



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JOANA RAFAELA BETTENCOURT DA SILVA

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO DO URBANISMO

- Enquadramento geral dos contratos urbanísticos mais relevantes

PUBLIC PROCUREMENT IN URBAN PLANNING LAW

- General framework of the most relevant urban contracts

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 de
Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo sob orientação da
Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira Marques**

Coimbra, 2018

Agradecimentos

Neste percurso de luta e persistência, com muitas horas de estudo, trabalho e dedicação, quero agradecer, principalmente, à minha mãe, que sempre me apoiou e que fez questão que eu nunca desistisse dos meus sonhos, acreditando sempre em mim e na minha força de vencer.

A toda a minha família, que nunca deixou de acreditar nas minhas capacidades.

Aos meus amigos, aos de sempre e aos que conquistei em Coimbra, que fizeram desta cidade a minha segunda casa, por me fazerem acreditar que, aqui, é possível vencer e fazer a diferença.

Quero agradecer uma vez mais à minha orientadora Fernanda Paula Oliveira, por todo o tempo disponibilizado, pelos conselhos e pelas críticas construtivas que me fizeram ir mais além.

Por último, mas não menos importante, ao meu namorado, Fábio Sousa, por ser um apoio incondicional nas minhas vitórias e pela paciência que tem tido ao longo de todo este percurso.

Resumo

A presente dissertação visa problematizar, em primeiro lugar, a atuação dos privados na esfera pública, ocupando todo o Capítulo I, tratando a sua evolução, as suas repercussões, os seus limites, as suas vantagens e desvantagens.

No Capítulo I, depois de feita a análise a esta intervenção dos particulares na esfera pública, tornou-se evidente que o contrato é via mais utilização na concertação de interesses público-privados.

Deste modo, o tema sobre o qual nos debruçaremos no Capítulo II assenta na contração pública, nomeadamente, no ramo do direito do urbanismo. Daremos importância às várias modalidades dos contratos urbanísticos, reportando-nos apenas aos contratos urbanísticos mais recorrentes.

Colocaremos o nosso foco em problematizar quais os pontos essenciais de cada contrato e de aferir se existe aplicação das regras de concorrência da contração pública, previstas no CCP, aos vários tipos contratuais.

Para concluir, faremos uma análise jurisprudencial, que assenta em casos concretos de contratos de empreitadas de obras públicas e de contratos de assunção de encargos pelos particulares, previstos no artigo 25º do RJUE. O objetivo desta análise jurisprudencial assenta em perceber o porquê da aplicação, ou da ausência da mesma, das normas de concorrência da contratação pública, com base na posição do TJUE.

Palavras-Chave: Contratação Pública, direito do urbanismo, contratos urbanísticos, atuação privada, funções públicas.

Abstract

The present dissertation aims to problematize, first, the actions of the private in the public sphere, occupying the entire Chapter I, dealing with its evolution, its repercussions, its limits, its advantages and disadvantages.

In Chapter I, after analyzing this intervention of private individuals in the public sphere, it became evident that the contract is the method more used in the concertation of public-private interests.

In this way, the theme on which we will deal in Chapter II is based on public contraction, namely in the field of urban planning law. We will give importance to the various modalities of urban contracts, reporting only to the most recurrent urban contracts.

We will focus on problematizing the essential points of each contract and assessing whether there is any application of the public contracting rules of the contracting parties, as provided for in the CCP, to the various contractual types.

To conclude, we will make a case-law analysis, based on concrete cases of public works contracts and contracts of assumption of charges by individuals, provided for in Article 25 of the RJUE. The purpose of this jurisprudential analysis is based on the perception of the application of, or absence of, the procurement rules of competition, based on the position of the TJUE.

Keys words: Public Procurement, urban law, urban contracts, private practice, public functions.

Abreviaturas

Al.) - Alínea

CRP – Constituição da República Portuguesa

CCP – Código de Contratos Públicos

LBPOTU- Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo

Nº - Número

OB. CIT. – Obra Citada

PEOT – Programa Especial de Ordenamento do Território

PMOT – Plano Municipal de Ordenamento do Território

PNPOT – Programa Nacional da Política do Ordenamento do Território

P.;PP. – Página(s)

PROT – Programa Regional de Ordenamento do Território

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação

RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumento de Gestão Territorial

V.; V. TB. – Ver; Ver também

Índice

Introdução	8
Capítulo I – A atuação privada no âmbito da contratação pública	10
1. Governação e partilha de responsabilidades públicas entre Administração e particulares	10
1.1. O princípio da preferência do contrato administrativo em detrimento do ato administrativo	10
1.2. A atuação privada no setor do urbanismo: cooperação e contratualização ...	17
2. A evolução do processo de transformação urbanística no direito português	20
3. Manifestação do exercício privado na Função Pública – a separação entre a esfera pública e a esfera privada.....	23
4. Limites à atuação dos particulares no que respeita ao setor da transformação urbanística	34
Capítulo II – Contratação pública no Direito do Urbanismo	42
SECCÃO I - A atividade contratual administrativa: a mudança de paradigma	42
1. Enquadramento geral da contratação no domínio urbanístico.....	43
1.1. Considerações introdutórias	43
2. Os Contratos Urbanísticos: a sua formação.....	45
3. Modalidades dos Contratos Urbanísticos	55
SECCÃO 2 - Contratos para planeamento.....	58
1. Contratos de planeamento	58
2. Contratos de execução: os sistemas de execução	67
Capítulo III – Os Contratos de Gestão Urbanística.....	79
1. Contratos de cooperação e de concessão do domínio municipal de gestão de infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva.....	79
2. O Contrato de Assunção de Encargos pelos Particulares de infraestruturas gerais e especiais	85
2.1. Conceito de obra pública	87
2.2. Noção de Loteamento e Reparcelamento	88
2.3. O Regime do Contrato do artigo 25º do RJUE.....	93
2.3.1 A repartição de responsabilidades entre os particulares e município .	96

2.3.2 Admissibilidade de procedimentos concursais – o princípio da concorrência do CCP.....	99
3. Análise jurisprudencial – aplicação das regras do CCP aos Contratos Urbanísticos ...	101
3.1. O Acórdão La Scala	103
3.2. O Acórdão Auroux	111
3.3. O Acórdão Helmut Müller	113
3.4. Conclusões	117
Conclusão	118
Bibliografia	121
Jurisprudência Consultada	125

Introdução

Visamos com a presente dissertação, analisar os progressos da atuação privada na função pública, desenvolver as várias modalidades dos contratos urbanísticos e as implicações que o regime da contratação pública inflige aos mesmos, a participação dos privados na atividade contratual.

De seguida, daremos destaque aos principais contratos urbanísticos no âmbito do planeamento e da gestão urbanísticas, a importância do plano no âmbito prático e a aplicação das regras da concorrência da contratação pública, previstas no CCP, aos contratos urbanísticos, as razões da sua aplicabilidade ou a ausência da mesma.

Com efeito, propomo-nos a explicar a evolução a que se assistiu no campo da intervenção dos sujeitos privados na tarefa pública, mais precisamente, na tarefa urbanística.

O particular é, atualmente, encarado como um sujeito ativo na discussão do planeamento do urbanismo. É considerado uma parte na relação contratual, que concerta e colabora com a Administração Pública, no sentido de chegarmos a soluções urbanísticas mais viáveis, sensatas e perspetivando a prossecução mais efetiva do interesse público em geral. Concertando com a Administração, é concedido ao particular um espaço de decisão, em que este participa no conteúdo a determinar as normas do plano urbanístico.

Iremos aludir a manifestações aparentes do exercício dos privados da função pública, dando vários exemplos de quando estamos perante uma manifestação aparente ou, no sentido oposto, uma verdadeira manifestação do exercício privado de funções públicas.

Posteriormente, colocaremos também ênfase nas limitações do exercício dos particulares no âmbito de funções públicas.

No Capítulo II, o nosso foco estará alicerçado à contratação urbanística, às suas modalidades e ao papel que a contratação pública tem no direito do urbanismo, sendo este um ramo especial do direito administrativo.

Antes de nos dedicarmos às várias modalidades dos contratos urbanísticos, faremos um enquadramento geral, explicitando todo o conteúdo envolvido na formação de um contrato urbanístico.

Ainda no Capítulo II evidenciaremos os contratos para planeamento que se subdividem em contratos de planeamentos e contratos de execução. Analisaremos em detalhe os regimes de ambos.

Por último, no Capítulo III, daremos atenção aos contratos de gestão urbanística, explanando o regime dos vários contratos que esta categoria integra. Em rigor, destacaremos quais os problemas associados a cada tipo contratual e como poderemos fazer face a esses problemas.

Por fim, faremos uma análise jurisprudencial, de forma a perceber, perante casos concretos, se as regras de concorrência da contratação pública, previstas no CCP, se aplicam aos contratos urbanísticos, mais precisamente, aos contratos de empreitada pública e aos contratos de assunção de encargos pelos particulares relativos a obras de urbanização, fazendo referência a infraestruturas gerais e especiais. Este último contrato tem trazido muita controvérsia jurisprudencial, daí que analisemos os respetivos acórdãos, nomeadamente, o *Scala, Auroux e Müller*.

O objetivo primordial da nossa dissertação é evidenciar a crescente participação dos particulares na tarefa pública, enfatizada na celebração de contratos urbanísticos. Pretendemos, também, classificar esses mesmos contratos de modo a que se afigure possível evidenciar sua tramitação e perceber qual o que deveremos aplicar, consoante o caso concreto em causa.

Faremos alusão a vários conceitos, nomeadamente, loteamento, reparcelamento e obra pública. A delimitação dos mesmos, vai auxiliar-nos na compreensão do regime do contrato de assunção de encargos pelos particulares, previsto no artigo 25º do RJUE.

Em suma, explicitaremos as várias posições doutrinárias acerca dos temas abordados e manifestaremos a nossa humilde posição. Ao longo da presente dissertação, as diversas opiniões doutrinárias foram fundamentando e auxiliando a construção da minha própria posição.

Capítulo I – A atuação privada no âmbito da contratação pública

1. Governação e partilha de responsabilidades públicas entre Administração e particulares

1.1. O princípio da preferência do contrato administrativo em detrimento do ato administrativo

É de bom tom começar por dizer que o direito administrativo foi submetido a uma reforma, a qual gerou uma enorme transformação que se refletiu em três momentos essenciais, nomeadamente, a concertação entre atores públicos e privados no desenvolvimento das finalidades do dito Estado Administrativo Cooperativo, a relevância crescente do contrato público no modo de relacionamento e de atuação das administrações públicas e, por fim, a introdução do consenso nas decisões administrativas de autoridade, gerando automaticamente uma maior atuação privada nas questões de carácter público e que até agora eram tratadas unilateralmente pela Administração.¹

Os sujeitos privados começaram a ser encarados como entidades suscetíveis de desempenhar um papel estratégico no presente e no futuro da atividade administrativa.

A Administração Pública abandonou os tempos em que era considerada como uma estrutura monolítica, burocrática, fechada e distante dos cidadãos, mostrando-se agora recetiva à cidadania e disposta a cooperar com o setor privado.

A sociedade dos dias de hoje propõe novos desafios e outras necessidades, às quais a Administração se vê obrigada a dar resposta e para tal adota comportamentos diferentes dos que adotara no passado. Agora, assiste-se a uma necessidade de colaborar com os privados e de se chegar a formas de concerto, de transação e cooperação com grupos sociais e económicos, medidas estas que conferem ao particular um estatuto de participantes na

¹ V. com mais detalhe, JORGE ALVES CORREIA, *Contrato e Poder Administrativo – O Problema do Contrato sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coleção Thesis, GestLegal, 2017, p. 270 e ss.

conformação das medidas do poder público ou, até, de delegação de execução de tarefas públicas.

JORGE ALVES CORREIA (2017), vem ainda acrescentar que “*desaparece a clássica separação entre Estado e Sociedade. Público e Privado reposicionam-se, surgindo não como polos opostos, mas como setores colaborativos, de ação concertada e de responsabilidades partilhadas.*”² Neste sentido, o objeto do Estado Cooperativo assenta na participação orgânica e procedimental de particulares na atividade administrativa, bem como na integração dos mesmos em redes de prestação de serviços públicos. Este é o cenário a que temos vindo a assistir, caracterizado pela cooperação na realização de fins públicos³ entre Estado e Sociedade, na partilha de responsabilidades e na divisão de trabalho alicerçados a uma lógica de critérios de especialidade, em que a regulação jurídica se baseia em contratos. Neste contexto, acresce o facto de os privados serem chamados a participar na formação e na tomada de decisões administrativas, garantindo-se a efetivação de políticas públicas.

Ora, perante o cenário apresentado, o Estado Cooperativo veio substituir a unilateralidade pela bilateralidade, induzindo a formulação de um princípio de cooperação no exercício do poder público, agora partilhada entre o setor privado e o setor público. Adotam o contrato como a forma preferencial da prossecução das finalidades públicas, de modo a disciplinar as relações jurídico-públicas. Estamos aptos para afirmar que o Estado

² Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*pp.272-273.

³ A doutrina espanhola defende que pode não haver coincidência entre cooperação e colaboração. Deste modo a cooperação consiste na prossecução de tarefas revestidas de natureza privada, não obstante o reconhecimento da utilidade pública dos fins institucionais que tais entidades se propõem executar, facto este que lhes confere, em relação aos restantes sujeitos privados, um estatuto jurídico diferenciado que pode vir a ser benéfico, considerando a atribuição de regalias e isenções fiscais. No que respeita à colaboração, os particulares são chamados a contribuir para a realização de fins institucionais da administração, enquanto auxiliares na preparação, execução ou gestão de tarefas públicas, pelo que a função em apreço reveste natureza administrativa, ao contrário da cooperação, e os particulares oferecem a sua colaboração enquanto tais. No mesmo sentido, voltando a colocar a ênfase na distinção entre estas duas figuras, cfr. R.ENTRENA CUESTA, “*Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*”, p.72-73, entende que “cooperação” e “colaboração” distinguem-se sob a perspetiva funcional: quando o particular colabora com a Administração, isso quer dizer que a Administração é quem prossegue a tarefa, sendo a parte principal ou titular da tarefa, enquanto que na cooperação, alude-se a uma situação mais objetiva, a uma “obra que se faz em comum” *apud* JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p285.

Contratante surge como um subtipo do Estado Cooperativo, ou seja, apresenta-se como um Estado que compreendeu a “*cultura do contrato*” como um instrumento ao serviço da realização dos seus fins institucionais.⁴

O contrato é encarado como a instituição central do Direito Administrativo da Cooperação.⁵ De agora em diante o contrato⁶ apresentasse como um padrão orientador de relações administrativas e da concertação público-privada. Vê-se aqui a oportunidade de uma potencial conjugação de Mercado e Estado, considerando o papel que o contrato ocupa, sendo uma ferramenta de ligação da Sociedade à Administração Pública na partilha de responsabilidades.

Tal como JORGE ALVES CORREIA (2017) afirma, “*o contratualismo transformou-se num modelo regulativo da governação pública que permanecerá como ideologia administrativa da pós-modernidade*”.⁷

Nesta partilha de responsabilidades entre o setor privado e o setor público está implícita a adoção de um trabalho conjunto e contínuo na concretização do bem comum.

A participação dos particulares na atividade administrativa, a cooperação com o setor social (denominado por terceiro setor) e a delegação de tarefas públicas em entidades privadas, formam uma alternativa ao desdobramento e divisão da administração pública, dado que possibilitam a inclusão de entidades privadas nas “redes de prestação de serviços”, nomeadamente, a execução de tarefas públicas em âmbitos predominantemente sociais. A Administração começa a agir desta forma, na medida em que a mobilização e ativação da

⁴ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p. 274.

⁵ Entendimento preconizado por FRANCK MODERNE, “*L'Évolution Récente du Droit des Contrats Administratifs: les Conventions entre Personnes Publiques*”, RFDA, 1984, p.14 *apud* JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.275.

⁶ Os sujeitos da Administração Pública usufruem do contrato como um processo normal de ação e de relacionamento. Este passa a ser encarado como uma ferramenta de trabalho usual, de forma a relacionar a administração pública e os particulares. Neste sentido, consultar SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p.782, que considera o contrato administrativo como instrumento normal das condutas jurídico-administrativas, em paralelo com o ato administrativo, *apud* JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.283.

⁷ Citando JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.276.

capacidade dos particulares para a prossecução de fins públicos, se torna cada vez mais relevante e funcional.

Nesta ótica observa-se a um aproveitamento do potencial da Sociedade, feito pelo Estado. O estatuto do particular encontra-se revestido por um compromisso, empenho e responsabilidade social que aceita contribuir para a realização do bem comum. Como diz, e bem, JORGE ALVES CORREIA (2017), “*o particular não é visto como mero administrado objeto do poder público, nem surge reduzido ao denominador comum de um consumidor final. No fundo, o particular não é o mero súbdito do Estado-Polícia, não é o cidadão socialmente descomprometido do Estado Liberal e também já não é o simples utente dos serviços do Estado Social.*”⁸

Esta é uma das afirmações que caracteriza na totalidade a situação atual da partilha de responsabilidades entre a Administração e os particulares. Evidencia a mudança de paradigma de um Estado Autoritário para um Estado Cooperativo e acentua a importância da atribuição das funções públicas a entidades privadas, como sujeitos de uma relação jurídica procedimental, onde o particular é participante no procedimento administrativo e colaborador da administração. O seu estatuto, enquanto cidadão, vê-se alterado e a titularidade dos seus direitos torna-se mais ampla, encontrando-se agora munido de direitos subjetivos, procedimentais e processuais.

Esta parceria entre a Administração e os particulares veio dar resposta à multiplicação das necessidades coletivas. O Estado deixou de ser o único ator na realização de interesses públicos. Os particulares participam diretamente na própria orientação da administração, bem como bem como na aceção consistente dos objetivos e das prioridades da ação administrativa.⁹

Contudo, as entidades privadas podem colaborar com a Administração, mas pertencem sempre à Sociedade Civil, isto é, à esfera privada.

⁸ Voltando a citar JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...* p.279.

⁹ No entendimento de VITAL MOREIRA, ob. cit., *Administração Autónoma...* pp.77-78, no preceito do artigo 267º da CRP, estão apenas abrangidas as formas de participação coletiva dos cidadãos. As formas de intervenção procedimental individual das pessoas diretamente interessadas, estão estipuladas segundo o artigo 268º da CRP.

Neste contexto, as entidades privadas surgem, em sentido funcional, como sujeitos da administração pública, ou seja, exercem, em nome próprio, a função administrativa.

Não obstante, a ausência de uma referência explícita na CRP no que respeita a uma dita parceria público-privada, é notória a presença de um consenso, como um elemento essencial da organização da sociedade e da estruturação do poder democrático. No entanto, o artigo 266º, nº2 da CRP impõe que a atuação dos órgãos e agentes administrativos deve estar subordinada à Constituição, à lei e aos princípios jurídicos fundamentais. A subordinação da atividade contratual está, deste modo, implícita.

Mais uma razão para admitir que a consensualização entre entidades públicas e privadas se prende ao facto de, em boa verdade, a decisão administrativa ótima ser sempre aquela que prossegue o interesse público e que, além disso, obtém o consenso do particular para a sua execução.¹⁰

Assiste-se a uma evolução no que concerne à integração do contrato no ciclo de formação da decisão administrativa unilateral, dando a possibilidade de substituir o ato administrativo pelo contrato. O artigo 127º do CPA, encaminhado pela revisão de 2015, trouxe a inserção do contrato como regra geral do procedimento administrativo de autoridade. Assim, a partir deste momento, consagrou-se a regra de alternatividade entre a utilização do ato e do contrato administrativo. Consequentemente, o contrato passou a estar colocado no mesmo plano jurídico-formal do ato administrativo, enquanto modos normais de prossecução das atribuições das entidades públicas. A Administração só tem a ganhar ao envolver o destinatário na implementação da própria decisão administrativa, considerando a redução da litigiosidade e da conflitualidade permanentes, ao mesmo tempo proporcionando resultados e índices mais elevados de execução das decisões.

Ponto que deve ser ponderado e discutido, prende-se à preferência constitucional e legal por formas administrativas contratuais no procedimento de autoridade, ou seja, perguntamo-

¹⁰Acompanhando de perto, JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.307.

nos se a Administração pode escolher entre o ato e o contrato administrativo, se deve preferir um ao invés do outro ou, ainda, quando deve adotar um ou outro.

Para começar devemos citar JORGE ALVES CORREIA (2017), quando diz que “*sob ponto de vista jurídico-constitucional, sempre se poderá afirmar que um princípio de preferência constitucional pelo contrato em detrimento de formas jurídicas unilaterais é o que melhor realiza ou se coaduna com o princípio do Estado de Direito (artigo 2º da CRP) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), na medida em que trata o administrado como sujeito e não como objeto das decisões administrativas.*”¹¹

Contudo, este princípio não deve ser encarado com um dever que é imposto às entidades públicas de forma vinculada e rigorosa, sendo que a Administração tem sempre reservado um poder de escolha. Ele deve ser sim encarado como um princípio pragmático, na medida em que não pretende sancionar a Administração de forma alguma, mas sim dar seguimento às finalidades públicas, obtendo bons resultados com a máxima colaboração, cooperação e concertação¹² dos particulares.

Ainda na mesma linha de pensamento, referimos ainda que um princípio geral de preferência legal pelo contrato em detrimento do ato administrativo poderia frustrar as expectativas da Administração, retirar mesmo o seu poder de escolha, até mesmo chegando a dizer que poderia ferir o seu espaço de discricionariedade. A adoção rigorosa deste princípio faria com que a Administração procurasse de forma sistemática o acordo com os particulares (o que poderia proporcionar uma degradação da sua posição negocial) sendo obrigada a recorrer, apenas e só, a atuações unilaterais em situações de manifesta impossibilidade ou inconveniência de utilização do contrato. Deste modo, o contrato cairia em descrédito, levando a uma deslegitimação do mesmo, *artificialmente promovido com base num princípio geral de preferência e não por intermédio da sua funcionalidade e utilidade ao serviço de fins públicos.*¹³

¹¹ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.307.

¹² Diz-se por concertação, o esquema que consiste nas decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, admitindo o contrato como objeto da decisão final de autoridade. Neste sentido, v. JORGE ALVES CORREIA, ob.cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.304.

¹³ Citando em parte, JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.313.

Deste modo, compreende-se o porquê de o legislador não ter adotado este princípio, atendendo às razões explanadas acima.

