<sup>72</sup> Que se distingue da delegação de atribuições ou funções na medida em que esta se situa nas relações intersubjetivas. Cfr. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *et al*, “Código do Procedimento Administrativo Comentado”, 2.ª Edição, Almedina, 2010, p. 211.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Mário Esteves de, *et al*, “Código...”, *op. cit.*, p. 210 e segs.

<sup>74</sup> <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a71edcdad0522f12802576f00044945f?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado a 15 de Novembro de 2015).

O requisito da lei de habilitação, não só decorre do CPA<sup>75</sup> como também da Constituição da República Portuguesa<sup>76</sup>. Assim, identificando-se a lei habilitante, o órgão competente apenas poderá delegar no órgão ou agente legalmente previsto e eventualmente competente<sup>77</sup>. Constatando-se estas condições, o órgão com competência originária, ou o órgão competente para subdelegar, deverá emitir um ato de delegação expresso v.g. despacho de delegação. Face a este, salvasse-se, “que para efeitos contenciosos os atos praticados por delegação ou subdelegação tem o mesmo carácter impugnável do correspondente ao ato praticado pelo delegante<sup>78</sup>”.

Conclui o Acórdão, quanto a esta questão, que “sob pena de invalidade, os atos praticados pelo delegado ou pelo subdelegado ao abrigo da delegação ou subdelegação, devem obediência estrita aos requisitos de validade fixados na lei, dependendo ainda a sua validade da existência, validade e eficácia do ato de (sub) delegação, ficando irremediavelmente inquinados pelo vício de incompetência se a (sub) delegação ao abrigo da qual forem praticados for inexistente, inválida ou ineficaz. Para que o ato de delegação seja válido e eficaz, deve o órgão delegante especificar os poderes que são delegados, quais os atos que o delegado pode praticar e deve tal ato ser publicado no Diário da República ou, tratando-se da administração local, no boletim da autarquia e afixado nos lugares de estilo quando tal boletim não exista (artº 37º, nº 1 e 2 do CPA<sup>79</sup>)”.

---

<sup>75</sup> Artigo 44.º do NCPA e artigo 35.º do CPA revogado.

<sup>76</sup> Artigo 111.º n.º2.

<sup>77</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 27.

<sup>78</sup> Acórdão do STA, de 18-03-2010, Proc. N.º 0528/08:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a71edcdad0522f12802576f00044945f?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado a 15.11.2015).

<sup>79</sup> A que corresponde o artigo 47.º do Novo CPA.

## 5. Perspetiva jurídico-penal

### 5.1. Bem jurídico-penal

Assume-se como imperativo, no âmbito desta investigação dos “crimes urbanísticos”, esclarecer que bem jurídico tutelam estes ilícitos-típicos<sup>80</sup>. A compreensão prática do bem jurídico que, nas doutas palavras de FIGUEIREDO DIAS, é teoricamente concretizável como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso<sup>81</sup>”, é fundamental à luz de uma perspetiva teleológico-funcional e racional do conceito material de crime, que aqui acolhemos. Deste modo, crendo que o conceito de crime resulta da função atribuída ao direito penal de “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”)<sup>82</sup>, urge promover a sua compreensão teórica e consequente tradução prática. Será em torno deste conceito que analisaremos o bem jurídico-penal visado, procurando identificá-lo e aferir da sua dignidade penal e carência de tutela subsidiária pelo Direito Penal, entenda-se, pelas criminalizações ora estudadas.

#### 5.1.1. Diferentes perspetivas

Aparentemente, e numa perspetiva abstrata proveniente de um primeiro exercício teórico, poderíamos definir o bem jurídico-penal como o “ordenamento do território<sup>83</sup>”. Ora, “ordenamento do território” pode traduzir-se numa política económica que consista na utilização dos instrumentos usuais de intervencionismo económico, como por exemplo as obras públicas; pode entender-se como tendo uma função de planificação do espaço; ou ainda como uma finalidade geral que deve ser assumida pelos mecanismos e atores

---

<sup>80</sup> Aqui, acolhendo a conceção de FIGUEIREDO DIAS, no sentido em que “[...] num sistema teleológico funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específicas, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito [...]”. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 270.

<sup>81</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 114.

<sup>82</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 113 e segs.

<sup>83</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, “Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la de la ordenación del territorio”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 19.



decisórios<sup>84</sup>. Neste sentido, há Autores para os quais o bem jurídico “ordenamento do território” é absorvido pelo bem jurídico “ambiente”, ao mesmo tempo que também há quem defenda uma autonomização entre estes valores<sup>85</sup>. Porém, este conceito (“ordenamento do território”) peca amplamente, pelo que desde logo se percebe, devido à sua indefinição e abstração, o que, na prática, não conduz a qualquer conclusão.

Por sua vez, adiantam alguns Autores a “salvaguarda de um correto ordenamento do território” que, embora já nos perspetive uma direção, permanece demasiado indeterminável para prosseguir uma análise competente acerca da sua dignidade penal e da sua aplicabilidade prática. Nesta linha de raciocínio, podemos identificar também uma intenção de salvaguarda e preservação da natureza e do solo, promoção do seu melhor e mais responsável aproveitamento, orientado por um equilíbrio ecológico e ambiental. Tudo isto tendo também em conta o valor estético da paisagem, o património cultural, histórico e arquitetónico, e promoção do bem-estar e melhor qualidade de vida dos cidadãos<sup>86</sup>.

Trata-se aqui de tutelar a “defesa do ordenamento do território”, entenda-se, “a utilização dos recursos do solo como elemento ambiental de modo a atingir níveis de qualidade de vida e respeito do habitat humano, numa perspetiva de um desenvolvimento social sustentado<sup>87</sup>”, não esquecendo a especificidade do crime de “violação de regras urbanísticas por funcionário”, onde está tutelada a “luta contra a corrupção, contra o abuso de funções, e a garantia da boa administração pública<sup>88</sup>” ou “a integridade no exercício das funções públicas<sup>89</sup>”, sempre numa ótica de proteção do enquadramento jurídico dos solos não urbanizáveis.

Acontece, porém, que nenhuma destas teorizações nos satisfaz quando o que procuramos é um verdadeiro critério orientador da prática forense. É nesse sentido que iremos expor o entendimento que nos parece mais conclusivo.

---

<sup>84</sup> PALLÁS, Miguel Escanilla, “La responsabilidad de los funcionarios ante delitos urbanísticos en los tribunales de justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 223 e segs.

<sup>85</sup> PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, in Gonzalo Quintero Olivares / Fermín Morales ca, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 1739.

<sup>86</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 149.

<sup>82</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 73.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p.643.

<sup>89</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 73.

### 5.1.2. Posição adotada

A posição que aqui acolhemos não prejudica o nosso entendimento acerca do merecimento de tutela penal destes ilícitos, porquanto o que nos propomos refletir neste subcapítulo é o bem jurídico-penal visado pelo legislador e não o bem jurídico-penal que a nosso entender merecia tutela penal. De resto, como se verá, a nossa posição é de frontal discordância com esta opção criminalizadora.

Ao falarmos de ilícitos penais existe uma dimensão que, de forma irreversível, está pressuposta: a dimensão jurídico-constitucional. Sem esta o bem jurídico, pura e simplesmente, não existe como tal: “um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que «preexiste» ao ordenamento jurídico-penal”. Não podemos ignorar, deste modo, esta necessária “relação de mútua referência” ou de “analogia material”, pois desta correspondência depende a conversão dos bens jurídicos em “bens jurídicos dignos de tutela penal<sup>90</sup>”.

O n.º4 do artigo 65.º da Constituição da República Portuguesa prevê a existência de “instrumentos de planeamento” tendentes à definição da ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, cuja competência se distribui entre o Estado, na medida em que realiza planos nacionais de ordenamento do território; Regiões Autónomas, elaborando planos das regiões autónomas; e Autarquias Locais, ou seja, relativo à atuação a nível das regiões administrativas e municipais. Denota-se, assim, que o urbanismo se assume como “uma tarefa essencialmente pública e como um espaço de condomínio de interesses nacionais, regionais e municipais”, carecido de uma “crescente intervenção dos particulares<sup>91</sup>”. A todos estes intervenientes compete a definição de regras de ocupação, usos e transformação de solos urbanos<sup>92</sup>. Consistem aquelas em regras constantes em “legislação respeitante ao ordenamento do território e nos instrumentos de planeamento territorial. Trata-se,

---

<sup>90</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 114.

<sup>91</sup> CORREIA, Fernando Alves, “Tendências Atuais do Direito do Urbanismo Português e Europeu e o “Estado da Arte” do Ordenamento Jurídico Urbanístico da Região Administrativa Especial de Macau”, in RLJ, ano 139.º, n.º 3963 (Julho-Agosto de 2010), p. 326 a 332 *apud* DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 156.

<sup>92</sup> MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada”, 2ª Edição, p. 1323 e segs.

simultaneamente, de governo do território, de gestão urbanística e de execução de planos<sup>93</sup>”.

Neste sentido, uma definição do bem jurídico como a garantia de condições de sustentabilidade, a utilização racional e prevenção de danos<sup>94</sup> no solo é uma conceção vaga do bem jurídico que se revela insatisfatória, pelo que é imperativo proceder à conclusão que aqui propomos.

Ao mesmo tempo, também a nomeação do “ordenamento do território” como bem jurídico-penal seria claramente precipitada e inconsequente. Desde logo, porque dessa mesma expressão resulta uma variedade de significados e realidades que tornam, enquanto bem jurídico, incompreensível e inconcretizável. Desta pluralidade de dimensões, de resto já abordada neste estudo, extrai-se o objetivo da “luta contra os desequilíbrios territoriais” que, porém, apenas de forma reflexa tem relação com estes ilícitos<sup>95</sup>, pelo que, como afirma FERNANDO LÓPEZ RAMÓN<sup>96</sup>, “parece claro que o bem jurídico penalmente protegido não é o ordenamento do território em nenhuma das suas variantes conceptuais”.

Creemos, a final, que se encontra, antes, tutelada a “legalidade urbanística<sup>97</sup>” ou, como refere JESÚS BERNAL DEL CASTILLO, e que admitimos, “a violação das limitações de uso estabelecidas legal ou administrativamente<sup>98</sup>”. Por “legalidade urbanística” entendemos as “regras urbanísticas<sup>99</sup>”, mais precisamente o conjunto de normas vigentes reguladoras do ordenamento do território<sup>100</sup>, que se traduzem em limitações legais ou administrativas que afetem o uso do “solo urbano”<sup>101-102</sup>.

---

<sup>93</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4ª Edição, p. 838.

<sup>94</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 149 e segs.

<sup>95</sup> RAMÓN, Fernando López, “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1997 Ene./Feb. p. 55-56.

<sup>96</sup> RAMÓN, Fernando López, “Aspectos...”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>97</sup> Neste sentido: PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 1739; RAMÓN, Fernando López, *ibid.*, p. 54; CASTILLO, Jesús Bernal del, “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: UNED. N. 3 (1999) p. 14 e segs, entre outros.

<sup>98</sup> Tradução livre do autor. Original: “[...]«violación de las limitaciones de uso establecidas legal o administrativamente»”. Cfr. RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “Los delitos sobre ordenación del territorio. La responsabilidad penal de la Administración urbanística”, en *Actualidad penal*, n.º16, 1997, *apud* CASTILLO, Jesús Bernal del, “Delimitación...”, *op. cit.*, p. 14

<sup>99</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, “A reforma...”, *op. cit.*, p. 107.

<sup>100</sup> PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 1739.

<sup>101</sup> Que inclui, como entende FERNANDO ALVES CORREIA, “áreas nas quais é reconhecida vocação para o processo de urbanização e edificação compreendendo os terrenos urbanizados e os solos cuja urbanização seja programada (que substituiu a anterior categoria dos solos urbanizáveis), bem como os solos afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano”. Cfr. CORREIA, Fernando

Observando a letra dos normativos em análise, depreendemos que o legislador colocou a tónica nas normas reguladoras: o artigo 278.º-A refere “normas urbanísticas aplicáveis”, por sua vez, o artigo 328.º-A do Código Penal dispõe “leis ou regulamentos aplicáveis” e “normas urbanísticas”, as mesmas expressões utilizadas no artigo 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

Conclui-se, pelo exposto, que “legalidade urbanística<sup>103</sup>” como o conjunto de normas vigentes reguladoras do ordenamento do território é a formulação mais fiel ao que terá sido a intenção do legislador ordinário e constitucional e, além disso, pesa ainda que promove não só a prossecução dos apregoados fins da reforma legislativa, facilitando a sua aplicação prática, como também o exercício do direito de defesa.