Por sua vez o legislador português adotou antes um outro princípio que responde, no nosso entender, às necessidades da Administração Pública. Estamos a referir-nos ao princípio da otimização da ação administrativa que se consubstancia na exigência de serem conferidas alternativas procedimentais e liberdade de escolha de formas de atuação às autoridades administrativas, de forma a que seja definido o direito aplicável às concretas relações jurídico-públicas. Assiste-se aos critérios de discricionariedade, dos quais a Administração pode sempre usufruir, de forma a influírem sobre a decisão de uma determinada forma jurídica de atuação. Considerando a forma de atuação que a Administração escolher, esta deve ter em conta aquela que se revele mais eficaz e coerente com a obtenção de um resultado. Quando não se afigurar a possibilidade de obtenção do consentimento dos particulares, a administração tem de continuar em condições, por força do princípio da prevalência do interesse público, de impor o direito da situação concreta.¹⁴

Não obstante, sendo o contrato administrativo a forma mais recorrente¹⁵ no que concerne ao consenso entre o setor privado e setor público, nos dias que correm, assistindo-se a um alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídico-públicas, como já tivemos oportunidade de referir e como vamos ainda explicitar nos próximos capítulos, não podemos excluir o ato administrativo, que também pode ser encarado como objeto de consensualização.

Quando nos referimos ao contrato em substituição do ato administrativo, o regime a aplicar encontra-se consagrado na Parte III do CCP, adstrita ao regime substantivo do contrato administrativo, tendo como consequência a sujeição do contraente público a certas

¹⁴ Vide JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*p.314.

¹⁵ Através do disposto no artigo 200º, nº3 do CPA e no artigo 278º do CCP, vemos consagrado o princípio da autonomia pública contratual ou da liberdade de utilização do contrato administrativo.

prerrogativas e a certas regras jurídicas típicas do “regime geral dos contratos administrativos”¹⁶.

1.2. A atuação privada no setor do urbanismo: cooperação e contratualização

Atualmente os particulares começam a ser encarados como destinatários ativos nas decisões urbanísticas, contrariamente ao que se assistia no passado. Hoje, os particulares convertem-se em interlocutores privilegiados da Administração na determinação das funções públicas, particularmente urbanísticas.

Com isto não se quer dizer que haja uma total privatização no setor do urbanismo, assegurando-se para os poderes públicos uma função de regulação da atuação dos privados. A Administração assume um papel fundamental, tendo em conta que orienta a colaboração entre as entidades privadas e o setor público. Nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA (2012), “*as decisões básicas sobre o urbanismo deixaram de pertencer aos proprietários do solo, para serem cometidas à Administração, a quem cabem funções de planeamento, gestão e controlo das atividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo*”¹⁷. Cada vez mais se assiste a uma cooperação entre interesses privados e públicos.

Não é de todo impossível que se possa conciliar os interesses públicos com os interesses privados, logo, mesmo não prescindindo da autoridade pública, não significa que a liberdade de atuação dos sujeitos privados seja sacrificada.

O fenómeno da colaboração e da cooperação entre sujeitos públicos e privados surgiu, na medida em que se assistiu à necessidade de aliviar os encargos com o cumprimento de tarefas urbanísticas, nomeadamente de construção e manutenção de infraestruturas

¹⁶ Ponto que não será aqui tratado com detalhe, considerando que o objeto da presente dissertação é a contratação pública, mas no direito do urbanismo, mais especificamente. Sobre o assunto consultar, JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...*pp. 483-497.

¹⁷ Vide em FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Volume I*, Almedina, Coimbra, 2012, p.140. No mesmo sentido FREITAS DO AMARAL, *Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística*, in *Direito do Urbanismo*, coord. FREITAS DO AMARAL, Lisboa, INA, 1989, p.99.

indispensáveis para o desenvolvimento urbano¹⁸. Esta tem sido apresentada como a principal razão para a transferência de responsabilidades públicas para os sujeitos privados a que temos vindo a assistir.

Uma das problemáticas associadas à admissibilidade da participação dos particulares no exercício de tarefas urbanísticas prende-se com a necessidade de garantir que tal ocorra sem pôr em causa a prossecução do interesse público. Deste modo, compreende-se o papel preponderante do Estado no que concerne a esta cooperação.

Não obstante, há uma corrente que defende a impossibilidade constitucional da delegação de funções públicas em entidades particulares que, nos dias de hoje, se encontra desenquadrada face à satisfação de necessidades coletivas públicas, a qual não dispensa a colaboração de sujeitos privados¹⁹. Neste sentido, o que deve ser devidamente ponderado são os limites e o âmbito desse exercício.

Na opinião de certos autores, o exercício privado de funções públicas pode fundamentar-se no princípio da subsidiariedade. Na nossa modesta opinião e, reiterando de novo o papel fundamental da Administração na prossecução do interesse público, a atuação pública não é fungível, nem totalmente suscetível de ser encarnada pelo setor privado. Neste sentido, não é sustentável, nem mesmo lógico, a admissão dos sujeitos privados se encarregarem da execução da totalidade das tarefas públicas, reduzindo conseqüentemente o papel da Administração a uma simples fiscalização da atuação daqueles. Contudo, isto não implica a rejeição de colaboração privada, mas esta nunca pode assumir uma posição que substitua, em pleno, a ação pública²⁰.

¹⁸ Como exemplos temos os contratos a tratar no próximo capítulo e, em particular, o contrato previsto no artigo 25º do RJUE, que nos ocupará grande parte do Capítulo III.

¹⁹ Um dos autores que segue esta corrente é PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, p.1101, que defende que, normalmente, a ação pública deve caber às entidades que se caracterizam pela prossecução exclusiva do interesse público, devendo ponderar-se bem em termos de custos e benefícios as implicações resultantes da participação de privados na ação pública.

²⁰ No mesmo sentido JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, 2012, p.31.

Aquando do exercício da função pública por particulares, estes ficam sujeitos aos princípios gerais da atividade administrativa, particularmente no que concerne à prossecução do interesse público, de transparência e de imparcialidade. Neste âmbito pode falar-se do conceito de *governança contratual*, “*com o qual se pretende retratar a preferência da governança por formas de negociação, acentuar a relevância do contrato como mecanismo que habilita os particulares a exercerem funções administrativas e obrigar a encarar os poderes da Administração como poderes de orientação*”²¹.

A transferência do exercício de tarefas públicas para os sujeitos privados, neste caso promotores, é encarada como uma forma intermédia de assegurar a prossecução de interesse público.

Na verdade, a associação das entidades públicas aos sujeitos privados prende-se à incapacidade de a Administração financiar obras de urbanização através de capitais públicos ou às falhas de programação temporal dos investimentos públicos em infraestruturas urbanas. Com efeito, todos estes fatores contribuem, para que cada vez mais, se assista à privatização dos encargos do urbanismo, ou seja, as operações urbanísticas passam a ser financiadas através de capitais privados, de forma crescente e visível.

Assiste-se a uma mudança de paradigma, considerando que, atualmente, os promotores são integrados nos processos de decisão pública numa etapa inicial, o que possibilita a Administração conhecer os projetos privados numa fase preliminar, podendo influenciar o conteúdo de tais projetos e fazer com que os promotores assumam uma maior participação nos encargos com o desenvolvimento urbano. Tudo isto, não se afiguraria possível se a Administração continuasse a agir de forma unilateral e rígida. Mais do que nunca, estamos perante um modelo de colaboração²² entre os promotores privados e a Administração Pública.

²¹ V. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística*...p.102.

²² JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística*... p.103, entende que o conceito de *planeamento colaborativo*, poderá ser enquadrado neste campo. *Planeamento colaborativo*, pode ser entendido como o fim ou o resultado da ação conjunta dos atores públicos e privados tendente a plasmar no campo do planeamento a conexão existente entre o processo de governação e as dinâmicas sociais e especiais. No mesmo

2. A evolução do processo de transformação urbanística no direito português

A partir do início dos anos sessenta, perante a dificuldade em satisfazer necessidades da época, nomeadamente a procura de habitação de todos aqueles que migraram do campo para a cidade, o Estado viu-se obrigado a encarar o problema da transformação urbanística de forma diferente.

Face às necessidades da época, a Administração viu-se obrigada a recorrer à participação ativa dos particulares na atividade de urbanização. Para tal foi consagrada a figura do loteamento urbano²³, subjacente aos mesmos princípios das operações urbanísticas de iniciativa pública: *«pode dizer-se que se trata de operações de urbanismo resultantes de iniciativa privada, mas que se submetem aos mesmos princípios das que o Poder Público diretamente empreende»*.

A partir deste momento, deixamos de assistir a um monopólio público na atividade de urbanização, abrindo-se portas à possibilidade de participação dos sujeitos privados na sua realização.

Podemos apresentar como exemplos a realização de obras de urbanização destinadas à criação ou remodelação de infraestruturas e equipamentos públicos, da delimitação de unidades de execução do planeamento, da promoção de operações de reparcelamento urbano e execução de operações de conservação e de reabilitação dos espaços urbanos²⁴.

sentido consultar, PATSY HEALEY, *Collaborative planning. Shaping places in fragmented societies*, 2ª edição, Nova Iorque, 2006, p.321.

²³ Decreto- Lei nº 46 673, de 29 de novembro de 1965. Antes da aprovação deste DL, o Governo solicitou um parecer ao Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº22/65, de 7 de junho de 1965, p.7, que nunca chegou a ser publicado.

²⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.205. Ainda nesta obra é referida a conceção de MARÍA PARDO ALVAREZ, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid, 2005, pp. 134-135, que encara a transformação urbanística como uma atividade de caráter privado, isto porque inclui não só a atividade urbanizadora mas também a atividade edificatória. A Autora considera que não está aqui em causa qualquer tipo de função pública, embora reconhecendo que, devido à importância de interesses públicos co-envolvidos, os poderes públicos devem controlar intensamente o exercício desta atividade privada. Rejeita fundamentalmente a sua qualificação como atividade pública, considerando que não implica o exercício de prerrogativas de autoridade. Aqui percebe-se perfeitamente que a posição desta Autora não vai ao encontro da posição defendida pelo Autor JOÃO MIRANDA, nem pela posição adotada por nós.

Mais uma vez, voltamos a reiterar que esta atividade não deve ser prosseguida, na sua totalidade e em exclusivo pelas entidades públicas. É necessária a colaboração dos particulares e esta chega mesmo a ser imposta por lei, ao abrigo do disposto nos artigos 47º, nº 3 e 4 e 49º da Lei de Bases²⁵.

Estamos perante uma tarefa comum entre o setor público e o setor privado em que a transformação urbanística se apresenta como a atividade crucial. Aqui as entidades administrativas podem realizar esta atividade diretamente ou, então, delegar a sua execução ao setor privado.²⁶

Destarte, no que concerne ao planeamento do uso dos solos, FERNANDO ALVES CORREIA (2010), considera que a execução dos planos é uma atividade que cabe primordialmente à Administração, embora admita a colaboração dos particulares.²⁷

A atuação dos particulares pode desdobrar-se em várias modalidades, dependendo se consiste numa colaboração na execução da atividade pública de transformação urbanística ou, ao invés, se situe no âmbito de um espaço de livre iniciativa dos cidadãos, situação na qual estamos perante uma atividade privada. Na segunda situação, desenvolvem-se as atuações baseadas na autonomia privada dos particulares, nas quais se destacam a maioria das ações levadas a cabo no âmbito do sistema de iniciativa dos interessados (artigo 149º do RJIGT) e no sistema de cooperação (artigo 150º do RJIGT).²⁸

Quando falamos do contrato de urbanização, também estamos perante o exercício do direito privado, desenvolvido por particulares, que a doutrina designa por urbanismo

²⁵ Consagrado no artigo 16º, nº3 da antiga Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei nº 48/98, de 11 de agosto.

²⁶ Em sentido contrário, cfr. LLISSET BORRELI, *La atividade urbanística de los particulares*, Madrid, 1975, p.209 *apud* JOÃO MIRANDA, ob.cit., *A Função Pública Urbanística...* p.205, que defende que estamos perante uma atividade exclusivamente pública, embora admita que os particulares possam participar, mas ao abrigo de uma concessão desenvolvida pela Administração.

²⁷ V. FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit., *Manual... II*, p.22. Ver ainda, no que concerne à concorrência entre os setores público e privado na execução de tarefas públicas, PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...* pp.244-245.

²⁸ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* pp.206-207.

relacional, na medida em que a execução do plano se baseia em relações contratuais estabelecidas entre os destinatários das prescrições urbanísticas, no que diz respeito à autonomia privada, em que o município desempenha o papel de «*registro das escolhas planificatórias dos privados*»²⁹, isto é, a Administração apresenta-se como um terceiro na execução do plano, do qual nunca podemos dispensar a intervenção.

JOÃO MIRANDA (2012) é da opinião que deverá haver «*um rompimento com a visão doutrinária que procura encerrar exclusivamente com o problema numa de duas alternativas: ou o direito de urbanizar faz parte integrante do direito de propriedade privada, caso em que está imune às regras de concorrência; ou corresponde a uma realidade apartada do referido direito fundamental, hipótese em que se encontra sujeita às normas da contratação pública*».³⁰

Indo de encontro a esta posição, podemos afirmar que esta ideia não contradiz a ideia de que as obras de urbanização são obras públicas. Não podemos deixar de ter em atenção que estas obras prosseguem finalidades públicas, salvaguardando a sua qualificação como atividade privada. Daí que se justifique a qualificação para estas atuações dos sujeitos privados como a de atividade privada de interesse público. Neste contexto, a realização das operações de loteamento urbano por particulares assumem uma elevada importância, às quais será dada a devida importância no Capítulo III.

Na nossa modesta opinião, não devemos ir ao encontro a posições tão radicais, mas sim encontrarmo-nos no intermédio, ou seja, defendemos que a contratação urbanística, geralmente, não se deve ser submetida às regras da concorrência aplicadas à contratação pública pelo CCP, salvaguardando os casos em que estejam em causa a escolha entre vários promotores de operações urbanísticas, designando-se por particulares interessados e que a escolha do contraente, por concurso público, para ficar a cargo daquela operação urbanística se adegue à situação em apreço. A não ser assim, os casos mais frequentes

²⁹ Designação utilizada por PAOLO URBANI, *Territorio e poteri emergenti: Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Turim, 2007, p.176.

³⁰ Seguindo de perto, JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.213.

na contratação pública encontram-se ao abrigo do artigo 5º do CCP que enumera os casos em que a contratação pública se encontra fora do alcance da aplicação das normas de concorrência. Mais à frente, mais precisamente no Capítulo II, iremos falar das várias modalidades contratuais e se, a cada uma delas há aplicabilidade das referidas regras de concorrência da contratação pública.

3. Manifestação do exercício privado na Função Pública – a separação entre a esfera pública e a esfera privada

Como não poderia deixar de ser, em primeiro lugar procederemos à explanação e identificação dos casos em que existe uma manifestação do exercício privado na Função Pública e, *à contrário*, de casos de aparente manifestação.

Iremos delimitar quais as entidades privadas que colaboram com a Administração na função pública urbanística.

Como já é habitual, sabemos que há uma nítida separação entre a esfera pública e a esfera privada, sendo que o conceito de particulares³¹ é encarado como o antónimo do conceito de entidades públicas, ou seja, aquelas que integram a Administração Pública.

Mais uma vez, é importante reforçar que *“a transferência de uma atividade administrativa para uma entidade privada não implica necessariamente a transformação desta num sujeito público”*.³²

Aludindo a conceitos que a doutrina vem apelidando quando se pretende referir ao exercício privado da função administrativa por entidades privadas, é dada, geralmente, maior

³¹ Definidos como as únicas entidades privadas que têm origem na sociedade e que se apresentam como externas face à estrutura da Administração pública. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*p.424, ainda acrescenta que apenas os particulares se apresentam como entidades genuinamente privadas por atuarem no espaço da Sociedade, no exercício de direitos e liberdades.

³² V. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.270.

relevância ao fenómeno da «*administração por particulares*» ou da «*privatização orgânica material*». ³³

Destarte, tomando em linha de conta o que já foi dito acerca da natureza privada dos particulares, não podemos esquecer que as mesmas possuem um substrato publicístico, em resultado da influência dominante que é exercida sobre eles por outras entidades administrativas. Daí a que a doutrina as venhas a englobar no conceito subjetivo de Administração Pública ³⁴.

De qualquer forma, deve reter-se como noção fundamental que o financiamento maioritário pressupõe a existência de uma situação de dependência efetiva da entidade privada. Daí que seja previsível que esta situação se prolongue no tempo por um período significativo, nunca inferior a três anos. No entanto, este financiamento não pode ser resultado de uma prestação específica, funcionando nos mesmos moldes do pagamento de um preço à entidade privada pela prestação de um serviço.

Relativamente a uma nova denominação, nomeadamente as entidades administrativas privadas e a sua separação dos particulares ³⁵, importa referir que as duas possuem substratos distintos. Quando nos deparamos com funções públicas exercidas pelas últimas, os riscos de conflitos de interesses não se colocam com a mesma intensidade aquando das delegações a

³³ VITAL MOREIRA, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 2007, pp.288 e 545, procede à distinção entre «*administração por particulares*» e «*entidades administrativas de direito privado*». No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*p.396, vem ainda dizer que quando nos referimos a «*administração por particulares*», estamos a dirigir-nos à «*privatização orgânica material*» e aquando das «*entidades administrativas de direito privado*» estamos no domínio da «*privatização orgânica formal*», conceitos utilizados pelo autor, dos quais não nos vamos ocupar nesta dissertação.

³⁴ Como exemplos desta doutrina temos MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração pública*, Coimbra, 1996, p.327; VITAL MOREIRA, ob. cit., *Administração...*p.286; PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, p.222; PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*p.398.

³⁵ Este conceito não abarca as diversas entidades privadas criadas pelos sujeitos públicos com o fim de desenvolverem atividades públicas no domínio urbanístico. Não se subsumem neste conceito os trabalhadores, os funcionários, os agentes e titulares de órgãos públicos. Aqui trata-se de sujeitos que mantêm uma ligação ou um vínculo a uma entidade administrativa, pertencendo à estrutura desta. Tal como PEDRO GONÇALVES reconhece, ob. cit., *Entidades...*p.427, as pessoas em causa «*não participam na Administração; são a Administração*».

favor de particulares. Desta forma, justifica-se a atribuição de regimes diferenciados a estas duas formas de exercício de funções públicas.

Também podemos aludir à situação em que os cidadãos participam, enquanto tais, em órgãos administrativos. Notoriamente estamos perante uma situação em que os particulares colaboram com a Administração, sem serem parte integrante da mesma. Não obstante, estes passam a ser considerados parte integrante, deixando de serem realidades estranhas ou exteriores à Administração.

Em síntese, os particulares com funções urbanísticas pertencem à esfera privada, isto é, à sociedade em si. Porém, não podem ser postos do “*lado de fora*” da Administração, continuando a participar e a colaborar no exercício da função pública administrativa, integrando-se na Administração, em sentido material.

Quando os particulares se encontram a exercer funções públicas, a função permanece pública e a Administração pode recuperar, a todo o tempo, as funções delegadas, mostrando-se inconcebível a existência de uma «*propriedade privada de funções públicas*»³⁶, ou seja, e traduzindo este entendimento, as funções públicas que são atribuídas aos particulares nunca perdem a sua natureza pública, integrando-se sempre na esfera pública da Administração.

Salientando o que já foi dito, os particulares, nestes casos, encontram-se sujeitos ao regime do Direito Privado Administrativo que se compreende no conceito de Direito Administrativo em sentido alargado. Podemos também considerá-lo um *Direito Público travestido de Direito Privado*, sendo que se está perante um *Direito com vestes privadas que opera segundo a lógica e a finalidade de Direito Público*.³⁷

³⁶ Recorrendo à terminologia utilizada por FRITZ OSSENBÜHL, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, in VVDStRL, nº29, 1971, pp.189-190, que determina o afastamento da possibilidade de os particulares a quem é retirado o exercício de uma função pública poderem argumentar a proteção dos direitos fundamentais com o fim de evitar que tal se verifique.

³⁷ Recorrendo às expressões utilizadas por SALVATORE GIACCHETTI, *Dalla «Amministrazione di Diritto Pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, in FA, 2006. pp.2357-2358 apud JOÃO MIRANDA, ob.cit., *A Função Pública Urbanística...*p.275.

Neste contexto, essa entidade privada é análoga aos sujeitos públicos que fazem parte da Administração Pública. Os atos por ela praticados são, inevitavelmente, atos jurídico-públicos e as relações que estabelece com outros sujeitos privados qualificam-se como jurídico-administrativas³⁸, ao invés de jurídico-privadas. Consequentemente, quaisquer litígios que surjam neste contexto estão sujeitos às normas da jurisdição administrativa.³⁹

A respeito da responsabilidade a que os particulares se encontram adstritos quando estão sob o exercício de funções públicas, importa que fique claro que os atos por aqueles praticados lhe são imputáveis. Deste modo, os mesmos são responsáveis pelos danos emergentes das suas ações, a não ser que a Administração possa vir a ser responsabilizada nos termos da *culpa in vigilando* e da *culpa in elegendo*, critérios estes excepcionais.⁴⁰

De qualquer forma a Administração não se encontra eximida da *responsabilidade de garantia* pelos resultados da atividade dos particulares, imposta pelo disposto no nº6 do artigo 267º da CRP.

Depois de feito o enquadramento e a delimitação acerca dos conceitos da esfera pública e da esfera privada, identificaremos quais os casos de atividades administrativas de natureza urbanística que são suscetíveis de execução por particulares.

Como atividades públicas, distinguimos cinco tipos, sendo eles a atividade de planeamento urbanístico, a atividade de transformação urbanística, a atividade de intervenção no funcionamento do mercado dos solos urbanos, a atividade de controlo da edificação e da utilização dos solos e a atividade sancionatória urbanística. Apenas falaremos das duas primeiras atividades na presente dissertação.

³⁸ Recorremos ao entendimento, a este respeito, de ALEXANDRA LEITÃO, *A proteção judicial dos terceiros nos contratos de Administração Pública*, Lisboa, 2002, p.440 e de PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*p.1044, como base doutrinal. PEDRO GONÇALVES sustenta que as relações em causa se inserem no âmbito privado. No entanto, são regidas pelo Direito Privado Administrativo, encarando-o com Direito Privado Especial.

³⁹ PEDRO GONÇALVES, ob.cit., *Entidades...*pp.1040-1041, vai ao encontro desta ideia.

⁴⁰ Voltando a recorrer aos ensinamentos de PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*pp.653-654.

Contudo, nem todas estas atividades são suscetíveis de serem executadas pelos particulares.

Em primeiro lugar, os particulares não podem ficar encarregues do desempenho da atividade sancionatória, tendo esta de ser, impreterivelmente, desempenhada pelos poderes públicos.

Noutra perspetiva, os particulares ficam também ficamos impedidos de intervir no funcionamento do mercado de solos urbanos. Não obstante, não ignorando a colaboração das entidades privadas com a Administração na execução de atividades desta natureza, a bem dizer, estas nunca chegam a exercer atividades que são conferidas a entidades administrativas pela própria lei. De outra forma, podemos afirmar que os sujeitos privados se limitam a cooperar com as entidades públicas, detendo responsabilidades ao nível da política de solos, não se mostrando plausível que fosse de forma diferente.

Pondo cobro à problemática da delimitação do conceito de exercício privado da função pública urbanística, afirmamos com certeza que esta se traduz na transferência para particulares do exercício de uma tarefa pública, *“agindo esses sujeitos privados em vez da Administração na satisfação de uma necessidade coletiva pública de carácter urbanístico”*.⁴¹

De seguida, colocaremos a nossa atenção nos casos em que existe uma aparente manifestação do exercício privado da Função Pública.

Começando por enumerar os casos em que não existe uma verdadeira manifestação do exercício privado da Função Pública, JOÃO MIRANDA (2012) defende que a execução do plano por via de sistema de iniciativa de interessados⁴², traduzindo-se em relações jurídico-privadas estabelecidas entre os destinatários das normas jurídicas, se integra nestes casos. Destarte, frisamos que estão em causa a prossecução de finalidades públicas, mais precisamente da distribuição perequativa dos benefícios e encargos decorrentes do plano, o

⁴¹ Na mesma linha de pensamento, v. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.279.

⁴² Conceito que iremos trabalhar de forma mais desenvolvida no capítulo II da presente dissertação.

que não impede que os particulares atuem no âmbito da sua capacidade jurídica de Direito Privado, visando a concretização de uma tarefa privada.

Posto isto, não estamos perante a execução de uma tarefa administrativa, portanto pública.

Outro exemplo assenta na atividade das cooperativas de habitação, que é suscetível de gerar impactos no domínio urbanístico, reconhecendo o seu interesse público ou de utilidade pública da atividade por elas desenvolvidas. No entanto, não nos parece possível que esta atividade se possa assimilar na figura do exercício privado da função pública urbanística, considerando que o contributo dado pelas cooperativas não seja razão que chegue para que se conclua que as mesmas executam tarefas materialmente administrativas. Muito pelo contrário, a Constituição concede um estatuto de cooperativa, pelo que a atividade é exercida com autonomia, respeitando as normas da liberdade de iniciativa segundo o artigo 65º, nº2, al.d).

Não basta que as cooperativas representem um papel social no direito fundamental à habitação para daí se retirar a conclusão que as mesmas exercem uma atividade pública.

Noutra perspetiva, temos a figura da cooperação dos sujeitos privados com a Administração na prossecução da função pública urbanística que é munida de duas vertentes: celebração de contratos de cooperação entre os sujeitos públicos e privados; constituição de uma pessoa coletiva com participação pública e privada.

A primeira vertente irá ser referida aquando da classificação das diversas modalidades dos contratos urbanísticos, no capítulo III. Aqui apenas de mostra necessário referir que este tipo contratual não constitui uma forma de colaboração dos particulares na realização de tarefas públicas e, conseqüentemente, é insuscetível de ser qualificada como uma manifestação de exercício privado da função pública urbanística.

JOÃO MIRANDA (2012) vem ainda acrescentar que, neste cenário, os particulares estão a desenvolver uma atividade estritamente privada, embora se verifique a prossecução do

interesse público, na medida em que esta atividade é desenvolvida de acordo com as condições mais adequadas para este fim.⁴³

Fazendo referência à segunda vertente, estamos no âmbito da figura dos programas de ação territorial, regulados pelo artigo 121º do RJIGT, aprovado pelo antigo DL nº 380/99, de 22 de setembro, agora revogado pelo DL nº 80/2015, de 14 de maio, que se encontra em vigor. Esta figura “desapareceu” perante o atual sistema do regime jurídico de edificação e gestão territorial.

No entanto, reportando-nos ao antigo sistema podemos afirmar que tanto esta figura, como a dos contratos de cooperação se apresentam como uma manifestação aparente do exercício privado de funções públicas, isto porque, neste âmbito, os sujeitos públicos e privados celebram-nos tendo em conta o seu espaço de liberdade de atuação, respetivamente, no quadro da autonomia pública e no da autonomia privada.⁴⁴

Ainda no âmbito de uma relação de cooperação, temos a figura da associação da Administração com os proprietários⁴⁵, encarada como um dos exemplos mais relevantes desta categoria, traduzindo-se na disponibilização de áreas para expansão ou renovação urbanas onde os particulares visam obter a valorização económica dos solos de que são proprietários.

Nos dias de hoje, já não se recorre a esta figura. No entanto, quando dispúnhamos do uso da mesma, esta enquadrava-se nas situações em que existe uma prossecução de finalidades

⁴³ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.285.

⁴⁴ Na mesma linha, JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.286.

⁴⁵ Esta figura estava prevista no artigo 22º da Lei dos Solos, aprovada pelo DL nº576/70, de 24 de novembro e dispunha do seguinte:

“1. A Administração pode expropriar por utilidade pública os terrenos necessários à criação ou ampliação de zonas ou parques industriais.

2. Os terrenos referidos no número anterior, depois de dotados de infraestruturas adequadas, podem ser cedidos pela Administração para o estabelecimento e funcionamento de instalações industriais, públicas ou privadas.”

próprias, não descartando o resultado final que se afigura no interesse quer das entidades públicas, quer das entidades privadas.

A ideia a reter consubstancia-se no facto de todas as situações apresentadas se integrarem num contexto de combinação de tarefas e responsabilidades privadas ou, por outras palavras, estamos perante *uma «coexistência colaborante entre atividades públicas e atividades privadas»*.⁴⁶ É deduzível que o objeto destas situações seja coincidente, mas isso não quer dizer que, aqui, os privados estejam a prosseguir tarefas administrativas. Eles apenas se limitam a desempenhar atividades que as entidades públicas também exercem.

Quando estamos perante as formas de participação dos particulares no domínio urbanístico, não temos, apenas, de nos cingir ao exercício da função pública urbanística, podendo dar aso a outros tipos de participação dos particulares ocorridas neste domínio.

Estamos num domínio onde não existe uma verdadeira manifestação de exercício privado da função pública urbanística, em que temos as figuras da participação procedimental e da incorporação de particulares em órgãos administrativos.

A primeira, consubstancia-se na participação dos cidadãos na constituição de decisões que lhes disserem respeito, segundo o artigo 267º, nº5, 2ª parte, da CRP. A participação dos cidadãos está também plasmada no artigo 65º, nº5, da CRP. Os mesmos detêm este direito no sentido de estarem aptos a defender quer os direitos da comunidade, quer os seus próprios direitos. Uma concretização deste princípio surge na medida do planeamento urbanístico participativo, onde os cidadãos empregam a sua opinião e criam, sob orientação da Administração, soluções a vir contempladas no plano.

A segunda, traduz-se na incorporação de particulares em órgãos administrativos pré-existentes ou formados *ad hoc* visando acompanhar o decorrer de determinados procedimentos urbanísticos. Esta hipótese veste duas vertentes, sendo elas a intervenção dos

⁴⁶ A expressão é utilizada por FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, I*, 3ª edição, Coimbra 2006, p.717.

atores privados como peritos especializados⁴⁷ ou, noutra vertente, como representantes de organizações da sociedade civil⁴⁸. Concluindo, os cidadãos passam a ser titulares ou membros de um órgão, não havendo qualquer ligação ao exercício privado de uma função pública.

De todo o modo, quer uma modalidade de participação dos cidadãos, quer a outra não reúnem os requisitos para se integrarem no exercício privado da função pública, ou seja, estamos, mais uma vez, perante uma manifestação aparente deste mesmo exercício.

Outra forma de participação dos particulares assenta na colaboração auxiliar de atores privados na prossecução de finalidades urbanísticas. Os particulares que atuam neste âmbito são aqueles que, no contexto da privatização funcional, cooperam com as entidades públicas na preparação ou implementação da tarefa pública urbanística. Podemos estar no seio de uma relação de subordinação perante a entidade administrativa competente ou, antes, de uma situação em que o sujeito privado executa a tarefa no âmbito da respetiva autonomia técnica.

Porventura, nestas hipóteses, a participação dos sujeitos privados é única e exclusivamente auxiliar, estando em falta um elemento decisivo para que se possa ter em vista a “*subsunção no instituto do exercício privado da função pública*”⁴⁹, nomeadamente, a imputabilidade dos atos ao particular. Consequentemente, estes auxiliares da Administração não têm poderes decisórios e o exercício das suas funções é sempre imputado à entidade pública a quem prestam serviço.

Como exemplos temos a contratação de equipas pluridisciplinares, às quais compete a elaboração de planos ou de projetos de obras de urbanização e o caso da transferência para particulares da realização das diligências instrutórias no procedimento. Finalmente, a

⁴⁷ Trata-se de uma participação prestada por cidadãos especialmente qualificados em razão da sua capacidade técnica.

⁴⁸ Neste âmbito, os principais interessados no funcionamento de uma determinada estrutura administrativa intervêm no que concerne à tomada de decisão. Deste modo, procura-se que os cidadãos se considerem aptos para tal.

⁴⁹ Recorrendo à terminologia utilizada por JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística*...pp.290-291.

Administração também pode contratar sujeitos privadas com a objetivo de serem estes a promoverem, sem autonomia, a execução das suas decisões.

O objetivo a alcançar traduz-se nas partes darem o seu contributo para a formação da decisão administrativa, dando lugar a uma «*justiça procedimental abrangente*»⁵⁰. Nos casos de colaboração auxiliar, os particulares regem a sua atuação segundo as normas do Direito Privado, conseqüentemente executando uma atividade privada. Pelo contrário, no exercício privado da função pública urbanística, o particular adota em nome próprio a responsabilidade de levar a cabo a tarefa administrativa.⁵¹

No que concerne aos direitos do ator popular em defesa de interesses de caráter urbanístico, a Constituição reconhece como um deles, no artigo 52º, nº3, al.a), a tutela da qualidade de vida.

O direito de ação popular consiste na forma de participação cívica dos cidadãos na vida política do Estado, consubstanciando-se numa manifestação da sociedade face à organização de poderes públicos.

No contexto da legislação urbanística, voltamos a encontrar a consagração do direito de ação popular⁵² no artigo 7º do RJIGT.

No seio da ação popular, o ator age em substituição da Administração, tutelando os respetivos interesses.

A questão a levantar coloca-se nos casos em que as autarquias locais não defendem os bens dos particulares, ou seja, o particular pretende controlar a atuação dos poderes públicos.

⁵⁰ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.292.

⁵¹ Com mais pormenor acerca do tema, v. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*p.348 e seguintes.

⁵² Quanto à ação popular, a doutrina considerava a ação popular corretiva que se traduzia na reação contra atuações ilegais da Administração e a ação popular supletiva que estava ligada ao propósito de colmatar a inércia das autarquias locais na defesa dos seus bens. Abordando a origem da ação popular no direito português, consultar MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, II*, 10ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra, 1994. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*pp.295-297, é da opinião de que não há razões para autonomizar estes dois tipos de ação popular, sendo que a ação popular consiste sempre na “*expressão da participação cívica dos cidadãos e de controlo sobre a atuação dos poderes públicos*”.

Este caso representa, mais do que a substituição da Administração, o cumprimento de deveres de colaboração cívica dos cidadãos.

Neste seguimento, PAULO OTERO (1999) diz que estamos perante o exercício ocasional de funções públicas por particulares, isto é, estes atuam processualmente para tratar “*judicialmente de interesses de uma entidade pública, suprimindo a omissão ou negligência de atuação pública na sua defesa.*”⁵³

Neste campo específico do urbanismo o particular tem como pretensão máxima preservar o domínio público urbano e evitar um balizamento à utilização comum do mesmo pelos cidadãos.

Posto isto, a ação popular não pode ser entendida como uma manifestação de exercício privado da função pública. Deparamo-nos, sim, com um mecanismo de participação cívica dos cidadãos que pretende assegurar tanto o controlo das atuações públicas, bem como a fruição coletiva de determinados bens tutelados sob normas constitucionais.

Por último, dando espaço a outra figura que não se apresenta como uma manifestação do exercício privado da função pública, temos a tarefa da aprovação dos planos que se apresenta como insuscetível de ser delegada a sujeitos privados. Segundo o artigo 65º, nº4 da CRP, esse papel cabe exclusivamente à Administração, verificando-se a atribuição de uma competência reservada em matéria de planeamento à mesma.

Depois de analisadas as modalidades que não se englobam nos casos de manifestação do exercício privado da função pública, sendo elas as ações de colaboração auxiliar na implementação da tarefa pública de execução do plano e as ações levadas a cabo pelos privados no respetivo espaço de livre iniciativa, passaremos à análise das ações privadas de transformação urbanística realizadas em substituição da Administração, fazendo apenas uma breve referência, considerando que as mesmas serão analisadas em pormenor nos próximos

⁵³ V. PAULO OTERO, *A ação popular: configuração e valor no atual direito português*, in ROA, 1999, p.877 *apud* JOÃO MIRANDA, *ob. cit.*, *A Função Pública Urbanística...*p.295.

capítulos da presente dissertação. Estas sim se apresentam como uma verdadeira manifestação do exercício privado das funções públicas.

Tal como foi outrora referido, a concorrência entre os setores público e privado é permitida no que concerne à transformação urbanística.

A forma mais utilizada para a transferência do exercício de atividades transformação urbanística para particulares é o contrato urbanístico, objeto principal de estudo da presente dissertação.

Neste contexto, a técnica mais utilizada no seio contratual é a concessória, em que os poderes da Administração são transferidos para os particulares, os quais estes exercem por sua conta e risco, embora visando o interesse público. A Administração recorre à intervenção dos particulares neste sentido, porque se “*vê obrigada*”, isto é, deparando-se com os constrangimentos orçamentais atuais com que se debatem as entidades públicas, esta é a forma mais viável para captar investimentos privados na realização de infraestruturas e para equipamentos urbanos.

São estas as razões que fazem com que o recurso à transferência de tarefas públicas para particulares seja cada vez mais frequente.

4. Limites à atuação dos particulares no que respeita ao setor da transformação urbanística

Atendendo a tudo o que já foi dito até agora, existe a necessidade da imposição de limites ao exercício da função urbanística aos particulares

Como tal, neste contexto, têm lugar alguns princípios limitadores da transferência de funções urbanísticas para particulares, nomeadamente o princípio da prossecução do interesse público, o princípio da proteção dos direitos fundamentais, o princípio da socialidade, entre outros, aos quais também será dada a devida atenção.

Dando lugar ao primeiro princípio, este é encarado como o princípio norteador de todas as atuações destinadas à satisfação de necessidades coletivas públicas. Com efeito, este é o fio condutor dos vários princípios fundamentais da Administração Pública previstos no

artigo 266º, nº1 da CRP, onde os respetivos trabalhadores «*estão exclusivamente ao serviço do interesse público*», segundo o artigo 269º, nº1 da CRP. Isto quer dizer que o molde constitucional de Administração Pública se concentra, primacialmente, na existência de entidades que se dedicam “*à prossecução do interesse público*”⁵⁴, e que, por isso, possuem uma credibilidade reforçada⁵⁵, resultante da «*fidelidade aos valores públicos*»⁵⁶”.

No entanto, isto não significa que a Constituição proíba o exercício de funções públicas por entidades privadas. Temos oportunidade de observar exatamente o contrário no artigo 267º, nº6 da CRP.

O exercício de funções públicas está reservado, em primeira linha à Administração Pública. Não obstante, este pode ser delegado a sujeitos privados, desde que sujeito a limites.

Como refere VITAL MOREIRA (2007), o exercício de funções administrativas por particulares encontra-se sujeito a um limite quantitativo: «*deve ser uma situação excepcional ou pelo menos quantitativamente menor no contexto global da Administração Pública*»⁵⁷.

Como sabemos esta conceção apresentada por VITAL MOREIRA (2007), já não é tão estanque assim, considerando que o recurso aos contratos urbanísticos, objeto da presente dissertação, é utilizado em grande escala, deixando o exercício de funções administrativas por particulares de se enquadrar numa situação excepcional, contanto enquadrando-se nas situações versadas na segunda parte da afirmação feita pelo mesmo autor.

A questão que nos surge neste contexto prende-se ao facto de saber se “*esses sujeitos privados estão em condições de pautar a sua atuação pelo objetivo de realização do interesse público ou se, pelo contrário, a «situação contraditória» em que se encontram – em virtude da sua natureza privada mas ligada à realização do interesse público – não*

⁵⁴ Em sentido semelhante, PEDRO GONÇALVES, ob.cit., *Entidades...*pp.989-990.

⁵⁵ Cfr. PAUL VERKUIL, *Outsourcing and the duty to govern, in Government by contract*, Cambridge (Massachusetts), 2009, p.330 apud JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.551.

⁵⁶ A expressão pertence a JOHN DONAHUE, *The privatization decision*, Nova Iorque, 1989, p.12 apud JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.551.

⁵⁷ V. VITAL MOREIRA, ob. cit., *Administração...*p.546.

*podará ser um fator gerador de uma certa ambivalência que, em certos casos, os faça preferir desenvolver interesses privados, em detrimento do interesse público”.*⁵⁸

Ora, neste contexto, podemos apresentar várias respostas possíveis, versando sobre diferentes posições.

A doutrina norte-americana vem acrescentar que só é constitucionalmente admissível a transferência de funções públicas para entidades privadas, se estiverem presentes os mecanismos necessários de *accountability*⁵⁹ que atestem que o poder público é exercido com respeito às vinculações jurídico-públicas resultantes da CRP.

Deste modo, é entendido que a única via para a integração dos particulares no exercício de funções públicas passa pelo reforço dos poderes de fiscalização das entidades públicas sobre as entidades privadas.⁶⁰

Quando está em causa a delegação de tarefas públicas a sujeitos privados, há que garantir que o princípio da prossecução do interesse público é respeitado pelos mesmos, isto porque a delegação dessas mesmas tarefas é condicionada por essa garantia. Isto leva-nos a considerar o risco de captura do interesse público por interesses privados, já antes mencionado na presente dissertação. Consequentemente, a solução preconizada para este problema passa pela vinculação desse exercício à observância da juridicidade administrativa, em que os sujeitos privados que sejam adstritos a esse exercício, se encontram sujeitos a uma cláusula geral de imparcialidade.

⁵⁸ Questão suscitada por JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.552.

⁵⁹ Entendemos por “*accountability*”, o facto de se ser responsável pelas suas ações e ainda ser capaz de dar justificações para estas. Esta expressão foi utilizada por GILLIAN METZGER, *Private delegations, due process and the duty to supervise, in Government by contract. Outsourcing and american democracy*, obra coletiva, Cambridge (Massachusetts), 2009, p.291 *apud* JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.553.

⁶⁰ O autor PAUL VERKUIL, *Public law limitations on privatization of government functions*, in N.C.L Rev, vol.84, 2005-2006, p.399, que este controlo não tem sido realizado em grande escala, considerando que há um aumento de entidades privadas a exercer tarefas públicas e uma diminuição das entidades públicas criadas para fiscalizar aquelas, *apud* JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.553.

Neste sentido podemos assistir a uma situação de desvio de poder aquando da atuação do delegatário da função pública colidir com os valores de imparcialidade e da neutralidade administrativas e, ao invés de serem prosseguidos interesses públicos, são prosseguidos interesses privados.⁶¹

Por sua vez, quando estamos perante a atuação de peritos técnicos, corremos também o risco da transferência da decisão pública para entidades externas à Administração, as quais estão desprovidas de qualquer legitimidade democrática.

No que concerne à atribuição de tarefas públicas, perguntamo-nos ainda se é viável que as entidades privadas em apreço tenham fins lucrativos ou não. Devemos ter preferência pelas primeiras?

Aqui, só poderemos fundamentar a nossa resposta atendendo ao tipo de atividade desempenhada. Por exemplo, na situação dos concessionários para os quais são transferidos determinados poderes administrativos, não persistem incompatibilidades, como, para satisfação das entidades públicas, a utilização de meios de gestão privada (dinheiros privados) é benéfica para a prossecução do interesse público. Ainda um ponto a considerar, é o facto de não se demonstrar incompatível transferir poderes públicos para empresas privadas com fins lucrativos se o risco principal recair no concessionário e não na entidade pública concedente. Com efeito, dá-se o reforço do cumprimento do interesse público.

Nos dias de hoje, cada vez mais se assiste a uma privatização das instituições da Administração, visando o lucro, não deixando por esse motivo de prosseguir o interesse público.

Podemos concluir, que não existe incompatibilidades sérias ou visíveis na atribuição de tarefas públicas a empresas privadas com fins lucrativos. Não obstante, afigura-se previsível que seja mais seguro atribuir funções públicas às entidades privadas às quais foi reconhecida

⁶¹ No mesmo sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *Entidades...*pp.977-991, que vê a atribuição de funções públicas criadas para prosseguir exclusivamente o interesse público como «*a garantia mais idónea e segura da observância da neutralidade e da imparcialidade da ação pública*». Considera ainda que não existem garantias de que os sujeitos privados se sujeitem a uma atuação desinteressada.

a utilidade pública, sendo que estas se encontram em condições mais adequadas e privilegiadas para desenvolver funções administrativas do que as demais entidades privadas.

Atendendo ao segundo princípio limitador, o artigo 266º, nº1 da CRP sublinha que a prossecução do interesse pública tem de ser realizada, considerando os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Consideramos que a realização destes interesses com cariz público deve estar sempre condicionada pela defesa dos direitos dos cidadãos, não fazendo sentido ser de outra forma.

Porventura, a atribuição de funções administrativas a entidades privadas que não se submetem a este princípio é incompatível com a prossecução do interesse público em si mesmo. Para além do mais, o urbanismo é considerado como um dos campos em que não é admitido o sacrifício dos direitos de terceiros.

Frisamos ainda que se as entidades privadas já se encontram vinculadas ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, as entidades privadas que exercem funções administrativas encaram esta vinculação com um cariz intensificado.