Acontece, porém, que não é toda a qualquer lei ou regulamentação aplicável que será relevante para efeitos de acionamento de tutela penal visto que, como diremos, impõe-se a observância das exigências do princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal, bem como o crivo da dignidade penal, além de que essa via configuraria uma violação frontal do princípio da legalidade penal<sup>104</sup>. Neste sentido, ao direito penal “cumpre-lhe selecionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva teleológica, representam um ilícito geral digno de uma sanção de natureza criminal<sup>105</sup>”. Cremos, assim, que em causa deverá estar um certo “núcleo duro” da regulamentação jurídico-administrativa aplicável e teleologicamente orientada para a proteção do “ordenamento do território”, e não qualquer norma de natureza secundária: “é preciso definir e distinguir as condutas proibidas que caem no âmbito do direito penal daquelas outras que são apenas abrangidas na área do direito administrativo e que não têm gravidade bastante para assumirem relevância penal”, pois, como se compreende, “O direito penal, com a sua natureza fragmentária, visa proteger bens jurídicos claramente definidos, dos ataques mais graves, intoleráveis e perigosos<sup>106</sup>”. Esclareça-se, portanto, que “A reação penal não surge da mera contravenção à legislação administrativa, requerendo

---

Alves, “O Direito do Urbanismo em Portugal”, in RLJ, ano 135, n.º 3937 (Março – Abril2006), p. 208, *apud* DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 165.

<sup>102</sup> PLANAS, Gabriel Garcias, “El delito urbanístico: delitos relativos a la ordenación del territorio”, 1.ª Edição, Tirant lo blanch, 1997, p. 61.

<sup>103</sup> À qual corresponde até a ideia de “reposição da legalidade urbanística”, através de intervenção do direito penal, cfr. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 164.

<sup>104</sup> À semelhança do que assinala JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, embora não se referindo à questão do bem jurídico-penal, cfr. DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, “Maria...”, *op. cit.*, p. 125.

<sup>105</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 16.

<sup>106</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 161.

uma atuação de especial lesividade, exteriorizada pela existência de um «perigo grave» para os sistemas naturais ou para as pessoas – ou seja, a conduta só assume relevância penal quando ocorra tal situação de especial perigo<sup>107</sup>».

Entendemos que este bem jurídico da legalidade urbanística é transversal a estes três tipos de crime, sendo, em todos eles, um dos focos da criminalização. Veja-se que a tónica é sempre colocada na legislação e regulamentação urbanística, mudando, porém, os sujeitos: de meros proprietários, a donos de obra, empreiteiros e diretores técnicos, abrangidos pelo artigo 278.º-A do Código Penal, a funcionários da aceção do artigo 386.º do mesmo código, e titulares de cargos políticos, nos termos do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, sendo que, nestes dois últimos artigos, se adiciona a proteção de outro bem jurídico, mas sempre em conexão com a legalidade urbanística.

Resultando claro que, no artigo 278.º-A, o bem jurídico é a legalidade urbanística, quanto aos outros artigos já não é tão certo. Assim, quanto ao artigo 382.º-A e artigo 18.º-A da Lei n.º 35/87, alia-se uma salvaguarda da imparcialidade, eficácia e serviço do interesse geral da comunidade<sup>108</sup>, assim como a “integridade no exercício das funções públicas<sup>109</sup>”, o que, de resto, é inegável tendo em conta o contexto histórico desta Reforma “Anti-Corrupção<sup>110</sup>”.

É, realmente, uma conjugação de bem jurídicos, onde a transparência da Administração Pública, onde se incluem os funcionários e os titulares de cargos políticos, está a par com o “respeito da legislação e regulamentação relativa ao urbanismo, o que significa que a sua atuação é orientada pelo cumprimento dessas normas, as quais visam alcançar uma utilização racional do solo<sup>111</sup>”. Quer isto significar que nestes dois tipos de crime visa-se proteger, simultaneamente, dois bens jurídicos: a legalidade urbanística e a integridade e transparência da atividade administrativa.

---

<sup>107</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, *ibid.*, p. 125.

<sup>108</sup> CANUT, Josep Miquel Prats, “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 111.

<sup>109</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 73.

<sup>110</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 65.

<sup>111</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 174.

## 5.2. Agentes. Perspetiva crítica

Quanto aos agentes destes tipos de crimes, estes são distintos em todos eles. Começando pelo artigo 278.º-A do Código Penal, o agente ativo poderá ser, à partida, qualquer pessoa. Porém, apenas alguns intervenientes estarão em condições de proceder à “obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel”, pelo que, um mero trabalhador, por exemplo, nunca poderá ser considerado autor do ilícito. Desta feita, pode este tipo de crime abranger tanto o proprietário do terreno onde é realizada a operação urbanística, o dono da obra, o empreiteiro, diretor técnico, técnico subscritor do projeto, engenheiro, arquiteto, que serão, *a priori*, aqueles agentes que estarão na posição de afetar o bem jurídico garantido<sup>112</sup>, isto é, sujeitos com capacidade para, “em função da infraestrutura, capacidade e poder económico para lesar o bem jurídico protegido<sup>113</sup>”. De resto, difere a letra desta norma da que se contempla no artigo 319.1 do Código Penal espanhol<sup>114</sup>, enumerando as qualidades dos sujeitos, como por exemplo, o “promotor”, o “construtor” e “técnicos diretores<sup>115</sup>”. Não somos da opinião que a lei portuguesa devesse ter contemplado uma redação semelhante porquanto, como de resto constata a Doutrina espanhola, não deixam, por este facto, de existir decisões contraditórias, resultado da inevitável e desejável autonomia do juiz<sup>116</sup>.

Note-se que além desta responsabilidade de pessoas singulares, poderá existir, não raras vezes, também uma responsabilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas, como refere o n.º3 do artigo 278.º-A. Para o apuramento desta responsabilidade ter-se-á de conjugar aquela norma com os artigos 11.º e 12.º do Código Penal, consoante o caso<sup>117</sup>.

No que concerne ao artigo 382.º-A do Código Penal, o agente ou sujeito ativo será o “funcionário”, na aceção do artigo 386.º do Código Penal. Note-se que o artigo 386.º tem uma descrição bastante clara do conceito de funcionário que o artigo 24.º do Código Penal

---

<sup>112</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 177.

<sup>113</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 13.

<sup>114</sup> Que visa expressamente “promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada (...)”.

<sup>115</sup> Para mais desenvolvimentos acerca destes sujeitos ativos, cfr. LOPEZ, Pedro Rodriguez, *ibid.*, p. 99 e segs.

<sup>116</sup> BERENGUER, Enrique Orts, “El delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 84 e segs.

<sup>117</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 177 e segs.

espanhol, com a mesma função delimitadora, parece não ter conseguido<sup>118</sup>. Naquele normativo, o legislador português optou por um conceito amplo de funcionário<sup>119</sup>.

Além de o agente ter de se subsumir neste artigo, isto é, deverá ser um funcionário nos termos de uma daquelas alíneas, terá ainda de ter poderes, conferidos no âmbito da sua atividade funcional, para informar ou decidir em procedimentos de licenciamento ou autorização, ou seja, apenas será sujeito do crime se tiver legitimidade legalmente conferida para tal.

Não obstante esta análise objetiva daquele artigo, não podemos deixar de assinalar as nossas reservas quanto à responsabilização dos funcionários meramente administrativos<sup>120</sup>, gestores técnicos, diretores de departamentos, chefes de divisão, principalmente no que diz respeito às decisões de procedimento de licenciamento e autorização.

Neste contexto, é preciso atentar ao facto de que estas decisões tomadas a nível autárquico pressupõem uma relação hierárquica que deveria ter sido considerada pelo legislador. Deste modo, regra geral, o processo decisório inicia-se com um primeiro interveniente, em regra um funcionário meramente administrativo, que recebe o requerimento e verifica a conformidade formal, informando, posteriormente, dos trâmites procedimentais. Por conseguinte, haverá sempre um gestor técnico, que verificará a conformidade da pretensão com as leis e normas em vigor, e que é nomeado pelo administrador do procedimento, que será competente para a decisão final. Aquele requer pareceres necessários às entidades externas ao Município e pratica todos os atos até à fase final, onde emite uma “proposta de decisão”, entenda-se, um parecer fundamentado.

Face a esta, haverá um dirigente de serviço que irá “deferir” ou “indeferir”, o qual, por sua vez, seguirá ainda, em princípio, para a Câmara Municipal, ou outro órgão, caso haja delegação ou subdelegação, onde será tomada a decisão final<sup>121</sup>: “O dirigente do serviço, em regra Chefe da Divisão de Gestão Urbanística, limita a sua intervenção à apreciação da Proposta de Decisão e, se estiver de acordo com a proposta de decisão, apõe a fórmula: «concordo»”. A fase procedimental seguinte é a remessa do processo, para a

---

<sup>118</sup> RODRIGUEZ, Miguel Narváez, “Análisis del art. 320: la responsabilidad penal de la administración urbanística” in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 229.

<sup>119</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 15.

<sup>120</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 36.

<sup>121</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 37.

decisão final, ao titular do órgão competente com poder para decidir – a Câmara Municipal – ou o Presidente da Câmara ou o Vereador com o pelouro das obras particulares, se se tratar de competências que esteja delegada ou subdelegada<sup>122</sup>”.

Pelo exposto, embora não tenha sido esse o entendimento do legislador, somos da opinião que, a haver criminalização, apenas o sujeito competente para a decisão final deveria ser visado pela mesma, porquanto os restantes nunca terão uma intervenção verdadeiramente decisiva e atentatória do bem jurídico<sup>123-124</sup>, isto é, uma “decisão de fundo no processo de licenciamento ou de autorização<sup>125</sup>”. Acontece, pois, que quem toma essa decisão final, enquanto titular de cargo político<sup>126</sup>, não se encontra abrangido pelo artigo 386.º do Código Penal, mas antes pelo artigo 3.º da Lei n.º 34/87. Apenas aqueles agentes, titulares de cargos políticos, poderão ter uma conduta penalmente relevante, ofensora do bem jurídico visado.

O entendimento do legislador, como se realçou, não teve em conta o contexto e os pressupostos que antecedem as tomadas de decisão no espectro da Administração local, concedendo a atos de determinados funcionários dignidade penal, decisão essa que, em nossa opinião, carece de fundamento jurídico-penal e jurídico-administrativo.

O legislador pretendeu, com este artigo 382.º-A do Código Penal, abranger os agentes não políticos, v. g., gestores técnicos, diretores de departamentos, chefes de divisão, o que significa uma descuidada opção e uma afronta ao princípio da intervenção mínima do direito penal, porquanto, na prática administrativa, estes nunca afetarão violentamente a legalidade urbanística, sendo que a sua decisão sempre passará pela referida cadeia hierárquica. Esta a opção do legislador, com a qual discordamos, consistiu numa tentativa de reprimir uma certa promiscuidade, já por nós referida, entre a esfera municipal e a atividade da construção civil, abrangendo, assim, com este artigo, todos aqueles intervenientes que não sejam abrangidos pelo artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87.

Resulta, deste modo, que poderão os funcionários, embora discordemos desta opção, ser punidos pelas informações prestadas e pelas decisões tomadas, não obstante ser

---

<sup>122</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 37.

<sup>123</sup> Veja-se, no entanto, que, estando em causa decisões estritamente técnicas, na generalidade dos casos o decisor, dado o facto de não ser técnico, limita-se a seguir a proposta, sendo que, não o fazendo, terá de fundamentar.

<sup>124</sup> Porém, como se demonstrará, não cremos ter sido esta a visão do legislador.

<sup>125</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 183.

<sup>126</sup> Cfr. 4.2. Os titulares do poder decisório.



claro que, no máximo, apenas os titulares de cargos políticos poderão emitir uma decisão com relevância penal.

Por sua vez, quanto ao sujeito do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, este será “membro de órgão representativo de autarquia local”, sempre investido, como se viu, de competência própria ou delegada. Novamente aqui, cremos que em causa deverá estar o titular de um órgão efetivamente competente para o ato em causa. Deste modo, sempre se diferenciará, por exemplo, o Vereador de um pelouro que não o de urbanismo, que decide de um procedimento para o qual é incompetente, o qual, neste caso, não será agente criminoso para efeitos deste artigo<sup>127</sup>, mas já o poderá ser, o mesmo Vereador, caso vote favoravelmente a deliberação de plenário da Câmara Municipal<sup>128</sup> quando se decida em termos subsumíveis a esta incriminação<sup>129</sup>, à semelhança do que estipula o artigo 320.2 do Código Penal espanhol.