Acresce, ainda, que o princípio da proteção dos direitos fundamentais pode ser invocado de igual forma, como limite à liberdade de conformação do legislador na atribuição de tarefas públicas urbanísticas a sujeitos privados. Desta forma, a proteção do promotor da operação urbanística fica garantida, na medida em que a transferência de responsabilidades públicas tem de ser escoltada do cumprimento do dever estadual de emissão de normas regulamentares e de planeamento a adequar a realização de operações urbanísticas.⁶²

Deste modo fica vedado ao legislador, através de uma privatização forçada dos poderes de controlo da atividade de urbanização e de edificação, onerar desproporcionadamente o promotor com tarefas procedimentais que não lhe competem ou que constituam um custo de transação excessivo para a execução da atividade.

⁶² Acompanhando de perto JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*p.556.

Ao legislador compete sempre averiguar se os mecanismos administrativos de fiscalização existentes são suficientes para a prevenção de riscos, tais como perigos para a vida e a integridade física decorrentes de construções.

Com efeito, este princípio funciona como limite ao legislador no que toca à privatização de tarefas urbanísticas, quer na perspectiva da proteção da segurança jurídica do promotor, quer na tutela dos vizinhos.

Por fim, deparamo-nos com o princípio da socialidade, previsto ao abrigo do artigo 2º e 9º da CRP, na medida em que este princípio se traduz numa incumbência estadual de efetivação dos direitos económicos, sociais culturais e ambientais. Por sua vez, a promoção da justiça social e da igualdade de oportunidades é um dos pilares do Estado no âmbito económico e social, consagrado no artigo 81º, al.b) do CRP.

No que toca à concretização da política pública urbanística e à efetivação de direitos sociais, existem elementos de convergência entre os dois pontos, entre os quais se acentua o direito à habitação. De acordo com o disposto no artigo 65º, nº2 da CRP⁶³, compete ao Estado intervir através de instrumentos de planeamento, de forma a assegurar os elementos necessários diretamente relacionados com o direito à habitação, não se afigurando possível ou admissível que a aprovação dos instrumentos utilizados para tal, seja delegada em entidades privadas.

O plano não pode ser substituído por instrumentos privados de desenvolvimento urbano. Consequentemente cabe à Administração definir nos próprios planos quais as bases essenciais e principais das políticas locais de habitação.

O que aqui se discute não prejudica a assunção de responsabilidades por particulares no que diz respeito à execução destas operações urbanísticas, estando em causa uma limitação

⁶³ Esta é uma das normas que mostra a indisponibilidade da Administração delegar a aprovação dos instrumentos aqui mencionados a entidades privadas. A alínea a), não padece da habitual indeterminabilidade, caracterizadora de muitas normas constitucionais consagradoras de deveres de prestação estadual ao nível dos direitos sociais. Neste sentido v. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p.133 *apud* JOÃO MIRANDA, *ob.cit.*, *A Função Pública Urbanística...*p.559.

ao nível da orientação das políticas de habitação. Muito pelo contrário, a intervenção dos particulares na execução de operações urbanísticas é admitida segundo o artigo 65º, nº2, al. c) e d) da CRP, no que diz respeito à construção de habitação e à promoção do bem-estar social e económico e da qualidade de vida, segundo o artigo 81º, nº1, al.a) da CRP.

Também compete à Administração assegurar o acesso à habitação dos estratos sociais mais desfavorecidos, de acordo com o artigo 65º, nº2, al.b), e artigo 81º, al.a) da CRP, contando com a colaboração das entidades privadas na execução de tais tarefas, sendo essa colaboração encarada como subsidiária, na medida em que essa tarefa é, em primeira linha, atribuída à Administração.

A compreensão do artigo 66º da CRP leva-nos a crer que a transferência integral de responsabilidades públicas relacionadas com a efetivação dos interesses materiais e de qualidade de vida, não é admitida. Daí que seja obrigatório a estipulação de uma definição pública de standards mínimos de qualidade de vida e a existência de serviços públicos locais que os assegurem a todas as camadas da população.⁶⁴

Não obstante o que foi dito, existe muito espaço para a atuação privada neste campo.

Mais do que tudo, este princípio vem sublinhar que a condução da política pública urbanística não pode ignorar as preocupações alicerçadas à justiça social.

Entende-se que os particulares devem colaborar e atuar neste domínio, não esquecendo que cabe à Administração a responsabilidade de garantia, acrescida de uma capacidade efetiva de orientação do processo que não sacrifique a sustentabilidade social.

Em síntese, este princípio limita a amplitude da privatização material e da privatização da execução de tarefas públicas de reabilitação, o que se traduz na atribuição desta tarefa, em primeiro lugar, à Administração, não tendo esta uma função meramente subsidiária. Assim, sem pôr de lado a iniciativa privada, garantimos que a Administração está no âmbito

⁶⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit, *A Função Pública Urbanística...*p.559.

de cumprimento das suas responsabilidades de tutela dos direitos fundamentais de cariz social.

Capítulo II – Contratação pública no Direito do Urbanismo

SECÇÃO I - A atividade contratual administrativa: a mudança de paradigma

A contratação Administrativa resulta de uma tendência de evolução dos sistemas de Administração Pública executiva para a introdução do consenso e da concertação no agir administrativo.⁶⁵ Com efeito, a contratualização entre sujeitos públicos e sujeitos privados situa-se a par de uma transformação gradual operada nos modernos sistemas administrativos para o *incremento da participação*⁶⁶ dos particulares na prossecução dos interesses públicos.

Hoje em dia, é impensável que a Administração atue de forma autoritária, considerando que pode obter resultados mais vantajosos e concertados, recorrendo ao consenso com as várias entidades envolvidas, sendo públicas ou privadas (na maioria das vezes privadas neste contexto)⁶⁷.

Nesta linha, é possível afirmar que o Estado Administrativo se apresenta como um “*contracting state*”⁶⁸, ou seja, um Estado que olha para a contratação como uma ferramenta ao seu serviço para a prossecução dos seus fins institucionais. Consequentemente, através da alteração ao CCP pelo DL 18/2008, de 29 de janeiro, é passível de se comprovar, no artigo 278º do CCP, a consagração do regime substantivo dos contratos públicos que revistam de natureza de contrato administrativo.

⁶⁵ Antes a Administração atuava imperativamente e unilateralmente. Contudo, com a contratualização, o agir administrativo passa a conviver com outros modelos de interação cooperativa, concertada e consensual. Neste sentido, JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos Urbanísticos – concertação, contratação e neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Dissertação de Mestrado, FDUC, 2009

⁶⁶ Expressão utilizada por JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...* cfr.p.6.

⁶⁷ Neste sentido JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...* cfr.p.7, que se verifica uma verdadeira evolução do tradicional paradigma da Administração Pública de ato administrativo e da regulação pública unilateral e vertical para um sistema de Administração Pública de consenso, de concertação e ainda de “governança partilhada”. Nos dias de hoje, as relações administrativas são baseadas em negociações entre sujeitos públicos e sujeitos privados, onde estão presentes a cooperação e a concertação de interesses.

⁶⁸ Expressão utilizada por FREEMAN, JODY, “*The Contracting State*”, Fl. St. U. L. Revista, vol.28, 2000, pp.155 e ss.

1. Enquadramento geral da contratação no domínio urbanístico

1.1. Considerações introdutórias

Depois de enquadrarmos a atuação privada no âmbito de funções públicas, onde ficou explícito que é na contratação que se denota, com maior amplitude, a atuação dos privados na esfera pública⁶⁹, iremos, primeiramente, proceder à explanação da formação dos contratos urbanísticos, sendo que posteriormente passaremos à análise das diversas modalidades que integram os mesmos e, ainda, perceber se algumas destas modalidades se encontram sujeitas ao regime da Contratação Pública, nos seus trâmites gerais.

A contratação pública apresenta-se como um dos domínios da Administração mais flexível à mobilização de instrumentos de concertação de interesses entre a Administração Pública e os particulares, o que se tornará notório ao longo deste capítulo.

Embora a atividade urbanística se apresente como uma função predominantemente pública, como é o caso da atuação unilateral da Administração (regulamentos e outros atos normativos - planos) e os atos administrativos (dos quais se destacam os licenciamentos, autorizações, as admissões a comunicações prévias), o mesmo não impede que grande parte da intervenção seja de carácter privado. A iniciativa privada é visível aquando da promoção de operações urbanísticas, tal como se poderá atentar nos contratos a elencar mais à frente. Não são estes que decidem o se, o quando e o modo da concretização dos referidos contratos, tarefa que cabe antes à Administração através de instrumentos de planeamento territorial.⁷⁰

⁶⁹ A doutrina chega mesmo a falar, neste contexto, de uma “codeterminação público-privada” conteúdos urbanísticos. Expressão utilizada por PAOLO URBANI, *Urbanistica Consensuale: La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, TORINO, Bolatti Boringheri, 2000, p.74 *apud* FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A Contratação Pública no direito do Urbanismo*, in Estudos de Contratação Pública, CEDIPRE, Coimbra Editora 2008. Neste sentido v. tb. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Os Contratos para planeamento – Da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Almedina, 2009, pp. 22 e ss.

⁷⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *ob. cit.*, *A Contratação Pública...*p.781, nota de rodapé, onde ainda refere que estas operações se encontram sujeitas a procedimentos de controlo preventivo por parte dos entes públicos, que exercem esta tarefa através de atos de licenciamentos e de autorização, regulados no artigo 4º do RJUE.

O urbanismo é um domínio onde se torna fácil confundir interesses públicos e privados. Como já vimos supra, não obstante de ser a Administração a fixar as regras aplicáveis ao território, são os particulares que, no seu essencial intervêm, promovendo e levando a cabo as operações urbanísticas concretizadoras da estratégia e do modelo de ocupação (mais precisamente do plano) definido pela Administração. Com efeito, os privados mostram-se peças essenciais e indispensáveis neste “*jogo de interesses*”⁷¹, que deve ser tido em conta pela Administração, considerando que a mesma pretende que as estratégias definidas por si se tornem eficazes e operativas.

Neste sentido, verificamos que são as potencialidades da contratação no domínio urbanístico que justificam o recurso crescente à mesma. Consequentemente, a contratação manifesta-se a forma mais adequada a regular ou compatibilizar interesses públicos e privados divergentes ou convergentes⁷². Acompanhando de perto FERNANDA PAULA (2008)⁷³, a contratação surge como forma de “*adaptar a ação administrativa a situações especiais ou não previstas na lei; para incitar uma colaboração mais efetiva da contraparte do que a que resultaria da prática de um ato de imputação unilateral; para conceder maior segurança aos particulares num domínio em que os seus investimentos apresentam um peso fundamental e, por fim, para conferir maior legitimação à atuação da Administração e, em consequência, maior eficácia e eficiência a esta.*”⁷⁴

A questão de conferir maior legitimação à atuação da Administração levanta-se pelo facto de a lei se limitar, por vezes, principalmente no âmbito do ordenamento do território e do urbanismo, a fixar os objetivos a ser alcançados pela Administração, deixando uma ampla

⁷¹ Expressão utilizada por FERNANDA PAULA, ob. cit., *A Contratação...* em nota de rodapé, p.782.

⁷² Os interesses públicos e privados têm tendência para convergir entre si. De modo a combater o carácter confuso dos mesmos, mostra-se necessário proceder à instituição de técnicas de regulação dos poderes públicos que garantam o cumprimento dos princípios básicos de Direito Administrativo, nomeadamente o da adequada ponderação de interesses e da imparcialidade. Torna-se particularmente necessário ter em atenção a articulação da ação urbanística pública e da participação privada.

⁷³ Cfr. FERNANDA PAULA, ob. cit., *A Contratação...*, p.782.

⁷⁴ Com efeito, a consagração destes princípios na CRP, apela para a obtenção do maior nível de consenso e de adesão dos interessados às soluções urbanísticas projetadas pela Administração. O artigo 65º, nº5 da CRP garante “a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.”

margem de discricionariedade. Participando os cidadãos mais ativamente na execução das operações urbanísticas e, conseqüentemente, estando diretamente envolvidos, a Administração vê a margem de discricionariedade de planificação mais limitada⁷⁵, determinando a sua maior legitimação por aceitação dos privados. Essa maior aceitação é também um fator de redução da litigiosidade.⁷⁶

Outro dos benefícios inerentes à contratação traduz-se na obtenção, por parte dos municípios, dos meios financeiros necessários à concretização dos projetos de interesse público, isto é, o município pretende dar início a uma operação urbanística ou dar continuidade à mesma, mas não detém de disponibilidade financeira para tal. Atendendo a esse facto, com o aumento da intervenção de entidades privadas, afigura-se a possibilidade de realizar as operações urbanísticas em questão, proporcionando a fomentação de parcerias entre entidades públicas e privadas⁷⁷.

2. Os Contratos Urbanísticos: a sua formação

Paralelamente aos avanços tomados na área do Direito Administrativo, também no Direito do Urbanismo foram relevantes múltiplas transformações, quer na conceção do planeamento urbanístico, quer no âmbito da intervenção dos sujeitos privados na prossecução de interesses públicos – face ao exposto no Capítulo I -, quer no que concerne às formas de atuação urbanística da Administração Pública.

Perante a análise ao artigo 65º, nº4 da CRP, podemos afirmar com toda a certeza de que o urbanismo⁷⁸ se traduz numa tarefa ou função pública.

⁷⁵ Sempre ponderando os demais interesses coenvolvidos, ou seja, considerando o caso concreto.

⁷⁶ Neste sentido *vide* ALEXANDRA LEITÃO, “*Contratualização no direito do urbanismo*”, in Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente, nº25/25, p.11.

⁷⁷ A contratação apresenta-se como um instrumento importante e adequado para a sustentabilidade financeira dos municípios. Com efeito a associação de investimentos privados a projetos com claro interesse público proporciona a promoção de “*um urbanismo programado e de parcerias e operações urbanísticas perequativas e com autossustentabilidade financeira*” como medida constante do PNPO.

⁷⁸ Área especial do Direito Administrativo.

No entanto, a contratação urbanística, tal como já fora realçado no presente capítulo, foi a área onde se verificaram avanços mais significativos.

Os contratos urbanísticos revestem uma natureza complexa, considerando a pluralidade de figuras afins distintas que abarcam, cada uma com a sua regulamentação própria⁷⁹. O que os interliga é a finalidade comum a todos eles de dar cumprimento a tarefas jurídico-urbanísticas.

No que a este propósito diz respeito, temos em causa vários tipos de contratos de que a doutrina apelida de decisórios – contratos que visam a substituição de atos administrativos, contratos designados de obrigacionais ou endoprocedimentais, pelos quais a Administração se compromete a praticar ou não praticar atos administrativos. Podemos ainda referir uma terceira categoria doutrinal de contratos normativos, que são aqueles cujos objetos se traduzem na delegação de funções ou serviços públicos, na solicitação de produtos e de serviços ao mercado⁸⁰. No fundo fala-se de contratos sobre o exercício de poderes públicos.

Contudo, numa modesta tentativa de estabelecer um conceito de contrato urbanístico, considerando as dificuldades, torna-se fundamental identificar as normas essenciais da *lex contractus urbanística*⁸¹ comuns às múltiplas figuras empregues ao longo da legislação urbanística – v.g. artigos 6º, nº2, 79º, 80º, 81º, 149º, nº2, 150º, 151º, nº1, 170º, nº2 do RJIGT e artigos 25º, nº3, 46º, nº1 e nº2 e 55º do RJUE.

De forma de explorar o âmbito do contrato urbanístico, daremos atenção, em breves linhas, aos elementos essenciais do mesmo.

Primeiramente, o contrato urbanístico consiste num acordo, livre e voluntário, de vontades (obrigatoriamente) opostas, mas conciliáveis entre si, que visam constituir um resultado jurídico unitário. Este acordo, elemento gerador de uma relação jurídica

⁷⁹ Neste sentido JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...* ob. cit., p.22 e JORGE MANUEL MEIRA COSTA, *O Contrato para assunção de encargos relativos a obras de urbanização (gerais e especiais): um contrato entre dois territórios jurídicos?*, p.9, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, Escola de Direito, Outubro de 2015.

⁸⁰ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...*, p.22.

⁸¹ Expressão utilizada por JORGE COSTA, ob. cit., p.10.

administrativa, assume a direção da vontade das partes com a finalidade de promover transformações na ordem jurídica. Assim nasce um acordo bilateral que assenta num mútuo consenso dos contraentes⁸².

É importante referir, neste sentido, que o contrato supramencionado se apresenta como constitutivo de efeitos jurídicos de direito administrativo, através da vontade das partes. Com efeito, demonstra-se um instrumento jurídico vinculativo, revestido de força obrigatória para cada uma das partes.

Secundariamente, o referido contrato pode ser celebrado entre uma (ou várias) entidade(s) pública(s). Porém, também há contratos urbanísticos celebrados exclusivamente entre entidades públicas⁸³ e, podendo se dar o caso, de existirem contratos somente entre particulares. Neste contexto, é condição que uma das entidades esteja investida de uma especial capacidade de direito público.

Em regra, apresenta-se como um contrato bilateral, afigurando-se possível a existência de contratos urbanísticos tripartidos, tal como aquele que está ao abrigo do artigo 55º, nº2 do RJUE.

Quando nos referimos à regulamentação dos interesses concretos e contrapostos das partes, temos obrigatoriamente de agir segundo o princípio básico da autonomia da vontade. No caso de o contraente ser particular, atuamos ao abrigo do princípio básico da liberdade contratual⁸⁴, segundo o qual se reconhece a liberdade negocial para a criação de acordos vinculativos. Porém, no que concerne à Administração quando esta celebra um contrato administrativo, não se exige o reconhecimento da liberdade negocial para a celebração de

⁸² Segundo MARCELLO CAETANO (2005) o mútuo consenso deve ser considerado um elemento essencial do Contrato Administrativo. Vide *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, Coimbra, 2005, reimpressão da 7ª edição, obra do autor supramencionado, pp.591 e ss.

⁸³ Apelidados de contratos interadministrativos que se traduzem em contratos celebrados entre o Estado e os municípios. Como exemplo temos os contratos que têm por objeto a elaboração, alteração ou revisão de instrumentos e gestão territorial, ou seja, formas de adequação ou de adaptação de um PMOT preexistente e um PEOT ou a um PROT posteriormente aprovado. Através dos artigos 79º, nº1, 51º e 60, nº2, al.a) do RJGT, é possível apreciar a celebração deste tipo contratual. Neste sentido JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* pp.29-34.

⁸⁴ V. artigo 405º do CC

contratos⁸⁵, na medida em que, sendo a sua atuação conformada pela discricionariedade, está originária e necessariamente, investida de um estatuto público que delimita e condiciona as possibilidades e formas da sua atuação.⁸⁶

De acordo com PEDRO GONÇALVES (2003), a liberdade de escolha da forma de contrato administrativo “*só representa uma «liberdade» na medida em que a Administração faz uma opção, escolhendo a forma de contrato em detrimento de uma outra forma de ação (ato administrativo ou contrato de direito privado)*”⁸⁷.

Em suma, a liberdade de utilizar o contrato administrativo é um poder ou uma capacidade da Administração que resulta do princípio da autonomia pública contratual (consagrado no artigo 278º do CCP).

Depois de discutida a regulamentação sobre estes “*acordos vinculativos*”, onde as partes dispõem do poder de fixar a disciplina vinculativa dos seus próprios interesses, coloca-se a questão de saber quem são os sujeitos de um contrato urbanístico.

A par desta questão podemos falar de sujeitos públicos e de sujeitos privados, recorrendo à análise da legislação urbanística. Não obstante, não podemos esquecer o facto de existirem contratos urbanísticos celebrados apenas entre entidades públicas. Tais contratos não

⁸⁵ Contudo, o princípio da autonomia contratual da Administração tem de ser convocado em sede de qualquer entidade pública poder recorrer aos contratos administrativos para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo. Neste sentido o artigo 278º do CCP estatui que “na prossecução das suas atribuições, e sempre que estejam em causa o exercício da função administrativa, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. Ainda a este respeito, o artigo 280º e 281º do referido diploma, estabelecem o regime do princípio da competência e legalidade, bem como da proporcionalidade, respetivamente.

⁸⁶ Acompanhando de perto, JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*, p.29.

⁸⁷ PEDRO GONÇALVES, *O contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003, p.37. Ainda de notar que é dado espaço à Administração para escolher a forma de atuação, mas não o conteúdo do contrato. No entanto, sendo dada a alternativa na escolha das formas de atuação, o mesmo não quer dizer que a Administração atue sempre através da via contratual. Como é possível observar o artigo 278º do CCP faz a específica ressalva de “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”. É dada aqui uma ampla importância à natureza das relações a estabelecer, vedando a total discricionariedade da Administração neste domínio, salvaguardando os casos em que a lei fixe vinculadamente uma outra forma de atuação. Neste sentido, ver ainda SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp.659-678.

assumirão grande relevância na presente dissertação, considerando que apenas nos iremos debruçar sobre os contratos celebrados entre entidades públicas e privadas.

Neste contexto, falando da celebração de contratos urbanísticos, as entidades públicas devem estar investidas de poderes públicos, para que, desse modo, tenham competências em matéria de planeamento e gestão urbanística ou de concretização de um sistema de execução urbanística já delimitado pela Administração.

Atendendo ao exposto, podemos identificar dois grandes grupos de sujeitos públicos com capacidade para celebrar contratos urbanísticos. O primeiro grupo é constituído pelo Estado⁸⁸, Regiões Autónomas e Autarquias Locais⁸⁹.

Dentro deste primeiro grupo, é possível afirmar que os municípios são os atores públicos primários de preferência ao nível da contratação urbanística, considerando o facto de eles serem os sujeitos competentes para elaborar os planos, com grande importância, de eficácia plurisubjetiva⁹⁰ (os PMOT). Também compete aos mesmos sujeitos elaborar regulamentos municipais sobre urbanizações e edificações, no sentido de promover a execução coordenada e programada dos planos e, por fim, praticar atos de controlo das atividades que se traduzem na realização de transformações urbanísticas dos solos (dos quais falaremos mais adiante, sendo um dos pontos essenciais, relacionados com os contratos de gestão urbanística).

Relativamente ao segundo grupo de entidades públicas inserem-se os institutos públicos, as associações públicas e as empresas municipais do setor empresarial local, desde que estejam investidas do estatuto de direito público. Aqui estão em causa a celebração de contratos urbanísticos no âmbito da urbanização, da reabilitação urbana, do mercado dos

⁸⁸ A norma constante no artigo 65º, nº4 da CRP, confere ao Estado, no âmbito do ordenamento urbanístico português, o poder de elaborar e aprovar as normas gerais sobre a ocupação, uso e transformação do solo.

⁸⁹ Conhecidas por entidades públicas primárias que se integram na Administração em sentido orgânico, segundo a opinião de DIOGO FREITAS DO AMARAL in *Curso de Direito Administrativo*, Vol.I, Coimbra, 2006 apud JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...* ob. cit., p.32.

⁹⁰ Para mais desenvolvimentos na área de planos com eficácia subjetiva ver FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual do Direito do Urbanismo*, Vol.I, Almedina, 4ª Edição, 2012.

solos e da habitação⁹¹ (institutos públicos), de contratos interadministrativos (associações públicas).

Focando agora a nossa atenção nos sujeitos privados, só podem celebrar contratos urbanísticos as entidades privadas que estejam investidas de uma especial capacidade de direito público⁹² e estipulem o contrato com base nessa posição. Neste sentido observamos uma Administração Pública⁹³ em forma privada e uma Administração Pública delegada⁹⁴.

No âmbito do direito do urbanismo estas entidades privadas, dotadas de poderes públicos pertencem ao setor empresarial do Estado ou ao setor empresarial local. Nesta linha, inserem-se, designadamente, as Sociedades de Reabilitação Urbana, criadas pelos municípios. Estas sociedades têm como objetivo a promoção da reabilitação urbana de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística dentro de uma específica zona de intervenção. Para a prossecução desse objetivo as mesmas estão investidas de poderes públicos urbanísticos expressos no artigo 6º do DL 104/2004, de 07 de maio.

Relativamente à delegação de poderes em entidades privadas, o artigo 151º do RJIGT, prevê a figura da delegação a empresas concessionárias, o que se afigura um contrato de concessão de urbanização no âmbito do sistema de imposição administrativa, segundo Jorge Alves Correia⁹⁵. Na célebre opinião de Pedro Gonçalves, nos contratos de concessão aqui previstos o contratante privado acha-se “incumbido de atuar em vez da Administração na prossecução de fins institucionais desta”, constituindo os mesmos “um instrumento de

⁹¹ Plasmados no artigo 3º, nº2, al.d) e f) e nº3, al.o), p), s), z) e aa) do DL 223/2007, de 30 de maio, que aprova a orgânica do Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana.

⁹² Entidades privadas que desempenhem funções administrativas e que disponham de poderes públicos de autoridade.

⁹³ A Administração em forma privada consiste na criação de entidades formalmente privadas, adstritas de uma atividade que pode ser levada a cabo por entidades públicas ou por uma parceria público-privada. Estas entidades formalmente privadas estão sob a influência dominante de entidades públicas. Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com poderes públicos: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, p.397.

⁹⁴ A Administração por delegação consiste numa forma de delegar funções públicas em entidades particulares, que assumem, com autonomia, a responsabilidade de executar uma tarefa pública.

⁹⁵ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.40.

privatização da Administração, na medida em que têm, por via de regra, como objeto atividades públicas de natureza comercial e económica, suscetíveis de serem geridas segundo uma lógica empresarial”⁹⁶.

Deste modo, é possível afirmar que os contratos urbanísticos regulam uma relação jurídica que se estabelece entre dois ou mais sujeitos (públicos ou privados), desde que um deles esteja obrigatoriamente investido de poderes públicos, isto é, terá de ser membro da Administração Pública ou agir nessa qualidade (substituindo-se a esta).

Assim, afere-se a impossibilidade da celebração dos contratos urbanísticos entre sujeitos, ambos particulares, no exercício de uma capacidade jurídica de direito privado.

Como já foi referido acima, os contratos urbanísticos consistem num acordo de vontades, que se traduz num mútuo consenso dos contraentes, onde os interesses são colidentes entre si, mas de possível harmonização e concertação. Na mesma linha, afigura-se conveniente questionarmo-nos acerca da natureza das obrigações típicas do contrato urbanístico, isto é, se existe ou não um vínculo de interdependência ou de reciprocidade entre elas. O enigmático Professor Doutor Jorge Alves Correia, faz a seguinte pergunta: “Será o contrato urbanístico um contrato bilateral ou sinalagmático?”⁹⁷

Como já não é novidade o sinalagma, no seu essencial, estabelece um vínculo de reciprocidade entre as prestações de um contrato bilateral, ou seja, nascem obrigações para ambas as partes que se encontram ligadas por um nexo de corresponsabilidade.

Na opinião de Jorge Alves Correia os contratos sinalagmáticos estão alicerçados aos contratos urbanísticos em sentido estrito⁹⁸, os quais geram obrigações para ambas as partes, bem como qualquer dos contraentes pode exigir do outro o cumprimento das obrigações assumidas.

⁹⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *O Contrato Administrativo...* pp. 74-75.

⁹⁷ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*, p.43.

⁹⁸ JORGE ALVES CORREIA (2009) salienta que são contratos onde o particular aceita submeter-se a um regime jurídico-público marcado pela supremacia contratual da Administração Pública. V. ob. cit., *Os Contratos...*, p.43.

Sob outra perspectiva, os contratos urbanísticos em sentido estrito⁹⁹ assentam no mútuo consenso dos contraentes, ou seja, os mesmos não se limitam a estabelecer direitos e obrigações entre as partes que resultem da lei. Nesta medida, o contrato urbanístico não se pode fundamentar apenas em previsões legislativas, devendo também acrescentar-se-lhe algo de novo, nomeadamente o que resulte do encontro da vontade das partes. Em sentido oposto, nos contratos de urbanização¹⁰⁰, têm-se cláusulas que se traduzem numa “*mera reprodução das obrigações que, designadamente, para o loteador resultam da lei (artigo 53º do RJUE)*”¹⁰¹.

Os contratos urbanísticos, à *contrario* dos contratos de direito privado da Administração Pública, apresentam um regime substantivo de direito público que se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante, entidade esta que fica investida de certos poderes públicos de autoridade. Na opinião de PEDRO GONÇALVES (2003)¹⁰² estes “poderes públicos” determinam a desigualdade de posições em que as partes se colocam.

Entre nós, perante o estipulado no artigo 1º do CCP, não é novidade que os contratos urbanísticos se subsumem à natureza administrativa. No entanto, considerando a heterogeneidade dos tipos contratuais incluídos no conceito de contrato urbanístico, conclui-se que a sua natureza administrativa depende especificamente do contrato que se está a analisar, ou seja, do contrato em concreto.

Atenta ao estabelecido no artigo 279º do CCP, o contrato administrativo assume-se como fonte da relação jurídica administrativa. Em primeira linha, essa relação jurídica será regulada pelas cláusulas e demais elementos integrantes do contrato (artigo 279º CCP), fazendo com que o regime alicerçado ao contrato administrativo seja um regime substantivo de direito administrativo. Com efeito, o artigo 280º do CCP evidencia que o regime dos contratos administrativos pode ser regulado em lei especial (o que se verifica na maioria dos

⁹⁹ Conceção adotada por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*, pp.43-45

¹⁰⁰ Previstos no artigo 55º do RJUE.

¹⁰¹ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*, pp.44-45.

¹⁰² Cfr. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *O Contrato Administrativo...* pp. 74-75.

contratos urbanísticos) ou, na falta ou insuficiência desta, atento ao normativo constante na Parte III do CCP. Quando este mesmo regime não se encontrar regulado, nem em lei especial ou na Parte III do CCP, serão sucessivamente aplicáveis, a título subsidiário os princípios gerais de direito administrativo e as restantes normas de direito administrativo, com as necessárias adaptações. Somente em último recurso, se recorrerá a normas contantes na lei civil, sempre atendendo às necessárias adaptações.

Face ao exposto é possível concluir que o regime dos contratos urbanísticos não se encontra plasmado num único diploma legal. Isto acontece porque o contrato urbanístico engloba uma pluralidade de figuras contratuais, investidas de especificidades e particularidades próprias, não subsumíveis na mesma categoria de contrato administrativo. Com efeito, a questão de aferir a que categoria de contrato administrativo pertence o contrato urbanístico, não pode ser resolvida de forma genérica e ligeira, tendo sempre de ter em conta o carácter específico e particular de cada um (por vezes podem estar em causa contratos de delegação de funções ou serviços públicos- dos quais nos vamos ocupar ao pormenor no Capítulo III, outras vezes contratos sobre o exercício de poderes públicos, entre outros).

Deste modo, compreende-se que o contrato urbanístico, quanto à sua natureza jurídica, se considera um contrato administrativo especial¹⁰³, atendendo às especificidades e aos traços de inequívoca semelhança que o mesmo compartilha com o contrato administrativo.

Reiterando o seu regime substantivo de direito público, reforça-se o facto da necessidade de observar as regras especiais de legitimidade relativas aos contratos previstas no artigo 77º-A do CPTA¹⁰⁴.

Por fim, afigura-se relevante realçar que o contrato urbanístico, por sua vez constitui uma forma da ação administrativa regular o exercício da atividade urbanística. Este elemento

¹⁰³ “*Species do genus Contrato Administrativo*”. Expressão utilizada por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.48.

¹⁰⁴ Estes contratos encontravam-se consagrados no anterior art.40º do CPTA. V. mais sobre o assunto, CARLOS CADILHA E MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2010, p.271; VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa- Lições*, Coimbra, 2017, p.225; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, 2016, pp.239-240.

essencial, comum à generalidade dos contratos urbanísticos, pretende regular aspetos que se introduzem na realidade da atividade urbanística globalmente considerada.

A atividade urbanística abrange as tarefas jurídico-públicas de planeamento e de gestão urbanística. A atividade de planeamento¹⁰⁵ traduz-se na atividade desenvolvida pelos órgãos administrativos do Estado, das Regiões Autónomas e dos municípios, traduzida na elaboração e aprovação de Instrumentos de Gestão Territorial, de acordo com base normativa estabelecida pelo legislador.

De facto, o plano urbanístico é considerado um instrumento essencial da ação administrativa. O plano é, assim, apreciado como “o eixo em torno do qual gira a disciplina do urbanismo”¹⁰⁶, o “núcleo central ou instituto fundamental de todo o Direito do Urbanismo”¹⁰⁷. No que respeita ao planeamento, este não se esgota na mera aprovação de Instrumentos de Gestão Territorial. Trata-se de um processo contínuo que abarca também a gestão, a qual necessita de monitorização e acompanhamento. A expressão utilizada por Teresa Craveiro Pereira, designada por “*plano-processo*”¹⁰⁸, demonstra que a atividade de planificação compreende a elaboração de planos, bem como a sua execução e monitorização, devendo ser considerada como um todo unitário e conforme, dado que integra uma “pluralidade de etapas sucessivas e articuladas segundo determinados princípios”¹⁰⁹.

No entanto, o âmbito da atividade de gestão urbanística é mais abrangente¹¹⁰ do que o âmbito da atividade de planeamento, considerando que a primeira abarca não só a atividade

¹⁰⁵ O planeamento consiste numa atividade que tem como finalidade a emanação de um plano, na medida em que este constitui o produto da referida atividade. O vocábulo planificação expressa, assim, uma ideia de ação, do procedimento. Quando nos referimos ao plano, este é algo que concretiza, que retrata o resultado do procedimento do planeamento. Neste sentido v. FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, p. 346.

¹⁰⁶ J.M.GÓMEZ LOBATO, “*La Participación Privada en la Formación de Planes de Ordenación Urbana*”, RDU, N°114, 1989, p.47 ss.; TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2008.

¹⁰⁷ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Almedina, 2012.

¹⁰⁸ Vide em TERESA CRAVEIRO PEREIRA, “*O plano-processo no planeamento estratégico*”, Sociedade e Território, n°12, 1990, p.12.

¹⁰⁹ JORGE ALVES CORREIA, ob.cit., *Os Contratos...*p.50.

¹¹⁰ Pode haver gestão urbanística sem que haja, simultaneamente, execução de planos, o que acontecerá quando não estiver em prática ou não exista nenhum plano urbanístico para executar. Em termos práticos é possível verificar esta hipótese estipulada no artigo 42º, n°1 do RJUE, onde o licenciamento de uma

de execução dos planos urbanísticos, bem como todas as atividades relacionadas com a ocupação, uso e transformação do solo. Estas mesmas atividades podem ser realizadas sob a direção, promoção, coordenação ou controlo da gestão urbanística e, por outro lado, as mesmas podem não estar enquadradas no contexto específico da execução de um plano urbanístico, o que significa que os conceitos de gestão urbanística e de execução dos planos não são totalmente coincidentes.¹¹¹

Mesmo assim, tendo em conta a atual nomenclatura e considerando que a totalidade dos municípios do Continente possuem um PDM, bem como que a LBOTU e o RJIGT regulam a disciplina jurídica da execução dos planos municipais, pode afirmar-se com certeza que a parte mais significativa da gestão urbanística corresponde à execução dos planos.

3. Modalidades dos Contratos Urbanísticos

Antes de iniciarmos o nosso percurso, importa fazer um breve enquadramento teórico, pois só assim conseguiremos atingir o objetivo a que nos propusemos inicialmente.

No contexto dos contratos urbanísticos, tal como já referimos acima, está em causa a utilização de diferentes tipos de contratos. A doutrina apelida de contratos decisórios aqueles que tem como finalidade a produção de um efeito jurídico de um ato de natureza pública¹¹². Por outro lado, temos os contratos designados doutrinariamente de obrigacionais ou

operação de loteamento pode ser realizado em área não abrangida por qualquer plano municipal ou intermunicipal de ordenamento do território, desde que sujeito a parecer prévio favorável da CCDR. Há que avaliar o disposto no n.º1 deste preceito, considerando sempre o que vem estipulado no n.º2 do mesmo preceito, que determina que o parecer da CCDR, se designa a “avaliar a operação de loteamento do ponto de vista do ordenamento do território e a verificar a sua articulação com os instrumentos de desenvolvimento territorial previstos na lei”.

¹¹¹ Neste sentido v. FERNANDO ALVES CORREIA, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra: Almedina, 2000, p.65.

¹¹² Como exemplo temos o contrato de concessão de urbanização previsto no artigo 151.º, n.º1 do RJIGT, no qual a troca de cedência de uma parte de um terreno, no âmbito de um procedimento informal pré-expropriativo, a câmara municipal transfere para o particular uma outra parcela para a qual viabiliza, de acordo com as normas em vigor, uma determinada operação urbanística com uma capacidade edificativa e um desenho urbano específico. Neste sentido ver JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, 2012, pp. 368-369.

endoprocedimentais¹¹³, pelos quais a administração se compromete a executar uma decisão, ou que essa decisão contenha um determinado conteúdo.

A este propósito redirecionamos a nossa atenção para os contratos sobre o exercício de poderes públicos¹¹⁴ que, em regra, se traduzem em contratos substitutivos de atos administrativos ou contratos pelos quais a Administração se obriga a praticar ou não praticar atos desta natureza. Em múltiplas situações, no contexto urbanístico, os contratos não estão relacionados com esta forma de atuação administrativa, como acontece com os contratos de planeamento, onde está em causa uma atuação normativa da Administração¹¹⁵.

Os contratos que aqui abordaremos reconduzem-se, de um modo geral, à categoria genérica de contratos sobre o exercício de poderes públicos. Deste modo trataremos de distinguir os vários tipos contratuais atendendo aos diferentes domínios de intervenção urbanística.¹¹⁶

¹¹³ Na célebre opinião de JORGE ALVES CORREIA, os contratos endoprocedimentais, podendo encarnar numa nova vertente, trazida pelas alterações do DL n.º80/2015 de 14 de maio, designada de contratos sobre o exercício da discricionariedade procedimental, “*podem surgir como um instrumento de mediação entre interesses individuais e interesses difusos, sobretudo em caso de lesão potencial ou ameaça de lesão de bens ou valores constitucional e legalmente protegidos*”. Estes contratos encontram-se regulados no artigo 57.º do CPA. Neste sentido, vide JORGE ALVES CORREIA, *Contrato e Poder Administrativo – O Problema do Contrato sobre o exercício de poderes públicos*, Coleção Thesis, GestLegal, 2017, pp. 632-641.

¹¹⁴ Estes contratos encontram-se previstos no artigo 336.º do CCP. Neste sentido, ver JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e Poder Administrativo...* pp. 724-853.

¹¹⁵ Os quais a doutrina denominam de contratos normativos, nomeadamente, ALEXANDRA LEITÃO, “*Contratação no domínio do urbanismo*”, p.12. A Autora sublinha que estes contratos estão redirecionados no sentido de conformar o conteúdo de uma norma que depois é adotada de forma unilateral pela Administração (contratos pré-normativos ou integrativos do procedimento). No entanto, entende que aquelas normas podem vir a assumir uma forma contratual, embora reconheça a rara e escassa utilização deste tipo de contratos. Para outra doutrina, nomeadamente, SUZANA TAVARES DA SILVA, os contratos normativos são vistos como substitutos da atuação administrativa tradicional. V. da Autora, “*A Nova Dogmática do Direito Administrativo: o Caso da Administração por Compromissos*”, apud FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *A Contratação...* p.784. Porém, no nosso entendimento e no de PEDRO GONÇALVES, continuamos a considerar que este tipo de atuação se enquadra no âmbito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, v. PEDRO GONÇALVES, ob. cit., *O Contrato Administrativo...* p.52. V. tb. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, “*O Papel dos Privados no Planeamento: Que formas de Intervenção?*”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.º 20, 2003. Destarte, não podemos ignorar o facto de algumas formas de concertação de interesses entre a Administração e os particulares não possuírem uma base formal suficiente de modo a preencher os requisitos legais exigíveis dos contratos administrativos, colocando a necessidade de recorrer a este modo de atuação.

¹¹⁶ Na perspetiva de JORGE ALVES CORREIA, a distinção entre os vários tipos contratuais urbanísticos baseia-se no objeto, nas partes contratantes, na finalidade adjacente ao contrato, no carácter

Por um lado, no domínio do planeamento analisamos os contratos para planeamento¹¹⁷ e os contratos de execução dos planos.

Ora, os primeiros dizem respeito à realização de procedimentos anteriores à celebração ao dito contrato, tais como, a elaboração de instrumentos planificadores. Desta forma, estes influenciam as soluções urbanísticas a consagrar nos mesmos.

Já no que diz respeito aos contratos de execução dos planos, estes correspondem aos diferentes tipos de contratos celebrados entre os particulares e a administração no âmbito da execução sistemática dos planos, com o objetivo de concertar a concretização das opções urbanísticas previamente determinadas nos instrumentos de planeamento territorial¹¹⁸. Neste contexto colocaremos o foco nos contratos celebrados no âmbito dos sistemas de iniciativa dos interessados, cooperação e de imposição administrativa, sistemas estes triviais no que respeita à execução dos planos¹¹⁹.

Diferente domínio, e para nós o mais relevante, é o da gestão urbanística tradicional¹²⁰. Neste englobam-se os contratos de assunção de encargos, os de cooperação e concessão.

Para além destes três domínios, encontramos ainda aqueles em que a Administração contrata com privados que, contudo, continuam a assumir as qualidades de um contrato público, devido às suas cláusulas que, por regra, são exercidas por atos de autoridade. Os mesmos têm sido alvo de diversos problemas, que não serão tratados na presente dissertação.

necessário ou meramente conveniente do contrato, na inserção no procedimento administrativo, no âmbito da eficácia subjetiva, na natureza da regulação do contrato e na intensidade da regulação legal. Neste sentido, *vide* JORGE ALVES CORREIA, *Os Contratos...* pp. 74-110.

¹¹⁷ A alteração ao RJIGT, introduzida pelo DL n.º 316/2007, de 19 de setembro, trouxe a regulamentação legal expressa, ainda que limitada, deste tipo de contratos, embora os mesmos já fossem admitidos pela doutrina.

¹¹⁸ Aqui falaremos apenas dos contratos aos quais estão associados os sistemas de execução, previstos nos artigos 147.º a 152.º do RJIGT (reconduzem-se aos artigos 119.º a 125.º do anterior RJIGT).

¹¹⁹ No seguimento destes contratos, temos ainda, os contratos celebrados no âmbito das operações de reparcelamento, estes que ocorrem dentro de unidades de execução previamente delimitadas pelas câmaras municipais. Aplicamos, igualmente, o mesmo regime aos contratos onde o reparcelamento surge como operação urbanística realizada à margem das referidas unidades.

¹²⁰ Estes pretendem significar a concretização de operações urbanísticas à margem de unidades de execução.

Posto isto, identificados os domínios mais relevantes da contratação urbanística, procederemos à explanação do regime de cada um deles, em breves linhas.

SECÇÃO 2 - Contratos para planeamento

1. Contratos de planeamento

Durante muito tempo, os contratos de planeamento, foram vistos perante nós, como uma novidade legislativa. Anteriormente eram, apenas, considerados doutrinalmente, facto que nunca impediu a sua celebração. No entanto, celebrados à margem das exigências de transparência e de publicidade, persistindo a falta de controlos sociais e judiciais, não existia a devida e necessária imposição de limites aos abusos e exageros a que muitos estavam associados.

Atualmente, passando os contratos de planeamento a configurar uma regulação legislativa expressa, nos artigos 79º a 81º do RJGT, que preveem os limites e as atribuições inerentes a este tipo contratual, estes problemas foram ultrapassados.¹²¹

Nesta dissertação optamos por considerar, apenas, o contrato de planeamento dos contratos sobre exercício de poderes públicos¹²². O mesmo é encarado como uma subcategoria da contratação sobre o exercício de poderes públicos, consagrada no artigo 336º do CCP, os quais, geralmente se reconduzem a atos administrativos, não ficando os mesmos condicionados a não poderem ser integrados noutras formas de atuação da Administração, como é o caso dos planos.

¹²¹ Já o nº2 do artigo 6º e o nº81º, nº1 do RJGT prevê a possibilidade da celebração dos contratos para planeamento.

¹²² Excluimos aqui os contratos pelos quais a câmara “atribui” a um ou vários interessados a elaboração de um plano, os quais se confundem com os contratos para conceção de estudos/projetos do domínio do ordenamento do território e do planeamento urbanístico ou com os contratos de prestação de serviços nestes domínios.