Importa deixar bem claro que não há qualquer equiparação do titular de cargo político à categoria de funcionário, para efeitos do artigo 386.º do Código Penal. Os agentes do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87 são apenas os titulares de cargos políticos, nos termos já enunciados da alínea i) do n.º1 do artigo 3.º daquele diploma, e os agentes contemplados no artigo 386.º do Código Penal, e, logo os abrangidos pelo artigo 382.º-A, são apenas os funcionários em cargos não políticos. O legislador espanhol evitou este constrangimento, ao indicar no artigo 320 do Código Penal, como sujeitos, “autoridade o funcionário público”, ambos contemplados no artigo 24 do mesmo diploma, englobando assim qualquer sujeito “que possua a qualidade de funcionário público<sup>130</sup>”.

Reflita-se, ainda, quanto à questão da “colaboração” ou “autoria paralela” entre os sujeitos dos diversos tipos de crime, mais concretamente, casos em que o funcionário ou o titular de cargo político atua solicitado por um particular ou agente “comum”. Neste contexto, corroboramos o entendimento de DAMIÃO DA CUNHA, no sentido de que “o legislador, pela forma como redige os tipos legais de crime, pretendeu exatamente garantir uma espécie de «autoria paralela» (*rectius*: responsabilização penal «paralela»), de modo que, singularmente ou mesmo em cooperação, cada agente só possa ser responsabilizado

---

<sup>127</sup> O que, porém, não exclui a sua eventual responsabilidade pelo crime de usurpação de poderes e, a nível administrativo, a nulidade do ato em questão. Cfr. NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 38.

<sup>128</sup> Refletindo acerca de questão idêntica, mas no que concerne ao direito espanhol, cfr. PALLÁS, Miguel Escanilla, *ibid.*, p. 225 e segs.

<sup>129</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 39.

<sup>130</sup> Tradução livre do autor. Original: “[...] que ostente la cualidad jurídica de servidor público[...]”. Cfr. LOPEZ, Pedro Rodriguez, *ibid.*, p. 149.

pelo crime da sua «classe»”. Por essa precisa razão, cremos, tal como aquele Autor, que o legislador não terá tido em conta o regime do artigo 28.º do Código Penal<sup>131</sup>. Contemplou, assim, uma solução que, embora se reputa de “segura de um ponto de vista de interpretação global”, se revela “manifestamente insatisfatória”. De resto, veja-se que “se no caso de crime de «simples» violação das regras urbanísticas pelo funcionário, este atuar a pedido do próprio interessado e uma vez que não há o correspondente crime de execução material, só há punição do funcionário<sup>132</sup>”.

### 5.3. Ação típica. Perspetiva crítica.

Neste subcapítulo propomo-nos a abordar as fronteiras dos comportamentos tipificados. Urge proceder a esta reflexão numa perspetiva crítica à luz dos critérios da dignidade penal, que consideramos uma questão central neste tema e que será também posteriormente tratado de modo autónomo. Importa, assim, nesta fase, compreender o tipo objetivo em causa quando falamos dos artigos 278.º-A e 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87. Impõe-se, pois, delinear os moldes da ação típica e a partir de que momento se consideram consumados estes ilícitos-típicos, isto é, quando se constitui o estado “antijurídico<sup>133</sup>” ou “a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito, e eventualmente também o tipo de culpa, que perfeccionam a figura de delito<sup>134</sup>”.

Assim, quanto ao artigo 278.º-A, a ação típica será o início da “construção, reconstrução ou ampliação”. A opção pela palavra “proceder” terá tido uma intenção de abranger qualquer interveniente da operação, entre aqueles já referidos<sup>135</sup>, atendendo ao

---

<sup>131</sup> “1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os participantes a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora.

2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervesse.”

<sup>132</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, *ibid.*, p. 116.

<sup>133</sup> Expressão de FIGUEIREDO DIAS, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 314.

<sup>134</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 286.

<sup>135</sup> 5.2. Agentes. Perspetiva crítica.

facto de que todos eles deverão conhecer o enquadramento normativo da operação em causa<sup>136</sup>.

Muitas vezes, a dificuldade estará em apurar a delimitação dos atos preparatórios, da tentativa e da consumação do crime. Assim, temos algumas reservas que “as escavações prévias ou alicerces, terraplanagens do solo, betonagem, instalação de coisa móvel fixa, ou alteração de fachadas em edifícios classificados de interesse público<sup>137</sup>” constituam consumação deste crime.

Sendo este um “crime duradouro”, no qual a consumação se prolonga no tempo, “a consumação, anote-se, ocorre logo que se cria o estado antijurídico<sup>138</sup>”. cremos que, assim, o “estado antijurídico” só se gerará quando a operação urbanística adquirir um estado de progressão intolerável de verdadeira colisão com a legalidade urbanística, entendida como o leque normativo essencial que garante a integridade do ordenamento do território<sup>139</sup>. Importa, nestes casos, proceder a uma análise casuística, retirando-se, daí, um juízo de dignidade penal da operação urbanística em causa. Fatores como, por exemplo, o estado de progressão da operação e reversibilidade dos seus efeitos, a sua dimensão económica e impacto urbanístico, e ainda o tipo de normas violadas, deverão, em nosso entender, orientar a interpretação e aplicação deste normativo. Não cremos que este critério fique prejudicado com a definição de “obras de construção”<sup>140</sup> contemplada no RJUE, ao contrário do que acontece no direito espanhol, que não concretiza o conceito. De resto, até porque as noções contempladas naquele diploma constituem uma mera referência, um critério orientador, devendo concretizar-se uma noção penal autónoma<sup>141</sup>. Assim, concordamos que “A autonomia de uma noção penal de tais conceitos, revelar-se-á na circunstância de os mesmos assumirem gravidade bastante para pôr em causa (lesar ou colocar em perigo) o bem jurídico protegido na incriminação<sup>142</sup>”.

Está aqui em causa, na nossa ótica, um processo construtivo de acrescentamento de elementos físicos, que terá de comportar uma dimensão verdadeiramente atentatória do

---

<sup>136</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 177 e 178.

<sup>137</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 41.

<sup>138</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 314.

<sup>139</sup> Concordamos, assim, com as palavras de ENRIQUE ORTS BERENGUER que, no contexto do direito espanhol, entende que a construção deverá ter bastante dimensão para que se possa considerar violado o bem jurídico, sendo que, caso assim não se entenda, configurará simplesmente uma infração administrativa, cfr. BERENGUER, Enrique Orts, *ibid.*, p. 87.

<sup>140</sup> Alínea b) do artigo 2.º do RJUE.

<sup>141</sup> Neste sentido, DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 178.

<sup>142</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 178.

bem jurídico. Trata-se, aqui, de “proceder a «obra» (seja de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel), não é mais do que proceder a qualquer trabalho «artificial» (fruto da intervenção humana) que envolva processo construtivo («modificando a natureza de um terreno, acrescentando-lhe elementos físicos» com uma certa permanência), não exigindo, por isso, que esteja concluída a construção, reconstrução ou ampliação<sup>143</sup>”.

Veja-se que a expressão “criação de novas edificações” deve ser interpretada precisamente à luz destas valorações, que serão decisivas, muitas vezes, para aferir da dignidade penal da operação urbanística.

Esta ação típica de construção, reconstrução ou ampliação encontra-se irremediavelmente dependente da definição de “via pública”, “terreno de Reserva Ecológica Nacional”, de terreno de “Reserva Agrícola Nacional”, assim como “bem de domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal”, a qual consta de legislação e regulamentação extrapenal<sup>144</sup>.

Neste tipo de ilícito, como atos preparatórios, enquanto atos tendentes à “preparação da execução de um tipo de ilícito”, consideramos, por exemplo, a obtenção do licenciamento que não é punível, porquanto o Código Penal não o prevê<sup>145</sup>.

Quanto à tentativa, resulta que esta não é punível, atendendo ao facto de que não existe uma “consagração legal do ilícito próprio da tentativa”. Bem andou o legislador ao não prever a punição da tentativa, sendo que, se dúvidas existem quanto à consagração do tipo de crime consumado, certeza já haveria de que a punição da tentativa seria flagrantemente abusiva, à luz do critério das “considerações político-criminais relacionadas sobretudo com a gravidade da infração e com os limites que a figura a si mesma assinala<sup>146</sup>”.

No que respeita ao artigo 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, os contornos da ação típica são bastante diferentes dos do anterior normativo. Existe nestes ilícitos a punição de informação e decisão favorável nos licenciamentos e autorizações<sup>147</sup> e prestação de informação falsa sobre leis ou regulamentos aplicáveis em

---

<sup>143</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 178 e 179.

<sup>144</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 179.

<sup>145</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 683.

<sup>146</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 685.

<sup>147</sup> À semelhança do que acontece do direito espanhol, como descreve M<sup>a</sup> CARMEN GÓMEZ RIVERO, cfr. RIVERO, Maria Cármen Gómez, “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, 1.ª Edição, Tirant lo Blach, 2000, p. 77.

matéria urbanística<sup>148</sup>. Também relativamente à ação típica impõe-se que demonstremos a nossa discordância.

Veja-se que, nesta estatuição, o legislador, ao contemplar a expressão “informação falsa” terá pretendido incluir aqui um “parecer falso quanto à lei ou regulamento aplicável, alegando a conformidade com a legalidade, mesmo que a lei aplicável esteja em desconformidade com a declaração”, os quais poderão depois configurar uma “proposta de decisão”. Incluir-se-ão também os pareceres emitidos por entidades externas, legalmente exigidos e de natureza vinculativa decorrente da lei<sup>149</sup>.

Compreenda-se, porém, que os pareceres, dada a sua natureza, não são suscetíveis de ferir o bem jurídico salvaguardado, nem mesmo, sublinhe-se, um parecer vinculativo. Importa realçar que “Em matéria urbanística, na maior parte das vezes, os pareceres mesmo quando qualificados como vinculativos apenas o são quando emitidos num determinado sentido – em sentido negativo, em regra.” Deste modo, quando seja emitido um parecer vinculativo negativo, a decisão deverá ser o indeferimento. Por outro lado, “sendo favorável o parecer, a câmara municipal pode deferir o pedido de licenciamento ou de comunicação prévia como pode, por motivos cuja apreciação lhe caiba efetuar, indeferir-lo<sup>150</sup>”. É esta a hipótese que mais aqui releva, ou seja, o caso de emissão de parecer vinculativo positivo em violação consciente das normas urbanísticas. Assim, cremos que os mecanismos de direito administrativo são suficientes para controlar a eventual ilegalidade dos pareceres, que sempre poderão ser rejeitados pelo agente decisor, sendo ele a quem cabe o último juízo crítico.

Dispõe o artigo 382.º-A do Código Penal que o ilícito será cometido por “funcionário” que, de resto, como se concluiu, terá de o ser à luz do artigo 386.º do mesmo diploma. Atendendo ao facto de que os titulares de cargos políticos não se encontram abrangidos por aquele normativo<sup>151</sup>, os visados serão os funcionários como gestores técnicos, dirigentes de serviços municipais, entre outros. Ora, como claramente se depreende, nunca poderão estes verdadeiramente decidir um processo de licenciamento, e

---

<sup>148</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 182.

<sup>149</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 42.

<sup>150</sup> Parecer CA00422010 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 28-06-2012, [www.dgsi.pt/pgrp.nsf/f1cdeb56ced3fdd9f802568c0004061b6/a67427e6d3aa1720802579ba0044338e?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/f1cdeb56ced3fdd9f802568c0004061b6/a67427e6d3aa1720802579ba0044338e?OpenDocument) (consultado a 19-12-2015).

<sup>151</sup> Como parece ser a opinião de DAMIÃO DA CUNHA, cfr. NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 40.

quanto à autorização, apenas o farão num caso de subdelegação<sup>152</sup>, onde serão competentes os dirigentes dos serviços municipais.

Deste modo, parece que, como já referimos, o legislador visou sancionar as decisões destes funcionários: sejam elas “propostas de decisão” emitidas pelo gestor técnico ou decisões de deferimento ou indeferimento do chefe de divisão.

Esta conduta típica, pelo exposto, será mais político-criminalmente compreensível nos termos do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, visto que, diferindo apenas no sujeito e na moldura penal face ao artigo 382.º-A, visa os agentes que são verdadeiramente competentes para a prática do ato administrativo decisório, no âmbito do processo de licenciamento e autorização, que é efetivamente lesivo do bem jurídico-penal protegido, e que constitui a ação típica. É este ato que, licenciando ou autorizando determinada operação urbanística estará apto a violar o bem jurídico visado. Atente-se ao facto de a Lei n.º 34/87 prever a punibilidade da tentativa, o que, porém, já não acontece quanto aos atos preparatórios.