O contrato de planeamento¹²³ traduz-se na concertação de interesses público-privados, onde a Administração municipal se compromete, perante os interessados, a desencadear o procedimento de elaboração dos programas e planos territoriais, ou contratos pelos quais, previamente à elaboração dos referidos planos ou programas, a Administração co-determina com os privados os respetivos conteúdos, a integrar no instrumento de planeamento.¹²⁴

Nas palavras de OCHOA GÓMEZ (2006), os contratos de planeamento são “*sempre celebrados na fase de elaboração ou formação de um plano urbanístico com o fim de determinar as bases sobre as quais este irá repousar no futuro*”.¹²⁵ Acrescenta, ainda, JORGE ALVES CORREIA (2009), que estes “*versam sobre aspetos relativos ao conteúdo do plano, tendo, em qualquer caso, influência sobre as prescrições do mesmo. Possuem, por isso, caráter inovatório sobre o planeamento urbanístico, determinando, em larga medida, o modelo territorial de ocupação do espaço municipal*”.¹²⁶

Podemos encarar os contratos de planeamento como contratos endoprocedimentais ou obrigacionais¹²⁷, considerando que os mesmos definem os termos e o modo em que os poderes públicos vão ser exercidos pelas entidades públicas.

Não obstante, é de bom tom salvaguardar que os contratos de planeamento não substituem o plano ou o programa na definição do regime do uso do solo, na medida em que se por um lado o plano estabelece as linhas orientadoras e/ou gerais do ordenamento do território, por outro o contrato para o planeamento dedica-se ao tratamento de requisitos mais específicos, os quais não podem contrariar o primeiro¹²⁸.

¹²³ Plasmado no artigo 6º-A do RJGT anterior (redação do DL nº316/2007). O seu regime encontra-se, atualmente, consagrado nos artigos 79º a 81º do RJGT.

¹²⁴ Seguindo de perto FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratos para planeamento...*p.17.

¹²⁵ Ver OCHOA GÓMEZ, *Los Convenios Urbanísticos - Limites a la Figura Redentora del Urbanismo*, Madrid, 2006, p.108.

¹²⁶ Ver JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*p.75.

¹²⁷ Vide ponto 3 do presente capítulo *infra*.

¹²⁸ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratos para planeamento...* p.20. Não temos quaisquer dúvidas em afirmar, baseando a nossa certeza no artigo 80º, nº2 do RJGT, que “*os contratos para planeamento não prejudicam o livre exercício dos poderes públicos municipais relativamente ao conteúdo, procedimento de elaboração, aprovação e de execução do plano*”.

Na linha do artigo 81º, nº1 do RJIGT, é através de um contrato que a Administração concilia com os privados o modo como vai exercer os poderes públicos de planeamento – que pertencem à Administração – obrigando-se a elaborar um plano (que englobe, por exemplo, uma construção de uma infraestrutura geral) ou a elaborá-lo com um determinado conteúdo.

Neste contexto, o nº2 do referido artigo explicita os respetivos limites, condicionando a celebração do contrato à deliberação dada pela câmara municipal – devidamente fundamentada – colocando a titularidade do poder de planeamento sempre no município, não se afigurando possível que a elaboração dos planos seja de iniciativa exclusivamente privada. Aqui, apenas se admite a possibilidade de a Administração concertar com os privados *as condições e os termos em que exercerá os seus poderes de planeamento*, que irão sempre pertencer a esta.¹²⁹

O que aqui se trata é de optar¹³⁰ pela contratualização das escolhas do plano que, geralmente, seriam da autoria unilateral do município (ainda que se admitisse a participação dos particulares na discussão pública) e que a partir de agora podem surgir, por força do contrato, concertadas entre este e os particulares. Por este motivo, os referidos contratos não *prejudicam o exercício dos poderes públicos municipais relativos ao procedimento, conteúdo e aprovação do plano*¹³¹, encontrando-se aqui consagrado o princípio da indisponibilidade do poder de planeamento.

Contudo, é benéfico para a Administração contratualizar com os particulares, considerando as dificuldades económicas inerentes à elaboração do plano. Deste modo, na ausência de quadros técnicos municipais que se encarreguem da tarefa de elaboração do plano, o contrato entre a Administração e os particulares, mostra-se como uma mais-valia,

¹²⁹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratos para planeamento...* p.22.

¹³⁰ Neste seguimento, JORGE ALVES CORREIA (2009), afirma que os contratos para planeamento são contratos de carácter meramente conveniente, podendo a Administração optar pelo contrato ou pelo ato administrativo. “*Vale, por isso, o princípio da alternatividade entre ato e contrato.*”, JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*p.79.

¹³¹ Plasmado no nº2 do artigo 80º do RJIGT.

nunca ignorando que a tramitação procedimental do planeamento é da responsabilidade exclusiva da câmara municipal.

De forma a entender o regime aplicável a estes contratos, torna-se fulcral identificar os limites a que os mesmos estão sujeitos. Nas palavras de JORGE ALVES CORREIA (2009), *“a teoria dos limites dos contratos para planeamento assenta na premissa de que o contrato não poderá invadir os domínios próprios do poder de planeamento.”*¹³²

Como já fora referido ao longo de toda a exposição, os referidos contratos não prejudicam o exercício dos poderes públicos municipais de planeamento, tal como vem consagrado no nº2 do artigo 80º do RJIGT, razão pela qual estes contratos têm sempre a sua eficácia condicionada, isto é, o plano que incorpora e que resulta do contrato, quando entra em vigor, faz com que o contrato seja cumprido.

Não obstante, na opinião de FERNANDA PAULA (2008), *“ainda que o conteúdo do plano tenha sido objeto da contratação com os interessados (que para ser legítima, tem de resultar sempre de uma ponderação e confronto antecipados entre o interesse do cocontratante e o interesse público), não pode a câmara municipal deixar de ponderar, no procedimento de elaboração do plano que venha a desencadear, todos os interesses que lhe sejam trazidos ao procedimento e de decidir em sentido contrário ao contratualizado quando algum destes interesses assumam relevo superior.”*¹³³

No mesmo seguimento, podemos afirmar que estes contratos são celebrados com uma condição resolutiva implícita, ou seja, o contrato deixará de produzir os devidos efeitos se as circunstâncias de facto e de direito sofrerem modificações. Caso os pressupostos de direito e de facto se alterarem, como por exemplo o surgimento de novos dados a ponderar, a obrigação da câmara municipal – viabilização de determinadas vantagens urbanísticas aos

¹³² Vide JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.137

¹³³ FERNANDA PAULA (2008) ainda acrescenta que é este o sentido que se pretende dar ao nº2 do artigo 80º do RJIGT, falando-se aqui de uma obrigação de meios e não de uma obrigação de resultados para a câmara municipal, no que concerne ao conteúdo a conferir ao futuro plano. V. ob. cit., *A Contratação pública...* p.791

particulares e das corresponsivas prestações à Administração como “contrapartida” daquelas – extingue-se.¹³⁴

Mais se acrescenta que a validade destes contratos depende da existência de razões de interesse público para a sua celebração. Neste sentido, os particulares deverão explicitar de forma minuciosa e detalhada a sua pretensão para a área territorial em questão, de forma a que seja possível à Administração analisar se se trata de uma pretensão meramente privada, com base em interesses exclusivos do seu promotor, ou se estão em causa verdadeiras razões de interesse público. Assim, a câmara terá de proceder a uma argumentativa coerente, alegando motivos legítimos para o efeito, de forma a que fique demonstrada que a ocupação territorial que interessa ao particular, é a que melhor serve os interesses municipais, perspetivando o correto ordenamento jurídico.

Destarte, não basta para a celebração do contrato que o particular proponha a assunção da totalidade dos encargos inerentes à elaboração do plano, se este mesmo plano não se fundamentar em verdadeiras razões de interesse público.¹³⁵

O contrato de planeamento, mais uma vez, demonstra-se essencial na concertação de interesses público-privados, uma vez que, mesmo não se demonstrando necessário, para a elaboração do plano e subsequente celebração do contrato, o consentimento de todos os titulares de direitos da sua área de abrangência, gera a garantia de que não se está a elaborar um plano para ser “guardado na gaveta”. Dito de outra forma, na maior parte das vezes, na

¹³⁴ O mesmo não acontece quando nos colocamos no lugar do particular e/ou interessado, ou seja, o interessado não pode invocar a posição jurídica (v.g. no caso de uma cedência de um terreno, a câmara obriga-se a alterar o plano de forma a que seja possível a admissão de uma capacidade edificativa noutra terreno do mesmo interessado de forma a compensá-lo pela cedência já referida) enquanto o plano não a consagrar, o que só acontecerá quando e se o plano entrar em vigor. Se o plano não previr esta “contrapartida” o interessado não pode invocar a perda desta posição jurídica, dado que a mesma não lhe é concedida pelo contrato, antes pelo plano. Neste sentido, cfr. FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp.26-27. V. tb. da mesma autora, ob. cit., *A Contratação pública...* p.791. Esta caducidade vai de encontro ao plasmado no artigo 337º, nº2 do CCP.

¹³⁵ V. FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp. 31-32.

ausência desta concertação de interesses, o plano, para ser executado, implicaria recorrer a procedimentos impositivos morosos e onerosos¹³⁶.

Torna-se, pois, vantajoso, os interessados associarem-se entre si e alcançarem um consenso (a acertar com a câmara municipal) no que respeita ao desenho urbano para a área em causa. Consequentemente, vê-se facilitada a tarefa de execução das suas prescrições, havendo a possibilidade de fundar diretamente operações de transformação fundiária, marcantes para efeitos de registo predial, como também se encontra dispensado, nestes específicos casos, um subsequente procedimento administrativo de controlo prévio¹³⁷. Aqui, afigura-se bastante a certidão do plano acompanhada dos respetivos contratos de urbanização ou de desenvolvimento urbano, proporcionando uma poupança de esforços, tanto monetariamente, como em termos de morosidade.

Face ao exposto, concluímos que, como havíamos afirmado anteriormente, apesar dos referidos contratos não afetarem o poder de planeamento – o qual continua a pertencer à Administração – este encontra-se limitado por auto-vinculações administrativas.

Depois de esclarecida a questão dos limites e do conteúdo dos contratos para planeamento, a questão que se coloca é a de saber se é legítima a “atribuição” aos privados, nos termos anteriormente referidos, da tarefa material de elaboração do plano e, ainda, como se articula este tipo contratual com o regime do CCP em matéria da regulação das regras de concorrência.

Relativamente à primeira questão não há base legal que permita a delegação de tarefas públicas de planeamento para o particular. O que se admite nos contratos para planeamento é um compromisso contratual onde a Administração se auto-vincula a elaborar um plano, com determinado conteúdo.

¹³⁶ Que poderão ter lugar na presença de resistência dos proprietários, ou na falta de um acordo estável.

¹³⁷ Estes procedimentos administrativos de controlo prévio podem ser observados, neste caso, em sede de licenciamento ou de aprovação de operação de loteamento ou de reparcelamento. Acompanhando de perto FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp.34-35. Para mais desenvolvimentos no âmbito dos controlos prévios, vide JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função...* pp. 510-554.

No que concerne à questão da submissão deste tipo contratual ao regime de concorrência previsto no CCP, temos vários pontos a discutir e diversas concepções que se podem demonstrar opostas.

Para JORGE ALVES CORREIA (2009) a concorrência tem de ser encarada numa dupla perspetiva. Por um lado, temos a Administração que está interessada em obter o máximo de vantagens que o operador lhe puder fornecer com o objetivo de obter a melhor conceção de plano e garantir a devida execução do mesmo, o que originará a realização dos interesses públicos. Por outro lado, temos os demais operadores económicos que tem como máximo interesse que o plano consagre as soluções urbanísticas que lhe sejam úteis para os seus empreendimentos económicos. O autor acredita que *“afastar os contratos para planeamento das regras gerais da contratação pública e vedar essa possibilidade de a Administração encontrar no mercado a melhor proposta de ocupação territorial representará, ao fim ao cabo, uma pálida satisfação do interesse público, secundarizando-o na fisionomia do contrato”*.¹³⁸

Assim, atendendo à perspetiva do autor, a lógica da concorrência está irredutivelmente *“ligada à função económico-jurídica global do contrato para planeamento”*, o que fundamenta o regime plasmado nos artigos 79º a 81º do RJIGT. Todos os interessados têm a oportunidade de apresentar as propostas de contratos para planeamento, em pé de igualdade, tal como previsto no artigo 81º, nº1 do RJIGT. A Administração analisa todas essas propostas relativas a um projeto a desenvolver em determinada área e escolhe consoante a que atingir o melhor para o interesse público em geral.

Primeiramente, é possível afirmar que quando se trata de um contrato de planeamento que corresponda à concertação de interesses entre a câmara e os particulares, no que respeita ao modo como aquela exercerá os seus poderes públicos de planeamento municipal, a

¹³⁸ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* pp. 147-151. O autor apresenta uma posição “fechada” e inflexível acerca do regime concorrencial a que os contratos para planeamento devem ser submetidos. O mesmo nega a necessidade de os mesmos serem abrangidos pelo artigo 5º do CCP, que trata da contratação que não se encontra ao abrigo das regras de concorrência da contratação pública, estabelecidas no CCP. Em sentido contrário, FERNANDA PAULA, defende que os contratos para planeamento devem ser submetidos ao regime do artigo 5º, nº1 do CCP.

questão da concorrência é ultrapassada, no sentido da Administração não ter de fazer uma escolha de uma proposta, sendo evidente, neste caso, que será a Administração, por natureza, a “prestadora de serviço” que o interessado procura.¹³⁹

Situação diferente é quando são os próprios proprietários dos solos, sobre os quais vai recair o instrumento de planeamento objeto do contrato, a apresentar proposta. Há quem entenda que, neste caso, não há necessidade de abertura de um procedimento concorrencial, isto porque, são da opinião de que existem apenas dois interessados, designadamente a Administração e o proprietário do imóvel. No entanto FERNANDA PAULA (2009) refuta esta perspetiva. A tarefa de planeamento é uma atividade pública. Tal significa que estão em causa a prossecução de interesses públicos¹⁴⁰ e não, somente, de interesses dos proprietários dos solos. Nas palavras da Autora, “*não tem lógica deste modo, afirmar-se que apenas existem dois interessados na elaboração do plano (a Administração que o faz, e os proprietários dos solos sobre os quais o mesmo incidirá)*”.¹⁴¹

Em suma, face a tudo o que foi dito, é facilmente deduzível que há um risco inerente à admissibilidade da adjudicação direta aos privados (ainda que seja exigível que os privados sejam os proprietários dos solos em causa) na tarefa de elaboração dos planos. Nesta medida tal admissibilidade poderia gerar um recurso generalizado a este tipo de procedimento,

¹³⁹ É imprescindível referir aqui que, como todos nós sabemos, o princípio da concorrência apenas assume um valor fundamental no âmbito dos designados procedimentos de adjudicação (necessário assegurar que o interesse público beneficie e veja a sua pretensão satisfeita considerando a proposta mais vantajosa). Neste caso concreto, tratando-se de um contrato que se engloba na “*contratação excluída*”, prevista no artigo 5º do CCP, por abranger prestações que não estão submetidas à concorrência de mercado já que são efetuadas exclusivamente pela Administração. Neste seguimento v. FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp. 36-64. Neste caso concreto, de encontro a esta posição JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p. 151.

¹⁴⁰ Aqui está implícita a prossecução de todos os interesses envolvidos. Vide FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp. 65 e ss.

¹⁴¹ No entanto, quando nos deparamos com os contratos para assunção de encargos relativos a infraestruturas gerais previstos no artigo 25º do RJUE, a situação é diferente. Neste caso permite-se a adjudicação de obra pública (as infraestruturas gerais) ao interessado na operação urbanística sem a qual (obra pública) esta pretensão não pode ser viabilizada. Estamos perante uma adjudicação direta e a realização de operações urbanísticas, que ao contrário dos planos se apresentam como atos atinentes a situações concretas. Este ponto será desenvolvido com mais detalhe e ênfase no capítulo III da presente dissertação. Para mais desenvolvimentos acerca do procedimento concorrencial associado ao CCP v. FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp. 55-72. V. tb., JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contrato e O Poder Administrativo...* pp.789-810.

podendo deste modo a Administração adquirir “*fora de portas*” planos que, no sentido de poupar custos com a sua elaboração/aquisição, ajustaria diretamente com os proprietários, os quais, também, socorrer-se-iam do ajuste direto com privados para a elaboração do plano. Tudo isto geraria um ciclo vicioso e, conseqüentemente, faria com que a Administração escapasse “*folgadamente*”¹⁴² do recurso às regras da contratação pública.

Ao consagrar o regime do procedimento concorrencial no CCP, o legislador desejou que não existissem escapatórias, isto é, o mesmo quis, expressa e inequivocamente, que ficasse claro que só em determinadas situações, atendendo à situação concreta, seriam excluídas as regras de concorrência da contratação pública.

Concluindo, expostas ambas as opiniões divergentes dos dois Autores, sendo a posição de JORGE ALVES CORREIA mais rígida comparativamente à de FERNANDA PAULA, assumimos que estamos mais inclinados a defender a posição da segunda Autora.

JORGE ALVES CORREIA (2009), considera que “*a grande utilidade ou mais-valia deste contrato reside, pois, na possibilidade de a Administração convocar os préstimos do mercado para obter a melhor solução de ocupação territorial possível*”.¹⁴³ Como já foi demonstrado ao longo desta exposição, este contrato pode ser visto sob outra perspectiva. No entanto, podemos vir a recorrer à posição do Autor, embora seja diferente daquela que consideramos mais ajustável a esta situação.

Atendendo às características das pretensões dos contratos de planeamento e considerando tudo o que foi analisado até agora, somos da opinião que os mesmos não devem ser submetidos ao regime concorrencial previsto no CCP, verificando-se, na maioria das vezes, o legalmente consagrado no nº1 do artigo 5º do CCP. Não obstante, não devem os referidos contratos ser totalmente “*folgados*” de respeitar as regras de concorrência da contratação pública quando o caso assim mesmo o exigir.¹⁴⁴

¹⁴² Expressões utilizadas por FERNANDA PAULA, ob. cit., *Os Contratos para planeamento...* pp. 71-72.

¹⁴³ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.149.

¹⁴⁴ Podendo, neste caso, adotarmos a posição defendida por JORGE ALVES CORREIA.

Concordamos e finalizamos esta exposição citando JORGE ALVES CORREIA (2009), quando diz “o contrato para planejamento revelar-se-á um instrumento da ação administrativa adequado ao desenvolvimento da policy urbanística”.¹⁴⁵

2. Contratos de execução: os sistemas de execução

Desde logo, afigura-se necessário referir que os contratos de execução abarcam uma vasta e diversa gama de contratos, todos com o objetivo de “pôr o plano em prática”, por diversas formas de atuação. No fim de contas os contratos de execução, não são mais do que a efetiva concretização do modelo territorial talhado nos planos, pondo em prática um conjunto de ações, designadamente de urbanização e edificação, de acordo com a programação e as previsões naqueles estipuladas.

Iremos dar uma importância acrescida aos contratos integrativos dos sistemas de execução dos planos municipais de ordenamento do território no decorrer da nossa exposição, fazendo apenas uma breve referência aos restantes. Como teremos oportunidade de verificar, mais à frente, estes são designados por contratos integrativos, na medida em que “completam ou densificam a disciplina jurídica dos sistemas de execução”.¹⁴⁶

No que respeita à execução dos planos municipais de ordenamento do território, doravante PMOT, toma-se em linha de conta a realidade normativa, os artigos 3º, nº1, al.h) e 54º da LBOTU¹⁴⁷, que consubstanciam os princípios fulcrais no que toca à execução daqueles planos, em consonância com o disposto nos artigos 146º a 152º do RJGT¹⁴⁸ que regulam a disciplina jurídica da programação e sistemas de execução dos PMOT.

¹⁴⁵ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.149.

¹⁴⁶ Expressão utilizada, ao longo da exposição, por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* pp. 85-94.

¹⁴⁷ Previsto no artigo 16º da anterior LBOTU, redigido sob a égide da Lei nº48/98, de 11 de agosto, revogada pela lei – atualmente em vigor – Lei nº 31/2014, de 30 de maio.

¹⁴⁸ Reconduzem-se aos artigos 118º a 125º do anterior RJGT.

Tal como nos contratos para planeamento, nos contratos de execução a tarefa executória cabe primordialmente à Administração, não ignorando a significativa participação dos particulares naquela atividade, dado que essa participação se encontra consagrada legalmente nos artigos 3º, nº1, al.g) e 54º, nº2 da LBOTU, bem como no artigo 146º, nº2 e 3 do RJIGT, como um dever legal.

Aqui, faz todo o sentido falar-se em tarefas privadas de interesse público, afirmando a ampla relevância que os particulares têm na execução dos planos, através da promoção de operações urbanísticas com a finalidade de satisfazer o interesse público, contribuindo para o desenvolvimento urbanístico de certas áreas do espaço municipal.¹⁴⁹

No nosso ordenamento jurídico a execução dos planos pode ser feita mediante três vias, designadamente a execução direta, a execução sistemática e a execução assistemática¹⁵⁰. A primeira diz apenas respeito ao plano diretor municipal, de agora em diante, PDM, que é o único de elaboração obrigatória de acordo com o artigo 95º, nº4 do RJIGT¹⁵¹, o que quer isto dizer que as disposições do plano não têm de, obrigatoriamente, passar pela intermediação de um ulterior plano de execução [artigo 96º, nº1, al.k) e 2, do RJIGT].

Relativamente à execução sistemática¹⁵², a qual iremos abordar com mais detalhe e a preferida pelo legislador, esta encontra-se regulada no artigo 55º, nº1 da LBOTU e nos artigos 147º a 151º do RJIGT e desdobra-se em três sistemas de execução ao abrigo da lei,

¹⁴⁹ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Almedina, 2009, p.150.

¹⁵⁰ Encontra-se plasmada no artigo 55º, nº2 da LBOTU e diz respeito a uma execução realizada fora do contexto de unidades de execução, dado que não está adstrita a nenhum dos sistemas de execução tipificados na lei. Traduz-se na concretização de operações urbanísticas isoladas e desligadas de uma solução de conjunto e de qualquer parceria entre privados e entre estes e a Administração na execução dos planos. Noutras palavras, a execução assistemática não se encontra associada a uma urbanização programada e coordenada das várias parcelas incluídas no âmbito de um mesmo espaço territorial. Para mais desenvolvimentos acerca do tema consultar JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contratos Urbanísticos...* Almedina, pp. 150-159, em especial p. 156 e 158, a última em nota de rodapé.

¹⁵¹ Reconduz-se ao artigo 84º, nº4 do anterior RJIGT.

¹⁵² Também conhecida por execução indireta. Neste sentido, v. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Contratos Urbanísticos...* Almedina, p.156.

denominados por sistema de iniciativa dos interessados¹⁵³, sistema de cooperação e sistema de imposição administrativa (artigo 147º, nº1 do RJIGT).