Note-se que terá de se apurar com exatidão o objeto do licenciamento ou da autorização, visto que quando incidam nos locais enunciados na norma, estaremos perante a forma qualificada do tipo, passando, nesse caso a ser uma conduta mais grave<sup>153</sup>.

Sublinhe-se ainda que a ação do funcionário ou titular de cargo político terá sempre de ser desconforme com as normas urbanísticas aplicáveis, sendo que, desse modo, estarão a violar deveres inerentes ao cargo, configurando uma situação de “desvio de poder”<sup>154</sup>.

Não obstante se ter analisado o cometimento destes ilícitos-típicos por ação, sempre estaria incompleta esta análise sem uma abordagem, ainda que breve, à comissão por omissão. Deste modo, quando, por exemplo, um funcionário, tendo conhecimento do decurso de uma atividade ilícita v.g. não autorizada, não atua no sentido de lhe pôr termo, ou seja, omite qualquer intervenção, poder-se-á estar perante a comissão por omissão, com origem na “posição de garante”<sup>155-156</sup>, ou até poderá ser uma situação em que o agente

---

<sup>152</sup> Ao abrigo do n.º3 do artigo 5.º do RJUE.

<sup>153</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 182.

<sup>154</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 183.

<sup>155</sup> No caso do direito espanhol, referindo-se a “condutas omissivas levadas a cabo por funcionário público com competências para a inspeção e fiscalização da atividade urbanística”, dizem M<sup>a</sup> JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA/CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE: “[...] um sector autorizado da doutrina tem manifestado a necessidade de que tenham reflexo penal as condutas daqueles funcionários que, tendo a função de zelar pelo cumprimento das licenças urbanísticas e pelo respeito das normas

esteja obrigado a evitar um determinado resultado ilícito v.g. revogando uma autorização, onde a comissão deriva do “dever de ingerência” ou “dever de obstar à verificação do resultado por força de uma ação anterior perigosa<sup>157</sup> -<sup>158</sup>”.

## 6. Questões específicas da técnica legislativa

Com o desenvolvimento do direito do urbanismo e com as diferentes concepções que se vão desenvolvendo no seu cerne, justificadas por uma crescente preocupação ambiental e de bem-estar e qualidade de vida das populações enquanto valores imprescindíveis das sociedades modernas democráticas e pluralistas, o legislador sentiu necessidade de intervir, por via do direito penal, criando as normas aqui estudadas, de

---

urbanísticas vigentes, silenciem incumplimientos ou actividades de inobservância daquelas”. Tradução livre do autor. Original, respetivamente: “las conductas omisivas llevadas a cabo por funcionarios públicos con competencias para la inspección y fiscalización de la actividad urbanística” e “[...] un sector autorizado de la doctrina ha manifestado la necesidad de que tengan reflejo penal las conductas de aquellos funcionarios públicos que, teniendo el cometido de velar por el correcto cumplimiento de las licencias urbanísticas o el respeto a la normativa urbanística vigente, silencien incumplimientos o actividades de inobservancia de las mismas”. Cfr. PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, *ibid.*, p. 1754.

<sup>156</sup> Veja-se, quanto aos crimes impróprios de omissão, FIGUEIREDO DIAS: “Já se tornou claro que nos crimes impróprios de omissão [...] a imputação objetiva do resultado só pode ser feita àquele sobre o qual recai “um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado” (art. 10.º-2) e, assim, se encontre por força de um tal dever constituído na posição de garante da não verificação do resultado típico”. Cfr., DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 933.

<sup>157</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, *ibid.*, p. 125.

<sup>158</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 945.

forma mais robusta na proteção do que concebemos como “legalidade urbanística” como forma de garantir a integridade do urbanismo e ordenamento do território<sup>159</sup>.

Na feitura destas leis penais, o legislador remeteu para as “normas urbanísticas aplicáveis<sup>160</sup>” e “leis ou regulamentos aplicáveis<sup>161</sup>”, isto é, socorreu-se de normas de direito administrativo, configurando-se uma situação de “acessoriedade administrativa” ou, como denomina a Doutrina espanhola, gerando uma “questão administrativa prejudicial<sup>162</sup>”. A estas normas, que procedem a uma remissão para legislação extrapenal, a Doutrina denomina de “normas penais em branco”, nas quais existe uma relação de dependência do ordenamento jurídico-penal em relação ao ordenamento jurídico-administrativo porquanto, para punir um determinado facto, importando, por exemplo, aferir a ilicitude do mesmo, é necessário avaliar as condutas à luz do direito do urbanismo: que condutas são permitidas e que condutas deverão ter tutela penal<sup>163</sup>.

Importa, sobre esta realidade, proceder a uma breve reflexão: em que medida estão as “normas penais em branco” em conformidade com o ordenamento jurídico-penal e jurídico-constitucional atual? Que implicações tem o fenómeno da “acessoriedade administrativa”?

### 6.1. As “normas penais em branco”

Muito se questiona a conformidade das “normas penais em branco” com o princípio da legalidade do direito penal<sup>164</sup>, porém, não é possível conceder uma resposta genérica a essa questão: as “normas penais em branco” são conformes ao princípio da

---

<sup>159</sup> Neste sentido, DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 162 e segs.

<sup>160</sup> Expressão que consta do texto do n.º1 do artigo 278.º-A do Código Penal.

<sup>161</sup> Expressão comum aos artigos 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º da Lei n.º 34/87.

<sup>162</sup> Tradução livre do autor. Original: “Cuestión administrativa prejudicial”. Cfr., entre outros, RAMÓN, Fernando López, *ibid.*, p. 60.

<sup>163</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 164.

<sup>164</sup> PLANAS, Gabriel Garcias, *op. cit.*, p. 88 e segs.



legalidade consoante observem o cumprimento de dois requisitos<sup>165</sup>: a norma sancionadora deverá constar de Lei ou Decreto-Lei autorizado e a norma complementar deverá ter, em relação à referida norma sancionadora, um carácter meramente concretizador e não inovador.

Acrescente-se que, em nosso entender, deve-se ainda exigir que, nestes casos, o texto da norma penal deverá caracterizar-se pela maior precisão possível<sup>166</sup>. De resto, para que não haja um “ferimento” do princípio da legalidade e se prossiga a finalidade protetora do direito penal, exige-se do legislador a salvaguarda da máxima segurança jurídica naquele tipo de normas penais. Significa isto que a “norma penal em branco” será constitucional desde que concretize claramente a conduta delitativa e salvide a função garantística do direito penal, o que será conseguido se “o reenvio normativo seja expresso e justificado pelo bem jurídico protegido na norma penal, que a lei contemple a pena aplicável e contenha o núcleo essencial da proibição e seja satisfeita a exigência de certeza<sup>167</sup>”.

Sem prejuízo das considerações que tecemos acerca da discordância desta opção criminalizadora, cremos que, por si só, e enquanto “normas penais em branco”, os tipos ora estudados são conformes ao que se expôs e, portanto, não ferem qualquer exigência garantística constitucional nem jurídico-penal.

## 6.2. A “acessoriedade administrativa”

Tanto no caso do artigo 278.º-A do Código Penal, em que é aposta a expressão “desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis”, como no artigo 382.º-A do mesmo diploma e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, onde consta

---

<sup>165</sup> Constantes de uma exposição sucinta e clara do Tribunal da Relação de Lisboa, num Acórdão de 29.11.2011:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d741b09aedc568f08025796d00417691?OpenDocument> (consultado a 23.12.2015).

<sup>166</sup> PLANAS, Gabriel Garcias, *ibid.*, p. 88.

<sup>167</sup> Tradução livre do autor. Original: “[...] el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley señale la pena y contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza”. Cfr., PLANAS, Gabriel Garcias, *ibid.*, p. 89-90.

“desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas”, configura-se uma situação clara de “acessoriedade administrativa”.

A questão que se deve colocar é se os juízes penais poderão julgar delitos urbanísticos sem, ao mesmo tempo, ou de forma prévia, apreciar a questão jurídico-administrativa<sup>168</sup>. Cremos que não. Ademais, consideramos imprescindível uma apreciação anterior da questão jurídico-administrativa.

Impor-se-á a apreciação, por vezes, da conduta que alegadamente será desconforme v.g., no caso do artigo 278.º-A, a construção em “terreno especialmente protegido por disposição legal”, carece de aferir se é, efetivamente, um “terreno especialmente protegido por disposição legal” e se tal operação é desconforme ou não, onde será certamente necessário, não raras vezes, apreciar a legalidade de determinado ato administrativo de licenciamento ou de autorização. Por sua vez, à luz do artigo 382.º-A do Código Penal ou do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, no qual poderá estar em causa uma decisão que constitua ato administrativo para efeitos de aplicação do tipo penal, onde será determinante aferir da sua conformidade com a regulamentação urbanística<sup>169</sup>.

Neste sentido, cremos ser fulcral o disposto no n.º2 do artigo 7.º do Código de Processo Penal<sup>170</sup>: deve a questão “acessória” de direito administrativo ser resolvida e só depois de esclarecida o juiz penal poderá pronunciar-se efetivamente sobre a questão penal<sup>171</sup>. Dir-se-á, então, que “o controlo judicial de tais atos pode considerar-se para a jurisdição penal como uma questão prejudicial, determinante da culpabilidade ou da inocência, que deve levar à suspensão do procedimento até à apreciação da questão pela jurisdição administrativa<sup>172</sup>”.

Atente-se, a este propósito, que se deverão verificar quatro pressupostos essenciais quando em causa está a “devolução de questões prejudiciais para processo não

---

<sup>168</sup> PLANAS, Gabriel Garcias, *ibid.*, p. 104.

<sup>169</sup> Fazendo uma exposição irrepreensível desta problemática, e cujas palavras iremos seguir, uma vez mais, neste subcapítulo, cfr. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 166 e segs.

<sup>170</sup> “2 - Quando, para se conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal, pode o tribunal suspender o processo para que se decida esta questão no tribunal competente.”

<sup>171</sup> No mesmo sentido, em relação ao direito espanhol e invocando o artigo 4.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, cfr. PLANAS, Gabriel Garcias, *ibid.*, p. 106.

<sup>172</sup> Tradução livre do autor. Original: “El control judicial de tales actos puede considerarse para la Jurisdicción penal como una cuestión prejudicial, determinante de la culpabilidad o de la inocencia, que debe producir la suspensión del procedimiento hasta la resolución por la Jurisdicción contencioso-administrativa”, cfr. RAMÓN, Fernando López, *ibid.*, p. 60 e 61.

penal”<sup>173</sup>: a “necessidade”, que se reporta “aos elementos do tipo legal de crime e pressupõe a indispensabilidade de conhecimento da questão dita prejudicial em termos tais que a questão penal não poderá sequer ser decidida sem a prévia decisão da questão prejudicial”; a “conveniência”, devendo “resultar de razões de natureza subjetiva ou processual, como seja a decisão por um tribunal de competência específica ou a utilização de uma determinada tramitação ou forma processual dificilmente compatível com a prevista para o processo penal”; a “autonomia” que deverá verificar-se “relativamente à questão prejudicada traduz-se em a questão prejudicial poder ser tratada como questão juridicamente autónoma, suscetível de constituir objeto de um processo específico”; e ainda a “anterioridade”, no que toca “à questão prejudicada significa que a questão prejudicial deve ser pré-existente relativamente ao evento hipoteticamente consubstanciador da responsabilidade criminal (pré-existente do ponto de vista fáctico; a natureza prévia do ponto de vista jurídico, aquilo a que a doutrina chama a antecedência lógico-jurídica, está abrangida na necessidade do conhecimento da questão prévia)”.

Não se procedendo a esta avaliação, sempre seria possível uma condenação, em sede de processo penal, v.g. por ter licenciado uma determinada operação urbanística em violação das “normas urbanísticas”, ao mesmo tempo que se concluía, na jurisdição administrativa, que tal ato não contrariava qualquer disposição de direito urbanístico<sup>174</sup>. Trata-se de uma preocupação legítima e realista, porquanto, atendendo ao facto de estarmos perante questões que invocam regimes substantivos diferentes e tão especializados, como é o caso do direito do urbanismo, assinalamos a preocupação do “geral desconhecimento por parte do juiz penal a respeito de temas ou questões de natureza urbanística<sup>175</sup>”. Veja-se que este “desconhecimento” resulta precisamente da especificidade das questões que se suscitam no âmbito do direito do urbanismo e que quem com elas não lida habitualmente, terá dificuldade em perceber de forma clara<sup>176</sup>, ao ponto de proferir um juízo competente e coerente com as exigências por que se deve pautar uma decisão em processo penal, porquanto lida com bens jurídicos supremos, v.g., a liberdade dos arguidos.

---

<sup>173</sup> Explicitados, de forma clara, pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.05.2012: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/abb7e9d1cd9270cd80257a24003993e4?OpenDocument> (consultado a 24.12.2015).

<sup>174</sup> PALLÁS, Miguel Escanilla, *ibid.*, p. 227.

<sup>175</sup> Tradução livre do autor. Original: “[...] el general desconocimiento por parte del juez penal respecto de temas o cuestiones de naturaleza urbanística”. Cfr. PACHO, Jesús María Barrientos, “El delito urbanístico en los tribunales de justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 74 e segs.

<sup>176</sup> PACHO, Jesús María Barrientos, *op. cit.*, p. 74.

Creemos, deste modo, que a referida “devolução das questões prejudiciais” deverá sempre ser observada, uma vez cumpridos os critérios acima expostos, de “necessidade”, “conveniência”, “autonomia” e “anterioridade”. Esta “discrecionabilidade juridicamente vinculada<sup>177</sup>” não prejudica, em nosso entender, o princípio da suficiência do processo penal. Trata-se, antes, de encarar as contingências com as quais um juiz penal se depara nestes casos, e que o impossibilitam de decidir devidamente. Rejeitamos a possibilidade, perante os ilícitos-típicos em questão, que a regra geral deva ser, à semelhança do que acontece no direito espanhol, por força do atual artigo 3.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, a resolução, pelo juiz penal, da questão prejudicial, não obstante o artigo 4.º da mesma lei, admitir a “devolução” em certos casos.

Do nosso ponto de vista, e à luz do teor dos artigos 278.º-A e 382.º-A do Código Penal e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, a regra geral deverá ser a “devolução” da questão jurídico-administrativa para a jurisdição condicente. De resto, porquanto, como dissemos, o processo penal abrange questões de extrema sensibilidade, que não se coadunam com decisões que muitas vezes podem ser imprecisas. Tudo isto porque, em nosso entender, a estabelecer-se como regra geral o funcionamento do princípio da suficiência do processo penal neste caso específico, estar-se-ia a fazê-lo com base num pressuposto errado. De facto, “Esta facultade parte do pressuposto de que o juiz penal conhece todos os âmbitos do direito, o que supõe um ponto de partida erróneo ou, quando muito, baseado numa legalidade penal menos penetrante que a atual, nos diversos âmbitos da atividade humana. É impossível que o juiz penal conheça todas as áreas do direito com ligação ou que transcendem o próprio direito penal<sup>178</sup>”.

Impõe-se ainda quanto a esta questão da “acessoriedade administrativa” proceder a pontuais reflexões de considerável relevo prático. Assim, importa, desde logo, *a priori*, sublinhar que a remissão feita por estas “normas penais em branco” abrange as mais diversas categorias: refere-se a leis e normas de valor *infra-legal*, v.g., regulamentação constante de instrumentos de gestão territorial<sup>179</sup>, que deverão encontrar-se em vigor no

---

<sup>177</sup> Denominação utilizada pelo Tribunal da Relação de Coimbra no Acórdão citado.

<sup>178</sup> Tradução livre do autor. Original: “Esta facultad parte del presupuesto del Juez penal conecedor de todos los ámbitos del derecho, lo que supone un punto de partida erróneo o, cuando menos, dispuesto para una legalidad penal menos penetrante que la actual en los distintos ámbitos de la actividad humana. Es imposible que el Juez Penal alcance todos los ámbitos del derecho con conexiones o transcendencia en el propio derecho penal[...]”, cfr. PACHO, Jesús María Barrientos, *ibid.*, p. 80.

<sup>179</sup> Veja-se, por exemplo, a nível municipal, o plano diretor municipal, os planos de urbanização e os planos de pormenor, no n.º5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de Maio.

momento em que é praticado o facto típico. Posto isto, importa, à luz dos “princípios da hierarquia, da legalidade e da igualdade”, avaliar a própria validade de uma regulamentação que, não raras vezes, poderá ser inválida, por violação de normas de valor hierárquico superior, pelo que a atuação ao abrigo destas normas poderá “cair” na apreciação do juiz penal. Depois de aferir tudo isto, impõe-se, pois, apreciar da conformidade da conduta face a este quadro normativo<sup>180</sup>.

Importa prosseguir a análise de algumas pertinentes questões práticas. Assim, especialmente para efeitos do artigo 278.º-A do Código Penal, perante a inação da Administração, não pode o particular interpretar como uma espécie de “licenciamento tácito” que, na verdade, não existe. No âmbito de um procedimento de licenciamento, onde se aguarda a decisão final, e deparando-se com o “silêncio da administração”, nos termos da alínea a) do artigo 111.º do RJUE, deverá o particular acionar o processo de intimação judicial<sup>181</sup>, constante do artigo 112.º, cuja interpretação se deverá fazer também recorrendo-se ao artigo 113.º, nos casos em que o “silêncio” permanecer. Não pode, pois, o particular julgar que a sua conduta, face à omissão de pronúncia da Administração, se torna, pura e simplesmente, lícita<sup>182</sup>. Atenção deverá ter, também, em relação à caducidade da licença<sup>183</sup>: uma vez verificada a caducidade, “a conduta de proceder a obra ou de a continuar é ilícita e proibida tudo se passa como se não existisse título<sup>184</sup>”. Por outro lado, perante um deferimento tácito, ocorrido nos termos da alínea c) do artigo 111.º, há que verificar a sua validade à luz, nomeadamente do CPA<sup>185</sup>, do RJUE<sup>186</sup> e do RJGT<sup>187</sup>.

Atente-se, ainda, que nos casos de “legalização<sup>188-189</sup>”, que correspondem “à necessidade de estabelecimento de procedimentos que tendam para a definição estável de

---

<sup>180</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 165.

<sup>181</sup> Visto que, não raras vezes, tratar-se-á de “um ato que devesse ser praticado por qualquer órgão municipal no âmbito do procedimento de licenciamento”.

<sup>182</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 166.

<sup>183</sup> Cfr., entre outros, o artigo 71.º do RJUE.

<sup>184</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 167.

<sup>185</sup> Cfr., artigo 161.º, 162.º e 163.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro.

<sup>186</sup> Cfr., por exemplo, o artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

<sup>187</sup> Cfr., por exemplo, os artigos 130.º e 143.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de Maio, que desenvolve as bases da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo e revoga o Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro.

<sup>188</sup> Atente-se, no que concerne ao fenómeno da “legalização”: CALOR, Inês, “Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação”, *CEDOUA*, A. 16, n.º 31 (2013).

<sup>189</sup> Cujo regime se encontra no artigo 102º-A do RJUE, aditado pelo Decreto-Lei n.º 136/2014.

situações marcadas pela ilegalidade<sup>190</sup>”, diga-se que, uma vez que a “ação lesiva” já se realizou, o licenciamento terá, no máximo, um efeito de atenuação a nível das consequências jurídico-penais<sup>191</sup>.

Por conseguinte, a questão da validade e legalidade dos atos administrativos nesta sede é de suprema importância, v.g., ato de licenciamento ou de autorização, e deve ser interpretada à luz do brocardo da unidade do ordenamento jurídico, isto é, um ato administrativo de licenciamento ou de autorização não poderá ser, por exemplo, considerado lícito pelo direito administrativo e ilícito pelo direito penal<sup>192</sup>. Porém, quando um ato administrativo padece de invalidade, as suas implicações serão distintas dependendo se em causa está nulidade ou anulabilidade, como salvaguarda FERNANDO SILVA: “o tratamento será diferenciado para as situações de nulidade ou de simples anulabilidade do ato, uma vez que o tratamento jurídico para estes efeitos do ato administrativo é distinto”. Assim, continua o Autor, explicando que “Se de acordo, com as regras administrativas que regem a legalidade dos atos, a autorização concedida for considerada nula, perderá toda a sua relevância, como se de um ato inexistente se tratasse. O ato nulo não produz quaisquer efeitos independentemente da declaração de nulidade<sup>193</sup>, assim o comportamento que é amparado nele considera-se como se fosse praticado sem lhe ter sido concedida qualquer autorização<sup>194</sup>”, não justificando a conduta prevista no artigo 278.º-A do Código Penal. Deparando-se com um ato administrativo ilícito, portanto, nulo ou anulável, sempre se exige uma apreciação da origem dessa mesma ilicitude, tendente a averiguar se existe alguma relação com o bem jurídico-penal. Quando se constate que o ato coloca em causa aquele bem jurídico, nunca o infrator poderá ser beneficiado. Veja-se, por exemplo, a propósito de atos administrativos anuláveis, que sempre será de salvaguardar casos de exceção, em que não pode o particular ter qualquer benefício, v.g., justificação da sua conduta como, nomeadamente, aqueles “em que é o próprio infrator que induz à concessão da autorização ilícita, por exemplo, prestando falsas informações à Administração, o que configurará, além do mais, abuso de direito que exclui o efeito

---

<sup>190</sup> LOPES, Dulce, “Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística”, p. 20.

<sup>191</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 167.

<sup>192</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 168.

<sup>193</sup> Em sentido contrário, considerando que o ato administrativo nulo tem existência jurídica e produz certos efeitos até à declaração da nulidade, cfr. FOLQUE, André, *ibid.*, p. 175 e segs.

<sup>194</sup> SILVA, Fernando, “O efeito do ato administrativo de autorização na responsabilidade criminal”, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume II, org. Manuel Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 946 a 950, *apud* DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 168

legalizador do ato; casos em que para obter a concessão de autorização o infrator pratica ato ilícito, por exemplo, corrupção ou tráfico de influência, o que pode suceder, diríamos nós, quando o mesmo faz parte da Administração, v.g. trabalhando na mesma autarquia, ainda que exercendo diferentes funções; casos em que o infrator conhece o carácter ilícito do ato de autorização, sabendo que o mesmo está ferido de invalidade ou até, quando supõe, mesmo sem ter a certeza, que o ato autorizado é inválido<sup>195</sup> [...]”.

Por sua vez, “se a ilicitude do ato tem a ver com questões meramente procedimentais (v.g. se não tivesse ocorrido determinado vício formal a autorização era válida, em termos substantivos), desde que não haja violação grosseira, nem abuso de direito, nem qualquer situação excepcional, o sujeito ativo da infração poderá invocar a seu favor (desde o momento que o ato anulável se transforme em «ato inatacável») aquela autorização (para justificar a sua conduta).”

Refira-se, ainda, a questão dos efeitos putativos dos atos administrativos nulos que poderão, dentro de certos limites, justificar a conduta do infrator. Assim, deverá proceder-se a uma ponderação de interesses (o interesse público e o interesse particular), à luz dos “princípios da confiança legítima, da boa-fé, da proporcionalidade e da proibição do excesso<sup>196</sup>”. Atente-se, ademais, a este respeito, uma competente súmula do Supremo Tribunal Administrativo<sup>197</sup>: “Os denominados efeitos putativos atribuídos a situações de facto decorrentes de atos nulos, previstos no n.º 3 do art. 134.º do CPA<sup>198</sup>, para além de deverem decorrer, em princípio, da necessidade de estabilidade das relações jurídico-sociais, dependem, em grande parte, de períodos dilatados de tempo em que tais situações se verificam, não podendo, por razões de coerência do próprio instituto, beneficiar aqueles que direta, ou mesmo dolosamente, deram causa à nulidade do ato à sombra do qual os referidos efeitos são reclamados, devendo a sua admissão estar sempre ligada à ideia de persecução do interesse público”.

Como adianta a Autora, “ainda que o sujeito ativo/cidadão comum possa ver justificada (ou mesmo considerada atípica) a sua conduta por ter atuado a coberto de um ato administrativo aparentemente válido, o mesmo já não sucederá com o sujeito

---

<sup>195</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 168.

<sup>196</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 170.

<sup>197</sup> Acórdão do STA, de 07.11.2006, Proc . N.º 0175/06:

[http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5dbbb588032b359f80257228005cc148?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5dbbb588032b359f80257228005cc148?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1) (consultado a 26.12.2015).

<sup>198</sup> Atual n.º3 do artigo 162.º do CPA.

ativo/funcionário (o qual, sempre poderá incorrer, verificando-se os respectivos pressupostos, v.g. em crime de violação de regras urbanísticas por funcionário ou de abuso de poder)<sup>199</sup>.

## **7. Análise da opção legislativa à luz de um direito penal (ainda) de *ultima ratio***

À semelhança das referências já feitas no subcapítulo relativo ao bem jurídico, retomamos aqui uma análise mais detalhada destes tipos de ilícito na ótica da opção político-criminal inerente, tendo em conta a dignidade penal destas ofensas e o princípio da intervenção mínima do direito penal.