Atento ao consagrado na letra da lei, a execução sistemática “*desenvolve-se no âmbito de unidades de execução*¹⁵⁴, *delimitadas pela câmara municipal, por iniciativa própria ou a requerimento dos proprietários interessados*” – artigo 147º, nº2 do RJIGT. O artigo 146º, nº1 do RJIGT completa, ainda, explicitando que “*o município promove a execução coordenada e programada do planeamento territorial, com a colaboração das entidades públicas e privadas procedendo à realização das infraestruturas e dos equipamentos de acordo com o interesse público, os objetivos e as prioridades estabelecidas nos planos intermunicipais, recorrendo aos meios previstos na lei*”. A programação das referidas atuações deve ser enquadrada num dos três sistemas supramencionados.

Colocando agora o foco nos três diferentes sistemas de execução, o sistema de iniciativa de interessados¹⁵⁵, tal como o nome indica, tem como característica essencial a iniciativa privada e encontra-se plasmado no artigo 149º do RJIGT. É neste sistema de execução que encontramos maior ingerência da atividade dos particulares no procedimento de execução dos planos. Antes designado por sistema de compensação, justamente pela razão de serem os particulares a prestar ao município a compensação devida, com base no que está estabelecido nos planos e/ou regulamento, sendo aos primeiros dado a iniciativa referida.

De seguida, cabe aos mesmos, de acordo com o que está estabelecido na lei e nos planos, encarregar-se de proceder à distribuição equitativa de benefícios e encargos derivados da

¹⁵³ Anteriormente denominada por sistema de compensação e consagrada no artigo 122º do anterior RJIGT. A alteração da denominação encontra sentido no facto de este sistema se apresentar como um sistema de iniciativa essencialmente privada. Aqui são os proprietários e/ou titulares de direitos reais relativos a prédios abrangidos no plano, que tem o dever de promover a execução daqueles planos de âmbito municipal e intermunicipal, de acordo com o disposto no nº1 do artigo 149º do RJIGT.

¹⁵⁴ Para melhor entendimento, unidades de execução traduzem-se em áreas do solo, devidamente delimitadas, nas quais não-de desenvolver-se – no seu interior – todas as operações jurídicas e materiais em que consubstancia a execução do plano. Segundo o nº2 do artigo 148º do RJIGT, as unidades de execução deverão ser “*delimitadas de modo a assegurar um desenvolvimento urbano harmonioso e a justa repartição de benefícios e encargos pelos proprietários abrangidos*”.

¹⁵⁵ Anteriormente designado por sistema de compensação, plasmado no artigo 122º do RJIGT. Foi, e continua a ser, o sistema de execução em que os particulares tem um maior protagonismo no que toca ao procedimento da execução dos planos.

execução do instrumento de planeamento entre todos os proprietários, na proporção do valor previamente atribuído aos seus direitos.¹⁵⁶

Ora, neste sistema, os direitos e os deveres dos particulares que participam na unidade de execução são definidos por contratos de urbanização, de acordo com o nº2 do artigo 149º do RJGT. É um contrato de natureza privada, no qual participam apenas atores exclusivamente privados, ou seja, este contrato representa uma “*forma de autorregulamentação dos particulares que executam o plano em substituição da Administração Pública*”¹⁵⁷, não obstante do mesmo ser celebrado no âmbito de um sistema de execução de um plano urbanístico e, conseqüentemente prosseguir o interesse público. Deste modo, é de fácil assunção que estamos perante um contrato urbanístico em sentido estrito¹⁵⁸.

Face ao exposto, concluímos que este sistema é, claramente, um sistema de execução privado.

No entanto, a lei não é clara quanto ao conteúdo do contrato a celebrar. O legislador deixa um espaço amplo, na medida em que apenas refere que há uma associação entre os proprietários, mas não explicita os termos, nem o procedimento da constituição dessa associação.

Neste sentido, somos da opinião que o legislador criou intencionalmente esta lacuna, dando espaço de “manobra” às partes intervenientes, considerando que remete, propositadamente, várias matérias não reguladas no artigo 149º para um contrato de urbanização. Podemos, assim, afirmar com certeza que o contrato é visto aqui como um elemento essencial para que este sistema de execução funcione.

Por outro lado, o sistema de cooperação, contemplado no artigo 150º do RJGT, o protagonismo dos particulares é menos sentido em comparação com o sistema de iniciativa

¹⁵⁶ Aqui referimo-nos ao mecanismo designado por perequação que, neste caso concreto está previsto no artigo 149º, nº1 e 3, do RJGT.

¹⁵⁷ Citando JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.89.

¹⁵⁸ Tese defendida por Jorge Alves Correia e referida no presente Capítulo nas pp.49-50.

de interessados. No entanto, mesmo sendo menos sentido neste sistema de execução, a participação dos particulares é mais intensa aqui do que no sistema de imposição administrativa.

No sistema de cooperação, a iniciativa e execução do plano já pertence ao município, ao contrário do que acontece no sistema anteriormente tratado, contando com a cooperação dos particulares interessados, que atuam conforme a programação estabelecida pela câmara municipal. Aqui os direitos e os deveres das partes também são definidos por um contrato de urbanização, encontrando aqui duas modalidades. Uma das modalidades alude ao contrato de urbanização entre os promotores da intervenção urbanística, no seguimento da iniciativa municipal, enquanto que a outra trata-se de um contrato de urbanização entre o município, os proprietários da intervenção urbanística e, casualmente, outras entidades interessadas na execução do plano, segundo o artigo 150º, nº2, al.a) e b) do RJIGT.

Considerando a modalidade disposta na al.a) do nº2 do artigo 150º do RJIGT, há uma maior intervenção por parte do município, em comparação à intervenção que existe no contrato de urbanização ao abrigo do nº2 do artigo 149º. Destarte, o município continua a colocar-se “de fora” da relação contratual. A tarefa do município consiste, apenas, em promover ou fomentar o acordo entre entidades particulares, mantendo-se sempre à margem. Contudo, observando a posição do município, é de fácil entendimento a natureza jus-privatística do acordo, mesmo que estejamos no âmbito de um sistema de execução que prossegue o interesse público e, logo, não se engloba nos parâmetros do contrato urbanístico em sentido estrito. No caso da al.b) do referido artigo, as coisas já são diferentes, tomando em consideração que o município também é parte na relação contratual, ou seja, coloca-se ao lado dos proprietários. Aqui já estamos perante um contrato urbanístico em sentido estrito segundo os parâmetros definidos na tese de JORGE ALVES CORREIA (2009).

Concluindo, o sistema de cooperação, trata-se de uma colaboração entre o município e os interessados na execução do plano, sendo os direitos e deveres das partes a definir em contrato de urbanização. Deparamo-nos, portanto, com um sistema de execução misto.

Aqui, também se deduz facilmente que o legislador deixou um amplo espaço acerca do conteúdo a regular em contrato de urbanização pelas partes.

Finalmente, no que toca ao sistema de imposição administrativa, previsto no artigo 151º do RJIGT, os particulares detêm uma escassa intervenção, deixando de ser os protagonistas. Aqui o protagonismo cabe ao município, que atua diretamente ou através da celebração de um contrato de concessão de urbanização com um particular, de acordo com o artigo 151º. Trata-se, sem qualquer dúvida, de um contrato urbanístico em sentido estrito.

Analisando a disposição do artigo 151º do RJIGT, que nos expõe a natureza do contrato de concessão e de como se processa o sistema de imposição administrativa, percebemos que o concessionário se pode substituir à Administração, mas isso não quer dizer que a Administração renuncie a tarefa concessionada. Pelo contrário, opta por não a executar pelos seus próprios meios e, portanto, assumirá sempre uma responsabilidade de garantia, a qual se encontra investida de uma fiscalização contínua da execução da atividade que foi concessionada.¹⁵⁹ O contrato de concessão de urbanização, a ser desenvolvido mais adiante com mais pormenor, consiste num contrato em que é delegado uma função pública, dado que é atribuída ao contratante particular a responsabilidade de executar determinada tarefa ou função pública, no caso *sub judice*, a urbanização de uma unidade de execução que o município tinha determinado como tarefa sua.

O contrato supramencionado é regido pelas regras aplicáveis às concessões de obras públicas pelo município, com as necessárias alterações, de acordo com o disposto no nº4 do artigo 151º. Posto isto, faltando uma disciplina específica definida pelo RJIGT no que concerne ao contrato de concessão, o mesmo encontra-se submetido ao regime geral dos contratos de concessão de obras públicas, contemplado nos artigos 407º e 408º do CCP.

Em suma, verificando-se, consecutivamente, o amplo espaço que o legislador deixou em relação à definição de regras e procedimento a seguir nos vários sistemas de execução, o contrato vem aqui assumir uma posição de regulação de direitos e deveres não contemplados na lei e completar ou densificar a disciplina jurídica dos diversos sistemas de execução. E, portanto, o contrato representa, como sublinha JORGE ALVES CORREIA (2009), “o

¹⁵⁹ Acompanhando de perto JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.92.

preenchimento de uma lacuna infralegal aberta pelo legislador e constitui um modo particular de adaptar o regime do sistema de execução às particularidades do caso concreto.”¹⁶⁰ Os contratos são, aqui, considerados como contratos integrativos dos sistemas de execução dos planos, sendo os mesmos imprescindíveis para o decorrer do procedimento dos sistemas identificados.

Na opinião de JORGE ALVES CORREIA (2009), o legislador progrediu ao criar intencionalmente uma lacuna intra-legal que é objeto de integração através do contrato de urbanização, o qual é mencionado no artigo 149º, nº2 do RJIGT. Em sentido oposto, JOÃO MIRANDA (2012) defende que o legislador deveria ter densificado a disciplina aplicável ao sistema de iniciativa de interessados e, nos restantes sistemas de execução, não havendo a necessidade de serem as partes a estipularem “livremente” a fixação do conteúdo do contrato e ainda o modo de funcionamento destes sistemas de execução. Entende ainda que esta solução aplicada pelo legislador é muito duvidosa, considerando que estamos perante um direito de propriedade privada e que este é análogo aos direitos, liberdades e garantias, os quais se encontram submetidos ao princípio da reserva de lei. De acordo com este princípio, é imposto ao legislador ordinário a obrigatoriedade de criar normas precisas e determinadas, ao invés de remeter para a autonomia privada das partes aspetos fundamentais do regime relativo a este direito fundamental.¹⁶¹

¹⁶⁰ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* p.93.

¹⁶¹ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* pp.206-207, em nota de rodapé. Ainda na mesma linha de pensamento, JOÃO MIRANDA é da opinião de que enquanto persistir a ausência de desenvolvimento legal dos sistemas de execução, a única alternativa que se vislumbra é, seguindo o pensamento de FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit., *Manual...* II, p.72, que os municípios regulem essas matérias nos seus planos ou regulamentos de urbanização, de forma a incentivar os proprietários a tomarem a iniciativa de execução do plano. Em síntese, face ao que foi exposto e perante a realidade prática, a insuficiência da disciplina legal gerou a inaplicabilidade dos sistemas de execução, mais precisamente do sistema de iniciativa dos interessados. No nosso entender, mais do que esta consagração e determinação legal no que concerne aos sistemas de execução, a ser feita pelo legislador ordinário, urge a aprovação do diploma legal dos contratos de concessão. A falta desta aprovação faz com que os contratos de concessão, de forma a serem utilizados, tenham de recorrer analogamente às normas dos contratos de cooperação e não às suas próprias normas. Socorrem-se ainda das normas aplicadas aos contratos de concessão de obras públicas previstas no CCP, o que pode, consequentemente, pode gerar uma má aplicação das normas referidas ao contrato em apreço e ao caso concreto. Deste modo, compreende-se a urgência de aprovar o devido regime legal dos contratos de concessão previstos no artigo 47º do RJUE.

Os contratos de execução dos planos podem abarcar várias modalidades de contratos. Como já vimos há contratos de execução dos planos integrativos dos sistemas de execução, os quais já foram devidamente explanados. No entanto, ainda nos é possível enumerar mais alguns, que se enquadram no âmbito da execução de planos, aos quais faremos uma breve referência neste ponto, tomando em consideração que três deles serão discutidos em pormenor mais à frente (Capítulo III – Contratos de Gestão Urbanística) e, por outro lado, referindo-nos aos restantes, não faria sentido fazer uma exposição extensa, considerando a sua falta de relevância para nós nesta dissertação.

Agora, colocando o foco noutro tipo contratual, falaremos dos contratos no âmbito do reparcelamento do solo urbano em breves linhas, começando por dizer que o seu regime se encontra previsto nos artigos 164º a 170º do RJIGT¹⁶². Acompanhando o artigo 165º, nº1 do RJIGT de perto entendemos que a operação de reparcelamento é *“da iniciativa dos proprietários, diretamente ou conjuntamente com outras entidades interessadas, ou da câmara municipal, isoladamente ou em cooperação”*. Segundo o nº2 do mesmo artigo, as relações entre os proprietários e o município são objeto de contrato de urbanização, figura que temos vindo a recorrer, no âmbito da contratação, com bastante frequência. Na hipótese de a iniciativa ser do particular¹⁶³, o processo tem início com um requerimento feito pelo particular dirigido ao presidente da câmara municipal.

No entanto, se estivermos perante a iniciativa da câmara municipal, a mesma *“inicia-se com a aprovação da delimitação da área a sujeitar a reparcelamento, que deve ser notificada a todos os proprietários dos prédios abrangidos”*, acompanhando o disposto no nº1 do artigo 167º do RJIGT.

¹⁶² Anteriormente plasmado nos artigos 131º a 134º do RJIGT, sendo notória a maior especificidade dedicada à regulação deste tipo contratual.

¹⁶³ Dispondo da base legal presente em todo o artigo 166º do RJIGT, que expõe detalhadamente qual o procedimento aquando da iniciativa dos proprietários. Na opinião de JORGE ALVES CORREIA, considerando a sua tese acerca do contrato urbanístico em sentido estrito, como é possível verificar, este contrato não se apresenta como tal devido à sua natureza jus-privatística, justificada pelo facto de esta operação ter iniciativa particular. Consultar detalhadamente na obra do referido autor, ob. cit., *Os Contratos...* pp. 97-101.

Muito mais havia a acrescentar acerca dos contratos de reparcelamento urbano, mas visto que esta figura contratual não afigura como essencial neste capítulo, e mesmo nesta dissertação, avançaremos agora para outra figura contratual distinta, nomeada por contratos celebrados no contexto da expropriação urbanística em sentido clássico.

Este tipo contratual encontra-se previsto no artigo 159º do RJGT e tem como objeto recorrer à expropriação de forma a executar mais fácil e adequadamente os planos municipais de ordenamento do território, isto porque dispõe que “*podem ser expropriados os terrenos ou os edifícios que sejam necessários à execução dos programas e dos planos territoriais, bem como à realização de intervenções públicas e instalação de infraestruturas e de equipamentos de utilidade pública*”.

Neste âmbito podemos adotar duas posições. A primeira posição vai ao encontro ao que FERNANDO ALVES CORREIA (2000)¹⁶⁴ denomina por *pré-procedimento da expropriação*, tratando-se aqui da situação em que é celebrado um contrato entre a entidade interessada na expropriação e o titular dos bens a expropriar, tendo o seguinte contrato como objeto a aquisição dos bens por via do direito privado, previamente ao requerimento da declaração de utilidade pública por parte da entidade interessada na expropriação. Estamos perante atos preliminares adotados pela entidade interessada em obter determinados bens ou direitos patrimoniais com o intuito de prosseguir o interesse público. Os mesmos atos são praticados recorrendo ao direito privado, evitando o recurso à expropriação. Não obstante, o recurso a algumas formalidades especificadas no artigo 11º do Código de Expropriações, estamos fora do domínio do procedimento expropriativo, tomando em conta o facto de esta figura contratual se encontrar fora do procedimento expropriativo, antes da prática do ato de declaração de utilidade pública, sendo considerados pelo legislador como contratos de direito privado.

Por outro lado, a outra posição a adotar, já no âmbito do procedimento administrativo, consiste no acordo que a entidade expropriante faz com o expropriado recorrendo, aqui, à

¹⁶⁴ V. FERNANDO ALVES CORREIA, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre expropriações por utilidade pública e o Código das Expropriações de 1999*, Coimbra, 2000... p.93.

denominada *expropriação amigável*, antes de ir mais longe e avançar para a discussão litigiosa da indemnização. O mesmo quer dizer que já nos encontramos perante um contrato administrativo que põe termo ao procedimento expropriativo. Ao celebrar este acordo de *expropriação amigável*, a entidade expropriante está a exercer uma função materialmente administrativa.

Em suma, temos aqui um exemplo típico de um contrato que atua no âmbito da prossecução do interesse público, através de um procedimento expropriativo aplicado com as necessárias adaptações, com a finalidade de “abrir espaço” à correta e adequada execução dos planos territoriais. Trata-se de outro método contratual¹⁶⁵, de índole urbanística, que satisfaz as necessidades a que é chamado.

Importa referir, neste campo, a contratação no âmbito dos mecanismos de perequação, ao abrigo do artigo 177º do RJIGT.

O objeto primordial dos mecanismos de perequação, de acordo com o artigo 176º, nº1 do RJIGT, constitui a repartição equitativa dos benefícios, ou seja, a redistribuição das mais-valias entre os diversos proprietários, a concretizar nas unidades de execução. O artigo 177º do mesmo diploma legal, determina quais os mecanismos de perequação que os municípios dispõem.

Nesta linha de pensamento, é de ampla compreensão em que contexto surge o contrato, enquanto elemento disciplinador de relações estabelecidas entre a Administração e os particulares, tal como já nos temos vindo a habituar, que são submetidos aos mecanismos de perequação dos benefícios e encargos resultantes dos planos¹⁶⁶. No âmbito do índice médio de utilização, é frequente o recurso a contratos de aquisição pelo município, podendo os mesmos ser permutas os contratos de compra e venda, bem como acordos de cedência de proprietários para o domínio privado do município de áreas com possibilidade construtiva

¹⁶⁵O contrato no contexto da expropriação urbanística em sentido clássico apresenta-se, neste contexto, como uma outra via contratual que pode ser adotada com a finalidade de obter os objetivos da execução dos planos ou programas territoriais. Como é possível verificar, existem várias figuras contratuais que proporcionam a concertação de interesses, tendo como última finalidade a urbanização.

¹⁶⁶ Cfr. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*pp. 103-105.

em excesso, nos casos em que a edificabilidade do terreno for superior à média, afigurando-se também a possibilidade da celebração de contratos de compra e venda do índice médio de utilização entre proprietários de terrenos, nos casos em que o próprio plano permitir, segundo os artigos 178º e 179º do RJIGT.

Relativamente à área de cedência média, têm lugar, de igual modo, os contratos de aquisição pelo município. O seu regime encontra-se consagrado no artigo 182º do RJIGT.

Por último, na repartição de encargos, a comparticipação nos custos de urbanização é determinada segundo o *tipo de aproveitamento urbanístico, a capacidade edificatória atribuída* e, por fim, segundo a *extensão excepcional de infraestruturas para serviço de uma parcela*, de acordo com o artigo 183º, nº2 do RJIGT.

É com certeza que afirmamos que estas figuras contratuais de aquisição de terrenos por permuta ou compra e venda, constituem contratos de direito privado da Administração, mesmo que se considere a circunstância dos mesmos serem celebrados no âmbito da perequação compensatória¹⁶⁷.

Por fim, mas não com menor importância, vamos referir-nos sucintamente aos contratos no âmbito da reabilitação urbana. Quando nos referimos a este campo, é imprescindível afirmar que a reabilitação urbana¹⁶⁸ constituiu um instrumento efetivo de melhoria e tutela do ambiente urbano.

Neste sentido, os contratos que revestem a maior importância são os que se encontram previstos no artigo 43º do RJRU, designados por contratos de reabilitação urbana. Este mesmo artigo, no seu nº1, regula o conteúdo contratual, estabelecendo como obrigação do particular a execução da reabilitação da totalidade ou de parte de unidades de intervenção, em vez da Sociedade de Reabilitação Urbana – SRU. O nº2 dispõe da possibilidade de o

¹⁶⁷ Tal circunstância não é suficiente para classificar este tipo contratual como um contrato administrativo e muito menos como contratos urbanísticos em sentido estrito, apoiando a tese defendida por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*p.105.

¹⁶⁸ DL nº88/2017, de 27 de julho, diploma legal que consagra o regime atual da reabilitação urbana, denominado por Regime Jurídico da Reabilitação Urbana – RJRU.

contrato prever a transferência da execução desta última para o particular dos direitos de comercialização dos imóveis reabilitados e de obtenção dos respectivos proventos, podendo ficar acordada a aquisição do direito de propriedade ou do direito de superfície dos bens a reabilitar ou a atribuição de um mandato de venda por conta da SRU¹⁶⁹.

Concluindo, os contratos de reabilitação urbana funcionam como que uma “cascata”¹⁷⁰, ou seja, há aqui uma devolução de poderes públicos dos municípios para as entidades gestoras e destas para os particulares.

Deste modo, finalizamos, assim, a nossa interpretação e exposição acerca dos contratos de execução de planos em si e das várias modalidades que os mesmos podem abarcar.

¹⁶⁹ Acompanhando de perto o regime plasmado no artigo 43º, nº2 do RJRU e a opinião de JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...* pp.107-108.

¹⁷⁰ Expressão utilizada por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos...*p.108.

Capítulo III – Os Contratos de Gestão Urbanística

1. Contratos de cooperação e de concessão do domínio municipal de gestão de infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva

Estamos agora no domínio da gestão de infraestruturas e de espaços verdes e de utilização coletiva localizados em zonas loteadas e urbanizadas, que se encontra consagrada nos artigos 46º e 47º do RJUE. Nesta medida, assiste-se à celebração de contratos de cooperação e de concessão da gestão do espaço urbano, entre o município e os moradores e as suas organizações.

Sublinhando JOÃO MIRANDA (2012), o mesmo entende que os contratos de gestão de domínio público municipal, vão para além das operações de loteamento consagradas no regime do RJUE. Neste sentido, “*a colaboração dos particulares é suscetível de ocorrer em qualquer área urbana, independentemente de a mesma ter sido objeto dessa natureza*”¹⁷¹. Concretizando esta mesma ideia, o legislador no nº1 do artigo 46º do RJUE, refere a aplicação destes contratos a zonas urbanizadas.

Estes contratos têm como objetivo principal estimular a responsabilização dos moradores pelo espaço público urbano por si usufruído. Pretende-se, deste modo, fomentar o investimento privado ou, de certa forma, reduzir, através da colaboração privada, os encargos públicos com a execução deste tipo de tarefas urbanísticas. Se os particulares usufruem destes espaços públicos, somos da opinião de que os mesmos devem contribuir ativamente para a manutenção destes espaços.