---

<sup>199</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 170.



Importa refletir se, face a estes ilícitos, outros ramos do Direito não teriam “remédios” para corrigir o erro produzido pela resolução em causa<sup>200</sup>. De resto, muito se questiona se não se estará, face a estes ilícitos, numa certa “inconstitucionalidade por excesso<sup>201</sup>”, devido a uma ingerência do direito penal em âmbitos onde não se vislumbra, efetivamente, um bem jurídico-penal. Sem prejuízo do exposto no subcapítulo relativo ao bem jurídico, o que de momento se reflete é a existência de uma lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, cabendo na tutela do ilícito penal, ou um acto de desobediência ético-valorativamente neutro, constituindo-se como um ilícito administrativo<sup>202</sup>, constatando-se, neste contexto, uma coexistência de sistemas sancionatórios: penal e administrativo-sancionatório.

Importa analisar a natureza dos ilícitos penais e dos ilícitos administrativos, e compreender se, à luz de um critério “custo/benefício”, onde se opõe a liberdade e as necessidades de proteção inerentes às decisões de tipificação, a opção de criminalizar estes ilícitos é constitucional. Algumas dúvidas de proporcionalidade e legalidade colocam-se face a esta opção: estará observado o critério do merecimento de proteção penal do bem jurídico? Serão estas condutas lesivas ao ponto de necessitarem de tipificação penal?<sup>203</sup> Em nosso entender, a resposta é negativa. Das dificuldades em concretizar um bem jurídico e qualificá-lo como bem jurídico-penal, e da imperceptibilidade do risco jurídico-penalmente relevante parece resultar que estaremos, antes, perante condutas que se coadunam com a qualificação de ilícitos de mera ordenação social, orientados para a proteção secundária de um modelo de gestão sectorial administrativo, e não de ilícito penal<sup>204</sup>.

A distinção de ilícitos penais e ilícitos administrativos não se pode fazer exclusivamente à luz de um “critério quantitativo”, que atribui ao direito penal a tutela daquelas infrações com um grau de ilicitude que o direito administrativo sancionatório, perante a impossibilidade de impor medidas privativas da liberdade, não pode sancionar<sup>205</sup>.

Impõe-se mobilizar, como adianta alguma doutrina espanhola, um “critério teleológico” que atenda à função de cada ramo do Direito. Quanto ao direito penal, é clara

---

<sup>200</sup> RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “Análisis...”, *op. cit.*, p. 236.

<sup>201</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva, “Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 15 e segs.

<sup>202</sup> JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 23.

<sup>203</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 16.

<sup>204</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 16.

<sup>205</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 23.

a sua finalidade de proteção de bens jurídico-penais concretos, em situações concretas, orientada por critérios de lesividade concreta e imputação individual de um ilícito próprio<sup>206</sup> ou, ainda, de tutela subsidiária “de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena<sup>207</sup>”. Por sua vez, ao direito administrativo sancionatório caberá regular os setores de atividade, salvaguardando, mediante determinadas sanções, um determinado modelo de gestão setorial, assumindo-se como reforço da gestão ordinária da Administração, cabendo-lhe sancionar condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão, neste caso a gestão urbanística. Assim, ao contrário das sanções penais, as sanções administrativas não carecem que a conduta específica constitua perigo para um bem jurídico, trata-se, antes, de perseguir um perigo para a integridade de um determinado sector de atividade<sup>208</sup>.

À importância da distinção de ilícito penal e administrativo ou contraordenacional, acresce a importância de outros mecanismos de prevenção e repressão existentes, que realçam a desnecessidade desta intervenção penal. Assim, desde mecanismos jurídico-penais que já salvaguardavam, embora não especificamente, ilícitos cometidos no âmbito da atividade urbanística, passando pelo direito disciplinar, e direito da mera ordenação social, e uma eventual responsabilização civil e até política que sempre será de considerar, bem como um verdadeiro sistema de incompatibilidades e impedimentos, funcionando com uma finalidade preventiva. Todos estes mecanismos cumprem funções claramente distintas, pelo que o acionamento de um não dispensa, claro, os restantes. O que aqui pretendemos demonstrar é, antes, as potencialidades que constam e poderão constar do nosso ordenamento jurídico e que são perfeitamente idóneas para desempenhar a função que o legislador quis atribuir aos crimes aqui estudados.

Desde logo, no artigo 100.º do RJUE se prevêm dois tipos de crime diretamente relacionados com o urbanismo, que se mantêm em vigor e cuja aplicação terá, necessariamente, de se articular com os ilícitos ora estudados. Deste modo, no n.º1 daquele normativo logo se estipula que se pune como desobediência, ao abrigo do artigo 348.º do Código Penal, “O desrespeito dos atos administrativos que determinem qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística previstas no presente diploma”<sup>209</sup>. Este refere-

---

<sup>206</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 24.

<sup>207</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 114.

<sup>208</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 24.

<sup>209</sup> DANTAS, A. Leones, “Contra-ordenações e crimes urbanísticos”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*, Almedina, 2012, p. 226.

se à violação de medidas de tutela da legalidade urbanística, referidas nos artigos 102.º a 109.º do RJUE, entre elas a ordem de embargo e a demolição<sup>210</sup>, ou melhor, trata-se, aqui, de incumprir ordens constantes de atos administrativos que estatuem a aplicação das referidas medidas, resultando, deste modo, uma espécie de “meio complementar de tutela dos valores inerentes ao urbanismo”. Aqui em causa deverão estar, como é lógico, casos de “obediência devida”, isto é, pressupõe-se a existência de ordem ou mandato legítimo, portanto, emanado por entidade competente para tal<sup>211</sup>.

Diga-se, ainda, que o crime de desobediência em questão será simples, e não qualificado, em consonância com os princípios estruturantes do direito penal que, no caso de silêncio do legislador, nos levam a interpretar neste sentido<sup>212</sup>.

Ao mesmo tempo, dispõe o n.º 2 do artigo 100.º do RJUE que “As falsas declarações ou informações prestadas pelos responsáveis referidos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 98.º, nos termos de responsabilidade ou no livro de obra” são punidas nos termos do artigo 256.º do Código Penal, como crime de falsificação de documentos. Assume-se, esta punição, como “uma forma de salvaguarda da legalidade urbanística”, visando-se a tutela do “dever de verdade” a que determinados agentes estão sujeitos, quando envolvidos em procedimentos urbanísticos, e onde se gere desconformidade entre a situação real e o que consta de termo de responsabilidade<sup>213</sup> ou livro de obra<sup>214</sup>. Compreenda-se que “informação falsa” não se confunde com o ato processual em sede de procedimento administrativo, sendo antes o seu sentido a “transmissão de um qualquer conhecimento sobre um facto, tendo um conteúdo análogo ao de declaração<sup>215</sup>”.

Também no Código Penal não faltam tipos de ilícito aptos a tutelar os interesses em causa. Além do disposto no artigo 100.º do RJUE, crimes como “Tráfico de influência”, “Denegação de justiça e prevaricação”, “Recebimento de vantagem”, “Corrupção passiva”, “Corrupção ativa”, “Participação económica em negócio”, “Concussão” e “Abuso de poder”<sup>216</sup> abrangiam já as mais diversas situações, sendo perfeitamente aptos a tutelar o pretensão bem jurídico que com estes novos tipos se

---

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p. 641.

<sup>211</sup> DANTAS, A. Leones, “Contra-ordenações...”, *op. cit.*, p. 227.

<sup>212</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p. 641.

<sup>213</sup> Que se encontra no artigo 10.º do RJUE, mas que se manifesta também no artigo 13.º e 63.º do mesmo diploma.

<sup>214</sup> Cujo regime se encontra no artigo 97.º do RJUE.

<sup>215</sup> DANTAS, A. Leones, *ibid.*, p. 234.

<sup>216</sup> Correspondendo, na respetiva ordem, aos artigos 335.º, 369.º, 372.º, 373.º, 374.º, 377.º, 379.º e 382.º, todos do Código Penal.

pretendeu salvaguardar. Mais se acrescente que “Um percurso legislativo mais linear e, seguramente, axiologicamente mais sustentado, poderia ter passado não pela elevação à categoria criminal da irregular (e consciente) aplicação do direito respeitante ao uso, à transformação e à ocupação do solo, mas por uma reformulação do direito dos crimes cometidos no exercício das funções públicas, fosse no sentido de tipificar a prevaricação de funcionário como crime valorativamente dirigido à tutela da autonomia intencional do Estado, punindo a conduta de funcionário que, no exercício das suas funções, atuasse conscientemente *contra legem* [...], fosse através da revisão das medidas abstratas das penas aplicáveis a cada um dos tipos de crime, de modo a admitir, processualmente, meios de obtenção de prova adequados à demonstração de uma factualidade complexa, tecnicamente intrincada e socialmente desvaliosa<sup>217</sup>”.

Neste sentido, cremos serem bastante certas as críticas feitas por alguns Autores<sup>218</sup>, a propósito da introdução destes crimes em legislação referente à corrupção, afirmando que “constitui antes uma, porventura insustentável, solução de recurso, que nada tem a ver com o pretense bem jurídico que visa proteger (as regras urbanísticas ou defesa do ordenamento do território). Queremos, com isto, dizer que estes novos crimes não se justificam por si, mas (e muito mal) como punições para corrupções «não provadas»<sup>219</sup>, sendo que o facto de incidir sobre matéria urbanística não é inocente: trata-se de uma tentativa desesperada do legislador, a nosso ver, de inconstitucionalidade flagrante, em que “ao mesmo tempo que se legisla, «criando-se» um tipo legal de crime de «recebimento indevido de vantagens», cuja demonstração de qual ato/omissão “transacionado”, consagra-se, do outro lado, um tipo legal de «ilegalidade» no exercício de função que só goza autonomia penal, exatamente por que não se consegue provar a «transação». Ou seja: uma dupla presunção”. Estes tipos legais pretendem contornar as dificuldades de prova sentidas, exigindo apenas a prova da “violação de regras urbanísticas<sup>220</sup>”. Parece-nos que preferiu o legislador, de forma, cremos, artificial e inconsequente, corrigir uma eventual insuficiência da atual repressão do fenómeno da corrupção<sup>221</sup> ao criminalizar, uma vez mais, em vez de prevenir e fiscalizar<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O Crime de...”, *op. cit.*, p. 113 e 114.

<sup>218</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, *ibid.*, p. 107 e segs.

<sup>219</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, *ibid.*, p. 107.

<sup>220</sup> NOVO, António Fernando da Cruz, *ibid.*, p. 47.

<sup>221</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, *ibid.*, p. 66 e segs.

<sup>222</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 149 e segs.

Além da referida tutela penal, sempre deveria o legislador ter optado por mecanismos do direito da mera ordenação social. Reiteramos, portanto, a importância da conservação do direito penal como direito de *ultima ratio*. A respeito da descriminalização, relativamente a condutas que não devem constituir crimes, FIGUEIREDO DIAS refere aquelas que “violando embora um bem jurídico, possam ser suficientemente contrariadas ou controladas por meios não criminais de política social; com o que a «necessidade social» se torna critério decisivo de intervenção do direito penal: este, para além de se limitar à tutela de bens jurídicos, só deve intervir como *ultima ratio* da política social”. Tudo isto, dito no pressuposto de que “não devem constituir crimes, nem caber no objeto do direito penal, todas as condutas que não violem bens jurídicos claramente individualizáveis – e por mais pecaminosas, a-sociais ou politicamente nocivas que elas se apresentem<sup>223</sup>”.

De resto, já se encontravam previstas algumas infrações no artigo 98.º do RJUE<sup>224</sup>, então direcionadas à “defesa de interesses públicos específicos colocados pela lei a cargo da Administração Pública”, às quais se sucederam os crimes tipificados relativamente aos quais, de forma pouco esclarecida, o legislador vislumbrou certos “valores ético-sociais, de bens jurídicos essenciais à convivência comunitária<sup>225</sup>”.

Aliado a este regime correspondente a uma “condensação das principais obrigações e proibições previstas ao longo do RJUE<sup>226</sup>” contempla-se no mesmo diploma um interessante regime de “sanções acessórias”, plasmado no artigo 99.º. Assim, sanções como as constantes da alínea b) e c) assumem-se, a nosso ver, como particularmente dissuasoras e potencialmente eficazes devido à sua onerosidade<sup>227</sup>, embora apenas sejam aplicáveis “quando a gravidade da infração o justifique”, sendo, no entanto, uma expressão sem grande implicação, porquanto, à partida, nenhuma sanção será aplicada sem que tal se justifique. Veja-se, ainda, o n.º4 do mesmo artigo, com uma solução inovadora e que nos parece ser de aplaudir, recorrendo ao aclamado “levantamento do véu”<sup>228</sup>.

Creemos, assim, pelo que ficou demonstrado, que não faltam formas de sancionamento no direito de mera ordenação social suficientes para a repressão do

---

<sup>223</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, Jornadas de Direito Criminal, CEJ, 1983, p. 323.

<sup>224</sup> Sem prejuízo de outras que se encontram dispostas nos diversos diplomas.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al, ibid.*, p. 634.

<sup>226</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al, ibid.*, p. 636.

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al, ibid.*, p. 639.

<sup>228</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al, ibid.*, p. 640.

fenómeno ora criminalizado. Porém, seguem-se outros mecanismos que se afiguram, em nosso entender, aptos a dissuadir a comissão destes ilícitos, no âmbito dos quais, porém, é fulcral uma atitude proactiva dos diversos atores judiciais, em particular do Ministério Público<sup>229</sup>.

Assim, afigura-se também como um importante mecanismo, o acionamento de responsabilidade disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública, prevista no artigo 101.º do RJUE que abrange “informações falsas ou erradas”, entre outras infrações. Como é evidente, encontram-se previstas na lei outras infrações disciplinares aplicáveis, nomeadamente as que constam da Lei n.º 35/2014, de 20 de Junho.

Pelas sanções que o artigo 101.º do RJUE estipulou, que podem ser de suspensão ou demissão, denota-se uma clara intensão repressiva e de “considerar as infrações disciplinares no plano urbanístico como infrações muito sérias, pelo facto de se excluir da panóplia de sanções mobilizáveis as consideradas menos graves como a repreensão escrita e multa” e que, por outro lado, admite “expressamente a demissão<sup>230</sup>”.

Se o sancionamento disciplinar surge como uma via idónea para a prevenção de ilícitos urbanísticos, onde também se realça o papel fundamental que desempenha o Ministério Público<sup>231</sup>, certo é também que a responsabilização disciplinar tem finalidades limitadas, porquanto “diversamente do que sucede com a pena criminal, não pode apontar-se à medida disciplinar uma finalidade primária (nem, na verdade, secundária) de prevenção geral, seja ela positiva ou negativa, mas apenas de prevenção especial” e, acrescente-se, de “asseguramento da funcionalidade, da integridade e da confiança do serviço público<sup>232</sup>”.

Impõem-se ainda outras vias de responsabilização, como a responsabilização civil da Administração, patente do artigo 70.º do RJUE, e do próprio particular, quando cometa infrações urbanísticas, por exemplo, relativamente a medidas de tutela de legalidade<sup>233</sup>.

Veja-se ainda a possibilidade de responsabilização política, mediante a criação de mecanismos próprios de fiscalização e sanção, tendentes à desjudicialização, e ainda a criação de um regime de incompatibilidades e impedimentos verdadeiramente eficaz, tendente a prevenir, como se referiu, v.g. que um deputado que seja titular de um órgão

---

<sup>229</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 151.

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p. 646.

<sup>231</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 151.

<sup>232</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 170.

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, *ibid.*, p. 633.

autárquico e dono de empresa do ramo imobiliário atuante no mesmo Município, deixando, assim, a intervenção jurídico-penal com um âmbito de atuação verdadeiramente residual e de *ultima ratio*.<sup>234</sup>

Como se conclui, existe uma panóplia de mecanismos contidos no nosso ordenamento jurídico que, ao que parece, não evitaram a criminalização dos ilícitos urbanísticos. Resta, porém, refletir sobre a compatibilidade desta opção legislativa com o princípio da intervenção mínima do direito penal, com a sua “função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídico-penais)<sup>235</sup>”.

Resulta que a intervenção do direito penal, à luz daquelas diretrizes, deve ser reduzida ao mínimo garantidor da integridade dos bens jurídicos comunitários e das condições essenciais de vida que permitam a convivência numa sociedade pluralista e democrática<sup>236</sup>.

É a nosso ver bastante esclarecedora a explicação de MANUEL DA COSTA ANDRADE<sup>237</sup>, para o qual, no processo de criminalização, carece-se proceder a um “duplo juízo” onde se deverá aferir da “ausência de alternativa idónea e eficaz de tutela não penal”, e da “idoneidade do direito penal para assegurar a tutela e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, *maxime* a liberdade”. Discordamos que qualquer destes pressupostos esteja preenchido por esta opção de criminalização do legislador português. De resto, aqui importa reproduzir algumas considerações importantes de RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, a propósito desta solução: “Não será esta incriminação uma resposta, não a uma necessidade de efetiva tutela criminal, mas ao fracasso das tutelas preventiva e sancionadora do direito administrativo enquanto meio de conter as condutas mais gravemente atentatórias das normas urbanísticas? Não se tratará, além disso, de uma resposta a dificuldades de natureza meramente processual, relacionadas com mecanismos e procedimentos espaço-temporais de obtenção de prova desajustados à realidade e com dinâmicas sociais e institucionais de deteção de fenómenos desadequadas<sup>238</sup>?” Acrescenta ainda, referindo-se ao crime de “Violação de regras urbanísticas por funcionário” que, como “Afirma ANTÓNIO

---

<sup>234</sup> CANUT, Josep Miquel Prats, “Actuación...”, *op. cit.*, p. 114.

<sup>235</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 113.

<sup>236</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 161.

<sup>237</sup> ANDRADE, Manuel Costa, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, RPCC, ano 2, fasc. 2.º, Abril-Junho 1992, p. 186 *apud* DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 162.

<sup>238</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, *ibid.*, p. 112.

HENRIQUES GASPAR que «[a] a invenção de soluções apelativas e aparentemente fáceis, mas racionalmente discutíveis, construídas na maximização de políticas penais, pode não ter efeito pretendido e perturbar a sedimentação de conceitos e as aquisições da «práxis», [não sendo] inútil alterar para os riscos de utilização de categorias penais simbólicas, muitas vezes com finalidade que pode ser apenas de «simbolismo de ineficiência»<sup>239</sup>».

Como, de resto, já demonstrámos, o nosso ordenamento jurídico encontra-se repleto de mecanismos penais e não penais, a nosso ver, aptos a assegurar a tutela. A eficácia da tutela penal e não penal não existe, atualmente, pela ausência de ferramentas jurídicas mas, sobretudo, por uma ausência de reforço da prevenção, da fiscalização e de uma conjugação de esforços entre as várias entidades relevantes. Há que reter que uma tutela capaz do ordenamento jurídico urbanístico requer “um sistema inspetivo no interior da administração forte, dotado de meios suficientes, com alguma independência face à sua tutela, pró-ativo e que se articule com grande agilidade e flexibilidade com o Ministério Público<sup>240</sup>”.

Assim, importa promover uma atitude mais proactiva dos funcionários dos organismos da Administração local, com tarefas de fiscalização, no sentido de denunciar situações de violação de regras urbanísticas às autoridades competentes<sup>241</sup>: Ministério Público, Inspeção-Geral das Finanças<sup>242</sup> e Inspeção-Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território. Afigura-se como essencial, e mais relevante do que a contínua criminalização, que sejam feitas fiscalizações competentes e se exerça um efetivo poder sancionador sobre os agentes infratores.

À importante tarefa de fiscalização, alia-se, indubitavelmente, a prevenção. Muita da ação preventiva que se impõe fazer passa pela sensibilização da sociedade para o respeito pela paisagem rural e urbana, pela conservação dos recursos naturais limitados e, necessariamente, pelo cumprimento das regras urbanísticas<sup>243</sup>, tendentes à “preservação da natureza (incluindo o solo), dos seus recursos, favorecendo um melhor aproveitamento do solo, o equilíbrio ecológico, ambiental, o valor estético da paisagem, o património cultural,

---

<sup>239</sup> MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, *ibid.*, p. 114.

<sup>240</sup> LOPES, José Mouraz, *ibid.*, p. 82.

<sup>241</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 149.

<sup>242</sup> Que sucedeu à Inspeção-Geral da Administração Local (cfr. artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 96/2012, de 23 de Abril).

<sup>243</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 151.



histórico e arquitetónico e, simultaneamente, promovendo o bem-estar e melhor qualidade de vida dos cidadãos<sup>244</sup>”. Impõe-se uma profunda consciencialização da sociedade por via da informação, do estímulo à participação ativa dos cidadãos e acesso à Justiça, v.g., promovendo a participação dos particulares na elaboração de instrumentos de planeamento urbanístico<sup>245</sup>, cabendo essa mesma tarefa não só a Organizações Não Governamentais, mas também às entidades governativa e administrativas<sup>246</sup>.

Para prosseguir com eficácia o objetivo da prevenção destes ilícitos urbanísticos, “é necessário incentivar quer as autoridades nacionais (nomeadamente os competentes organismos dos poderes estaduais, regionais e locais), quer os profissionais, os agentes económicos, as empresas de construção e os cidadãos em geral, no sentido de adotarem condutas observando «boas práticas urbanas», cumprindo as normas existentes nesta matéria”. A esta consciencialização deve coligar-se “uma gestão urbana mais eficaz, integrada e equilibrada, no âmbito de uma cooperação intersectorial devidamente coordenada<sup>247</sup>”.

Demonstrado que está, em nosso entender, a existência de uma “alternativa idónea e eficaz de tutela não penal”, resta-nos ainda demonstrar a não verificação do requisito da “idoneidade do direito penal para assegurar a tutela e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, *maxime* a liberdade”.

Cremos que a criminalização que aqui estudamos, e com a qual, como se depreende, discordamos, se afigura desnecessária e desproporcional, à luz do critério “liberdade/necessidade de proteção<sup>248</sup>”. Dir-se-á até que esta opção é paradoxal no contexto de um ordenamento jurídico-penal onde vigora o princípio da intervenção mínima, que deveria levar a uma tendência despenalizadora<sup>249</sup>. Temos, assim, de concordar que esta criminalização apenas é possível, à semelhança do que invoca alguma Doutrina espanhola, por via de uma “libertação” das linhas tradicionais do princípio da intervenção mínima<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 149.

<sup>245</sup> Tal como resulta da Constituição da República Portuguesa, no n.º5 do artigo 65.º.

<sup>246</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 152.

<sup>247</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 154.

<sup>248</sup> SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, *ibid.*, p. 16.

<sup>249</sup> ABADÍA, Ramón Betrán *et al*, “Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística”, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1997, Ene./Feb., p. 18.

<sup>250</sup> RIVERO, María Carmen Gómez, “El régimen...”, *op. cit.*, p. 16.

Esta criminalização foi, portanto, executada desmesuradamente à custa de outros bens jurídicos e graças à flexibilização (inconstitucional?) de princípios jurídico-penais fundamentais, em prol de colmatar as dificuldades de punição<sup>251</sup> do fenómeno da “corrupção urbana”<sup>252</sup>, tendo-se recorrido a uma “dupla presunção”, para contornar as dificuldades de prova que muitas vezes se colocam<sup>253</sup>, além de uma notória afirmação de um propósito de “prevenção geral negativa” ou “intimidação”<sup>254</sup> que tememos que conduza a constrangimentos dos agentes do poder local, que se coibirão frequentemente se praticar determinados atos, correndo-se assim o risco de estarmos perante um fenómeno de “judicialização da política”.

## 8. CONCLUSÃO

O desenvolvimento recente do fenómeno da corrupção na Europa e em Portugal gerou um alarmismo e desespero do legislador português, pressionado pelas instâncias europeias e pelos acontecimentos verificados noutros Estados que, em nosso entender, desembocou numa solução de criminalização histórica e desorganizada. Assim, a um ordenamento jurídico já suficientemente munido de meios para combater a corrupção e crimes conexos a ela, adicionaram-se outros três tipos legais, direcionados para a repressão do fenómeno corruptivo com especial incidência no poder local, na esfera do urbanismo. Perante uma ineficiência no combate daqueles tipos de crime, muito se devendo à dificuldade de investigação e prova, o legislador fabricou uma (aparente) solução, de

---

<sup>251</sup> LOPES, José António Mouraz, *ibid.*, p. 66 e segs.

<sup>252</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *ibid.*, p. 147.

<sup>253</sup> CUNHA, José Manuel Damião da, *ibid.*, p. 107.

<sup>254</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 50-51.

constitucionalidade duvidosa e de difícil aplicação prática, pelo que se sugere que tal opção mais não foi que um recurso ao “direito penal simbólico”.

Deste modo, em vez de reorganizar e reformar os mecanismos legais já existentes e coordenar a atuação das diversas entidades fiscalizadoras e investigadoras, e reforçar a via da prevenção, em detrimento da punição (ainda que aparente), o legislador optou por uma solução amplamente criticável.

De resto, resultava até da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, que definia os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2009-2011, que se mantivesse “a atribuição de prioridade na prevenção e na investigação de fenómenos como o tráfico de influência, a corrupção, o branqueamento e ainda o peculato e a participação económica em negócio<sup>255</sup>”, ao abrigo da alínea e) do n.º1 do artigo 3.º e da alínea e) do n.º1 do artigo 4.º daquela Lei. Menos se compreende, perante estas diretivas, a razão pela qual não foi reforçada a intervenção e concentrados esforços nas tarefas de prevenção e investigação, em vez da criminalização.

Independentemente da nossa discordância acerca dos moldes como o legislador lidou com este tipo de criminalidade, neste estudo tencionámos proceder à análise mais completa possível destas alterações legislativas introduzidas em 2010.

O imprescindível enquadramento jurídico-administrativo destes novos tipos de crime assumiu-se como um dos focos do nosso estudo, e um importante pressuposto para a compreensão e reflexão acerca deste tema. A Administração local, onde se concentra grande parte da atividade de ordenamento do território, devido às amplas competências atribuídas às Câmaras Municipais e restantes órgãos e entidades, merecem um cuidado estudo e compreensão dos complexos mecanismos de decisão e atuação, principalmente para efeitos de interpretação do artigo 382.º-A do CP e artigo 18.º-A da Lei n.º34/87. Essa tarefa foi executada quando abordámos os titulares do poder decisório, que se afirmam como atores centrais nestes tipos de crime porquanto são eles quem decide, efetivamente, nos procedimentos de licenciamento e autorização. A morfologia destas decisões (de licenciamento e autorização), na veste de atos administrativos, mereceu também uma incontornável referência neste estudo.

Aquando da nossa análise ao âmbito jurídico-penal destes ilícitos constatámos, porém, que aquele enquadramento jurídico-administrativo não foi devidamente feito pelo

---

<sup>255</sup> Cfr. Anexo da Lei.

legislador. Demonstrou o legislador, com esta opção, outro fracasso: a indiferença face às relações de *supra-infra ordenação*, isto é, não teve em conta que a “decisão de fundo” sobre licenciamento e autorização não cabe a qualquer “funcionário”, na aceção do artigo 386.º do Código Penal mas, antes, aos “titulares de cargos políticos”, tal como referidos na Lei n.º34/87, ignorando a impossibilidade daqueles desencadearem uma verdadeira lesão do bem jurídico garantido, porquanto não emitem “decisões de fundo”.

Optou-se então por visar todos os possíveis intervenientes da atividade urbanística: desde os particulares, enquanto proprietários de terrenos, aos empreiteiros, diretores técnicos, entre outros<sup>256</sup>; bem como os “funcionários<sup>257</sup>” e ainda “titulares de cargos políticos<sup>258</sup>”.

Como condutas visadas, optou o legislador por incluir a “construção, reconstrução ou ampliação de imóvel” em zonas bastante específicas<sup>259</sup> e necessitadas de especial proteção. Teve também em conta a “informação” em procedimentos de licenciamento e autorização, bem como a sua “decisão favorável”, e ainda a prestação de “informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis”, exigindo-se sempre, no tipo subjetivo, a “consciência da desconformidade da sua conduta”, isto é, dolo direto.

Enquanto peça fundamental neste estudo, o bem jurídico-penal mereceu também destaque. Assim, à semelhança do que é o entendimento de uma considerável parte da Doutrina espanhola, em causa está, nestes ilícito-típicos, a “legalidade urbanística”, bem como a “integridade da Administração”.

Questões a propósito das quais também dedicámos parte do nosso estudo foram as “normas penais em branco” que, como se constatou, não cremos que, no caso dos artigos 278.º-A e 382.º-A do CP e 18.º-A da Lei n.º34/87, afrontem quaisquer garantias constitucionais ou legais, porquanto se demonstram cumpridos certos requisitos que, em sede própria, reputámos de suficientes.

A “acessoriedade administrativa”, por sua vez, resume, em termos teórico-práticos, a complexidade e implicações deste tema e constitui um ponto de importância maior relativamente ao significado destes ilícitos na prática forense. O aprofundamento da questão da “acessoriedade administrativa” é um pressuposto necessário para a

---

<sup>256</sup> Ao abrigo, todos eles, do artigo 278.º-A do CP.

<sup>257</sup> Na aceção do artigo 386.º do CP, por referência do artigo 382.º-A.

<sup>258</sup> Qualificados como tal, nos termos da Lei n.º34/87, de 16 de Julho.

<sup>259</sup> “via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal”, cfr. n.º1 do artigo 278.º-A do CP.

compreensão e correta aplicação destes tipos legais. Acresce que os valores que estão em causa em processo penal são demasiado relevantes (diremos até “os mais relevantes”) para que se proceda a uma qualquer “ficção” de que o juiz penal esteja apto a apreciar a questão administrativa, da qual depende da decisão em processo penal.

Creemos, desta forma, que a “devolução da questão da administrativa”, sem prejuízo do princípio da suficiência do processo penal, deve ser promovida uma vez verificados os requisitos da “necessidade”, “conveniência”, “autonomia” e “anterioridade”, porquanto questões que, aparentemente, serão simples v.g. enquadramento legal de determinada questão urbanística, ou a validade de um ato administrativo, são também determinantes para a boa decisão da causa.

Impõe-se, por fim, assinalar, novamente, a incompatibilidade destes tipos de crime com os princípios da intervenção mínima do direito penal e com a natureza do direito penal enquanto direito de *ultima ratio*, ou de natureza “definitivamente subsidiária<sup>260</sup>”. Esta solução parece-nos flagrantemente contrária ao “princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade em sentido amplo”. De resto, como explica FIGUEIREDO DIAS: “Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir no caso em que todos os outros meios de política social, em particular política jurídica não-penal, se revelem insuficientes ou inadequados. Quando assim não aconteça, aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação dos princípios da subsidiariedade e da proibição do excesso<sup>261</sup>”.

Entendemos, pois, que existem no nosso ordenamento jurídico, além de suficientes meios de tutela penal que necessitam, somente, de uma mais eficaz investigação criminal, a possibilidade de melhorar e criar mecanismos de direito de mera ordenação social e direito disciplinar. A este fator deve-se aliar, porventura, uma mais efetiva responsabilização civil dos intervenientes, bem como a opção pela responsabilização política e criação de um regime de incompatibilidades e impedimentos que previna acumulação de funções com potencial para despoletar estes ilícitos.

Ansiamos, deste modo, que este estudo, que visou introduzir questões no cerne desta temática que, em Portugal, continua escassamente discutida, constitua um contributo

---

<sup>260</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 128.

<sup>261</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ibid.*, p. 128.

para uma reflexão mais profunda acerca dos meios de tutela da legalidade urbanística no nosso país.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABADÍA, Ramón Betrán / BASECA, Pedro Corvinos / HERNÁNDEZ, Yolanda Franco, “Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística” in Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 1997, Ene./Feb., p. 15 a 52.

ALBERO, Ramón Garcia / SUMALLA, Josep María Tamarit, Coordenação: PRATS, Fermín Morales, “Comentarios al Código Penal Español”, 6.ª Edição, Arazandi, p. 1528-1541.

BERENGUER, Enrique Orts, “El delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

CALOR, Inês, “Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação”, in CEDOUA, A. 16, nº 31 (2013).

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 4ª Edição, p. 832 e segs.

CANUT, Josep Miquel Prats, “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

CASTILLO, Jesús Bernal del, “Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos”, in Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED. N. 3 (1999), Madrid, p. 11-32.

CORREIA, Fernando Alves, "As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português", Coimbra : Almedina, 2000, p. 107-112.

CUNHA, José Manuel Damião da, “A reforma legislativa em matéria de corrupção”, in Uma análise crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro, Coimbra : Coimbra Editora, Abril 2011.

DANTAS, A. Leones, “Contra-ordenações e crimes urbanísticos”, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território*, Almedina, 2012, p. 191 e segs.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I. Questões fundamentais: A doutrina geral do crime.”, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra : Coimbra Editora Janeiro 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983, p. 327.

DIAS, José Eduardo Figueiredo / OLIVEIRA, Fernanda Paula, “Noções fundamentais de direito administrativo”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2006.

DIAS, José Eduardo Figueiredo Dias, “Maria Carmen Gómez Rivero, El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio (Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente)”, in *CEDOUA*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Território. Coimbra, n.º 8, vol. II (2001), p. 123 a 127.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, "O direito penal e o direito administrativo: a propósito dos novos crimes previstos...", in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs 31 a 34, Almedina, 2009/2010.

FOLQUE, André, “Curso de Direito da Urbanização e da Edificação”, Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

LOPES, Dulce, “Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística”, in *CEDOUA*, N.º 14, p. 49 e segs.

LOPES, José António Mouraz, “Os novos crimes urbanísticos no código penal”, in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal / coord. Rui do Carmo, Helena Leitão. - Coimbra : Coimbra Editora/CEJ, 2011.*



LOPEZ, Pedro Rodriguez, “Medio ambiente, território, urbanismo e derecho penal”, Bosch, 2007.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, “O Crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspectiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, I, 2013, p. 89-114.

MIRA, Antonio T. Verdú, “A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia”, in Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n.º 187, 2001, p. 47 a 52.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I”, 2ª Edição, Coimbra : Coimbra Editora, 2010, p. 1323 e segs.

NOVO, António Fernando da Cruz, “A Violação das Regras Urbanísticas. Reflexão crítica”, Universidade Católica Portuguesa: Centro Regional do Porto - Escola de Direito, Porto, 2013.

OLIVEIRA, Fernanda Paula *et al*, “Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado”, 6.ª Edição, 2012, Almedina.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, “Algumas questões em torno da direção do procedimento e do dever da sua delegação no CPA”, Questões Atuais de Direito Local, N.º 6, Abril/Maio de 2015, pp. 21- 40.

OLIVEIRA, Mário Esteves / GONÇALVES, Pedro Costa / AMORIM, João Pacheco de, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª Edição, Almedina, 2010.

PACHO, Jesús María Barrientos, “El delito urbanístico en los tribunales de justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 73 e segs.

PALLÁS, Miguel Escanilla, “La responsabilidad de los funcionarios ante delitos urbanísticos en los tribunales de justicia”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 223 e segs.

PLANAS, Gabriel Garcias, “El delito urbanístico: delitos relativos a la ordenación del territorio”, 1.ª Edição, Tirant lo blanch, 1997.

PUERTA, M. José Rodríguez / ESTIARTE, Carolina Villacampa, “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, in Gonzalo Quintero Olivares / Fermín Morales Prats, El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, 2001, p. 1747.

RAMÓN, Fernando López, “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, in Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 1997 Ene./Feb., p. 53 a 62.

RIVERO, Maria Carmen Gómez, “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, 1.ª Edição, Tirant lo Blach, 2000.

RODRÍGUEZ, Antonio Narváez, “Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración Urbanística”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús M. Silva, “Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio”, in Norberto Javier de la Mata Barranco, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 15 e segs.

SILVA, Vasco Pereira da, *et al.*, in “Dossier: Nova Lei de Bases do Solo, Ordenamento do Território e do Urbanismo”, E-Publica: Revista Electrónica de Direito Público, cfr. [http://www.fd.uc.pt/~fpaula/pdf/novidades\\_julho14.pdf](http://www.fd.uc.pt/~fpaula/pdf/novidades_julho14.pdf) (consultado a 30.12.2015).

## **JURISPRUDÊNCIA**

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07.11.2006, Proc. N.º 0175/06.  
[http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5dbbb588032b359f80257228005cc148?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/5dbbb588032b359f80257228005cc148?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1) (consultado a 26.12.2015)

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 18.03.2010, Proc. N.º 0528/08.  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a71edcdad0522f12802576f00044945f?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado a 15.11.2015);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08.07.1998, Proc. N.º 96P1417.  
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/80ba4622be463926802568fc003b9ee5?OpenDocument> (consultado a 30.12.2015).

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.05.2012, Proc. N.º 387/08.7TATMR.C1.  
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/abb7e9d1cd9270cd80257a24003993e4?OpenDocument> (consultado a 24.12.2015);

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.11.2011, Proc. N.º 773/10.2TYLSB.L1-5.  
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d741b09aedc568f08025796d00417691?OpenDocument> (consultado a 23.12.2015);

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.12.2010, Proc. N.º 475/04.9TAAMT.P1.  
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/da14b568c87a8dbc80257814005b02bb?OpenDocument> (consultado a 23.12.2015).