Contudo, na prática, recorrentemente, não são obtidos os resultados desejados, considerando a falta de abertura dos próprios decisores públicos locais à colaboração dos sujeitos privados na execução das tarefas públicas. Aqui também se considera pertinente realçar o desinteresse manifestado, em muitos dos casos, por parte dos promotores das

¹⁷¹ V. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...*pp.414-415.

operações urbanísticas quanto à manutenção futura do empreendimento urbano que geraram, por falta de capacidade financeira ou mesmo porque se apercebem da falta de potencialidade do empreendimento. Neste âmbito, a ausência de um diploma legal aprovado, no que concerne aos contratos de concessão da gestão de infraestruturas e de espaços verdes, não ajuda em nada, considerando que estes contratos têm, obrigatoriamente, de se reger pelas normas aplicadas aos contratos de cooperação. O artigo 47º do RJUE impõe a aprovação do referido diploma legal, mas enquanto o mesmo não acontecer, os contratos de concessão municipal (uma das experiências mais relevantes, subsumível a este tipo contratual consubstancia-se na concessão intermunicipal do serviço público de gestão urbana de uma área compreendida no atual Parque das Nações, que foi atribuída conjuntamente pelos Municípios de Lisboa e de Loures à sociedade Parque Expo 98)¹⁷² não têm autonomia.

Como é possível verificar a associação dos particulares à gestão das infraestruturas e dos espaços verdes é uma mais-valia, ainda mais se tiver por base o contrato, de forma a estabelecer as obrigações das partes. O contrato mostra-se um instrumento adequado para promover a partilha de responsabilidades públicas entre a Administração e os particulares¹⁷³.

Depois de um breve enquadramento acerca do conteúdo dos contratos no âmbito da gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização coletiva, discriminaremos os elementos dos contratos de cooperação e dos contratos de concessão.

Primeiramente, o contrato de cooperação encontra-se regulado no artigo 46º do RJUE.

JOÃO MIRANDA (2009), coloca uma questão no que concerne à qualificação deste contrato, isto é, se este deverá ser encarado como um contrato de colaboração subordinada

¹⁷² Exemplo plasmado na obra de JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.416.

¹⁷³ Os particulares que são diretamente beneficiados pela utilização de cada espaço urbano devem, assentando na ideia de responsabilização dos cidadãos, ser incentivados a contribuir para uma melhor prossecução do interesse público urbanístico. No mesmo seguimento, JOÃO MIRANDA, trata, ainda, do conceito e da natureza das organizações de moradores, traduzindo-se as mesmas num grupo organizado de moradores que atuam na gestão e exploração do espaço urbano. Esta atuação deve ser encarada não só como uma forma de colaboração técnica na execução na prossecução do interesse público, bem como o exercício de uma tarefa administrativa que se encontra interligada com os interesses específicos dos membros daquelas organizações. V. obra do Autor referenciado ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* pp. 418-420.

ou, por outro lado, se poderá ser entendido como um contrato de cooperação paritária¹⁷⁴, assimilando o mesmos aos contratos de urbanização, previstos no artigo 55º do RJUE, em que a celebração é entre a Administração e os particulares, no seio de um sistema de cooperação na execução do plano, o qual já referimos anteriormente e do qual iremos curar detalhadamente mais á frente.

Aqui estão em causa interesses comuns de cada uma das partes contratuais, não prevalecendo interesses de nenhuma das partes, encontrando-se estes no mesmo patamar, daí a razão de falarmos de um contrato de cooperação. Estamos perante a colaboração entre os particulares e a Administração com vista a concretizar um interesse público. Os interesses a prosseguir afiguram-se coincidentes, ou seja, os fins que o legislador atribui à Administração e os fins que os particulares irão prosseguir coincidem entre si.

No entanto, tal não significa que a tarefa de gestão do espaço urbano deixe de pertencer ao município.¹⁷⁵

Contudo, os contratos aqui tratados não são apenas de cooperação, afigurando-se mais do que isso, assentando a natureza do contrato não só numa mera cooperação, como também na colaboração dos particulares com a Administração na prossecução dos fins desta. Destarte do facto de também se afigurarem como fins dos particulares, são, em primeiro lugar, fins da Administração. Deste modo, trata-se de um contrato onde os particulares se vinculam, obrigando-se a colaborar temporariamente no desempenho de atribuições municipais.

No que respeita às regras de concorrência aplicáveis aos contratos públicos, parece-nos que não estamos aqui perante contratos que se subsumem a essas mesmas regras. Destarte, a menos que se demonstre a existência de uma pluralidade de possíveis interessados na colaboração com a Administração, o objeto deste contrato consubstancia-se em prestações que, regra geral, encontram-se eximidas às regras da concorrência. Como subscreve MARK

¹⁷⁴ Cfr, JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.422.

¹⁷⁵ Não estamos perante uma relação paritária, embora se admita uma atenuação dos poderes do município da conformação da relação jurídica contratual, conferidos à Administração, mas deixando sempre claro que a titularidade da tarefa de gestão do espaço urbano pertence ao município.

KIRBY (2008), “a aplicação das regras da contratação pública depende da suscetibilidade de o contrato despertar o interesse concorrencial de diferentes agentes económicos”¹⁷⁶.

Falando agora, acerca do contrato de concessão, a sua celebração é exigida, ao abrigo do artigo 47º do RJUE, quando às tarefas cometidas aos moradores através de um contrato de cooperação, acresça a realização de investimentos em equipamentos de utilização coletiva ou a construção de uma estrutura inamovível em terrenos que são do domínio público do município.

Consequentemente, tendo em conta a ausência de diploma legal aprovado, os contratos de concessão são de escassa aplicação prática, quando se trata da concessão de gestão das infraestruturas e dos espaços verdes e de utilização. No entanto, o mesmo não quer dizer que, enquanto não for emitido esse diploma, não possa ser celebrado um contrato com estas características.¹⁷⁷ Admitindo a ausência de diploma legal aprovado, recorreremos ao princípio geral da permissividade do recurso à via contratual presente no artigo 278º do CCP. Entendemos que a falta de fixação de limites pela própria lei não pode ser um fator impeditivo da celebração destes contratos, tomando em linha de conta a habilitação legal que o artigo 47º do RJUE¹⁷⁸ confere à Administração para a celebração dos mesmos.

Mais se refere que, até não ser emitido o diploma de regulamentação do regime do contrato, as respetivas cláusulas contratuais podem ser elaboradas com base nas normas do CCP que dizem respeito às obras de concessões públicas e de serviços públicos¹⁷⁹, subsidiariamente aplicável à concessão de exploração do domínio público, sempre tendo em

¹⁷⁶ Cfr. MARK KIRBY, *Aspetos relativos à aplicabilidade objetiva e subjetiva das novas regras da contratação pública*, in RFDUL, volume XLIX, nº1 e 2, Coimbra, 2008, p.153.

¹⁷⁷ Não podemos ser hipócritas ao ponto de dizer que a falta de diploma legal aprovado que regule este tipo contratual, não tenha repercussões na aplicação prática destes contratos.

¹⁷⁸ Citando o referido artigo 47º do RJUE, “*Os princípios a que devem subordinar-se os contratos administrativos de concessão do domínio municipal a que se refere o artigo anterior (mais precisamente ao nº3 do artigo 46º que diz respeito aos contratos de concessão) são estabelecidos em diploma próprio, no qual se ficam as regras a observar em matéria de prazo de vigência, conteúdo do direito de uso privativo, obrigações do concessionário e do município em matéria de realização de obras, prestação de serviços e manutenção de infraestruturas, garantias a prestar e modos e termos do sequestro e rescisão*”.

¹⁷⁹ Plasmadas nos artigos 407º e seguintes do CCP.

conta as necessárias adaptações¹⁸⁰. O artigo 158º do RJIGT, vem admitir isso mesmo, dispondo acerca da concessão de utilização e exploração do domínio público, dizendo que a mesma é admitida e que devem ser aplicadas as normas do CCP e demais legislação complementar.

Assistindo, agora, à necessidade de distinguir os contratos de cooperação dos contratos de concessão, podemos apoiar-nos na circunstância de, “sempre que for necessária a realização de investimentos em equipamentos de utilização coletiva ou em instalações fixas e não desmontáveis em espaços verdes ou a manutenção de infraestruturas”, prevista no nº3 do artigo 46º do RJUE, estamos perante a celebração de um contrato de concessão. Deste modo, estando perante este fator, é possível determinar a sua natureza.

Ainda neste contexto, é do interesse da Administração que os bens se rentabilizem. No âmbito de celebração destes contratos é possível observar isso mesmo, ficando os moradores, a quem são concedidos os espaços, aptos a obter algum retorno económico-financeiro dos investimentos efetuados, sendo-lhes conferida a possibilidade de cobrança de taxas e de tarifas pelos bens integrados na concessão ou dos serviços compreendidos na concessão e ainda pela eventual concessão de exploração a terceiros de parcelas dos bens dominiais.¹⁸¹

Concluindo, é possível afirmar que os contratos de concessão têm algo mais a acrescentar relativamente aos contratos de cooperação.

Quanto à questão levantada por JOÃO MIRANDA (2012), acerca da constitucionalidade do contrato de concessão, sendo que este envolve a atribuição de poderes de autoridade aos moradores, há que realçar que a proibição do artigo 248º da CRP diz respeito exclusivamente

¹⁸⁰ No entender de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES, ob.cit., *Regime Jurídico...* pp. 413-414, já não existe a necessidade que este contrato seja regulado por um diploma específico. Assim sendo, consideram que as normas do CCP respeitantes aos contratos de concessão de obras públicas são o suficiente para regular este tipo contratual. Mais acrescentam que o CCP “*contém regulamentação genérica sobre todos os contratos de concessão e que se refere a todos os elementos exigidos pelo artigo 47º do RJUE*”. No entanto, nós mantemos a opinião de que seria mais fácil e mais claro a emissão de um diploma próprio dos contratos de concessão no âmbito da gestão de infraestruturas, sendo este um contrato específico. Assim não restariam dúvidas quanto à sua regulação, pondo fim à situação de inércia descrita.

¹⁸¹ Vide JOÃO MIRANDA, ob.cit., *A Função Pública Urbanística...* p.429.

à delegação de tarefas efetuadas por órgãos de freguesia, afastando outros quaisquer órgãos de autarquias locais.

O contrato de concessão em questão consubstancia-se na transferência de poderes administrativos do município para os moradores e as suas organizações pelo que não colide com o disposto no artigo 248º da CRP¹⁸².

Não corremos aqui o risco de “esvaziar” as atribuições da freguesia, sendo que os fins prosseguidos são de cariz municipal. Note-se que, no que concerne à prossecução das suas atribuições, o município dispõe de uma discricionariedade de escolha entre transferir parte delas para os moradores ou para a junta de freguesia.

No caso dos contratos de concessão, diferentemente aos contratos de cooperação, deve ser dado início a abertura de um procedimento concursal, tendo por base uma utilidade económica que o cocontratante retira do contrato através da retribuição já anteriormente mencionada. Aqui, deve ser garantida pelo município uma concorrência efetiva. Em rigor, não podemos descartar a hipótese de, por vezes, o objeto deste contrato se encontrar eximido à concorrência de mercado, ao abrigo do disposto no artigo 5º, nº1 do CCP, quando tivermos em causa uma situação em que só determinados moradores estejam em condições de realizar a prestação pretendida, justificando assim a dispensa da regra geral de escolha do cocontratante privado no seguimento de um procedimento concursal.

Existiriam mais pontos a desenvolver no que diz respeito a este tipo contratual, mas como não é o nosso ponto fulcral, deixaremos aqui apenas o essencial, rematando a final que a utilização dos contratos de gestão do espaço urbano é suscetível de construir um instrumento atraente ou aliciante de combinação dos objetivos de valorização e dinamização dos bens dominiais das autarquias com o de associação de moradores no desenvolvimento de atividades públicas urbanísticas. Deste modo, estando perante os principais utilizadores dos

¹⁸² A norma contida no artigo 248º da CRP deve ser interpretada no sentido de que “os moradores podem executar as tarefas que o legislador ordinário lhes confiar diretamente, assim como todas aquelas em que lhe for admitida legalmente a transferência do exercício de poderes administrativos de entidades públicas para as organizações de moradores, salvo a transferência de poderes de autoridade pelos órgãos de freguesia.” Vide JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.435.

bens públicos, é lógico que sejam estes os maiores beneficiários das vantagens proporcionadas pelos menos, ao mesmo tempo que se responsabilizam pela manutenção dos espaços públicos urbanos. Nessa medida é de gabar esta parceria, encarada como um compromisso, em que a titularidade do bem se mantém pública, mas permitindo a intervenção e exploração por sujeitos privados, ao invés de dar lugar a uma privatização do espaço público¹⁸³.

No entanto, tal como já anteriormente referido, a devida aprovação e emissão do respetivo diploma legal dos contratos de concessão, sanariam as diversas deficiências a que este regime contratual está sujeito. Urge, portanto, a concretização dos mencionados regimes jurídicos, tal como se pode retirar do disposto nos artigos 46º, nº3 e 47º do RJUE.

2. O Contrato de Assunção de Encargos pelos Particulares de infraestruturas gerais e especiais

O contrato para assunção de encargos relativos a infraestruturas gerais pertence à panóplia de contratos que têm relevo no âmbito dos procedimentos de controlo preventivo de concretas operações urbanísticas.

Devem ser partes, obrigatoriamente, neste contrato, o município, o proprietário (ou proprietários) ou outros titulares de direitos reais sobre o prédio em apreço. Podem, ainda, ser partes empresas que prestem serviços públicos, revestidas de natureza pública ou privada, bem como outras entidades que estiverem diretamente envolvidas na operação de loteamento ou na urbanização, ou mesmo outros interessados na aquisição de lotes.

Verifica-se uma amplitude diversa de possíveis intervenientes neste contrato, com vista a abranger a totalidade dos interessados na execução, manutenção e fruição das obras de urbanização em causa, de forma a que seja possível alcançar, tanto a participação, como a

¹⁸³ Cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Linhas Fundamentais por que se rege a disciplina jurídico-normativa aplicável à constituição, gestão e extinção dos bens públicos*, in *Domínio Público local*, obra coletiva, Braga, 2006, p.55.

responsabilização de todos na execução de tais obras. Assim será possível alcançar uma melhor afetação de recursos e uma mais razoável imputação de custos relativamente aos seus “utilizadores”.¹⁸⁴ Procura-se atingir uma autossustentabilidade urbanística que, cada vez mais, nos dias de hoje e tendo em conta o quadro económico-financeiro público, requer que o urbanismo seja financiado com capitais privados, sejam eles de proprietários ou de outros interessados e que estes possam, posteriormente, participar também dos benefícios que da atuação urbanística decorrem.

O contrato aqui em apreço encontra-se plasmado no artigo 25º do RJUE e caracteriza-se pelo facto de ser o promotor a assumir a responsabilidade de realização de infraestruturas gerais que permitem a viabilização da sua operação urbanística que, de outro modo, teria de ser indeferida.

Neste sentido, a lei contempla um tipo de fundamento de indeferimento estritamente relacionado com o impacte que a operação urbanística tem nas infraestruturas gerais que assenta na ausência de arruamentos ou de infraestruturas de abastecimento de água e saneamento, na sobrecarga incomportável da operação urbanística nestas, sempre que o seu reforço não se encontre previsto ou programado pelo município¹⁸⁵.

Nestes casos concretos, a lei impõe o indeferimento da pretensão, a não ser que o requerente se comprometa, mediante a celebração de um contrato, a realizar os trabalhos necessários ou assumir os encargos inerentes à realização daquelas infraestruturas, ou a sua manutenção¹⁸⁶. Aqui é possível reverter a situação.

¹⁸⁴ Cfr. MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, ob. cit., *Regime Jurídico...* pp. 418-420

¹⁸⁵ Tal como se pode verificar pelo plasmado no nº2 e 5 do artigo 24º do RJUE.

¹⁸⁶ Ao abrigo do artigo 25º, nº1 do RJUE.

2.1. Conceito de obra pública

JOÃO MIRANDA (2012), pretende demonstrar a natureza pública das obras de urbanização.¹⁸⁷

Para isso, começa por determinar em que consiste o conceito de obra pública, explicando que a respetiva definição não é objeto de consenso na doutrina.

Na opinião de MARCELLO CAETANO (1994) as obras públicas assentam nos «trabalhos de construção, grande reparação e adaptação de bens imóveis, feitos, total ou parcialmente, e por conta da Administração para fins de utilidade pública»¹⁸⁸.

O autor entende que esta definição, defendida por MARCELLO CAETANO está plasmada no artigo 343º do CCP com a adição dos tipos de operações materiais que envolve: «o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público». O estipulado neste artigo apenas peca no sentido em que não menciona a ligação das obras à prossecução de fins de natureza pública, mesmo considerando que tal esteja implícito, isto porque se é a Administração que leva a cabo tais obras, estas prosseguem necessariamente as atribuições de entidades públicas.

Assim, concede-se que a definição de obra pública abarque a existência de uma transformação material que incide sobre um bem imóvel e que visa a realização de finalidades públicas que cabe à Administração prosseguir.

Outro problema associado à natureza de obra pública vem alicerçado à questão da exigência de a obra ser realizada no domínio público ou no domínio privado do Estado e que depois da sua execução o uso da mesma seja público ou aberto ao público¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* pp.219-226.

¹⁸⁸ Vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, I*, 10ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra 1991; II, 10ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra, 1994, p.1001.

¹⁸⁹ Acerca do domínio público em contrassenso com o domínio privado ver ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público – O Critério e o Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, 2005.

Seguindo a doutrina italiana, vem JOÃO MIRANDA (2012) defender que não é relevante apurar se as obras construídas são da autoria da Administração ou de quem ela contratar para as executar. Também não se demonstra relevante a questão de saber se estas reverterem para o domínio público ou para o domínio privado. O que realmente aqui assume uma extrema relevância é a existência da obrigação de uma entidade pública que assegure a realização de determinada obra de urbanização, de modo a que a prossecução das atribuições que lhe foram confiadas por lei (conceito funcional de obra pública)¹⁹⁰.

Através do artigo 65º, nº2, alínea a) da CRP, comando constitucional que impõe «*a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social*», é de passível verificação que a realização de obras de urbanização se integra na prossecução das atribuições municipais de planeamento, gestão e realização de investimentos nos domínios dos espaços verdes, das ruas e arruamentos, da rede viária de âmbito municipal e do saneamento básico.

A partir deste comando constitucional é possível aferir que as obras de urbanização são obras públicas.

2.2 Noção de Loteamento e Reparcelamento

As operações de loteamento urbano encontram-se previstas no artigo 2º do RJUE, mais precisamente na alínea i), que nos diz que estas se traduzem em “*ações que tenham por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados, imediata ou subsequentemente, à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios ou do seu reparcelamento*”.

¹⁹⁰ Por este motivo, é de bom tom distinguir obras públicas de obras de utilidade pública, definindo as últimas como as “*obras de um sujeito privado, que aceita satisfazer também um interesse de carácter geral e que, em razão disso, as sujeita ao regime de obra pública ou a um regime análogo*”, segundo MICHELLE PALLOTINO, *Opere e lavori pubblici*, in DDP, vol.X, pp.343.

JORGE MEIRA COSTA (2015), vem apresentar o conceito de loteamento urbano que, segundo a sua pesquisa, tem inspiração no ordenamento jurídico francês¹⁹¹.

O loteamento urbano apresenta uma espécie de ramificação que importa referir aqui, visto que se trata de duas figuras que se interligam e coadunam uma à outra. Estamos a referir-nos à figura do reparcelamento que se consubstancia numa “*operação de recomposição da estrutura fundiária que incide sobre o conjunto de prédios de uma área delimitada de solo urbano e que tem por finalidade adaptar essa estrutura fundiária a novas necessidades de utilização do solo previstas em plano municipal de ordenamento do território ou em alvará de loteamento*”¹⁹².

Após dadas ambas as noções de loteamento e reparcelamento, voltaremos a colocar o foco na figura do loteamento. Para que possamos classificar uma operação urbanística como loteamento demonstra-se necessária a reunião de três elementos constitutivos.

Primeiramente, deve existir uma manifestação de vontade, por parte do particular, em formar um ou mais lotes ou novas unidades prediais que se destinem à edificabilidade, no momento do fracionamento através da divisão predial, material ou jurídica de um ou vários prédios. Nos termos do artigo 77º, nº1 do RJUE, são definidos os elementos que o alvará de licença de operação de loteamento ou de obras de urbanização deve conter, nomeadamente o número de lotes e indicação da área, localização, finalidade, área de implantação, área de construção, número de pisos. Podemos afirmar que este é o *punctum saliens* do conceito de

¹⁹¹ Ver JORGE MANUEL MEIRA COISA, ob. cit., *O contrato para assunção de encargos...* p.48.

¹⁹² Definida segundo a ficha nº60 do Anexo ao Decreto-Regulamentar nº9/2009, de 29 de maio. Já a doutrina define-a como “um processo de reordenamento dos terrenos, edificados ou não, situados em regra no âmbito de aplicação de um plano, de modo a constituir lotes em terreno que, pela sua localização, forma e extensão, se adaptem aos fins de edificação ou a outro tipo de aproveitamento previsto no plano. É possível afirmar que a figura de reparcelamento integra uma operação de loteamento. No entanto, apresenta-se como uma figura muito mais complexa em comparação ao loteamento urbano. Sobre este tema *vide* MARIA JOÃO CASTANHEIRA NEVAS, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇÃS, ob. cit., *Regime Jurídico...* p.64.

loteamento¹⁹³ que abarca as ações que tenham por objeto a criação de lotes, mas também aquelas que a tenham por efeito e que são o resultado de um ato ou negócio jurídico¹⁹⁴.

O segundo elemento assenta na formação de novos prédios urbanos e, por fim, o terceiro consubstancia-se no facto das edificações urbanas se apresentarem como fim último da operação de loteamento, isto é, o destino das novas unidades prediais, tendo estas como finalidade a concretização material da construção ou o resultado da mesma.

No que concerne à figura do loteamento, há ainda a acrescentar que a mesma pode ter iniciativa privada ou municipal. A este respeito a única diferença a apontar reside no facto de a atuação pública estar isenta do cumprimento dos procedimentos de controlo preventivo, enquanto que o particular estará sempre sujeito ao cumprimento deste procedimento, nos termos da Secção III do RJUE (artigos 41º a 66º).

Aqui, o particular está sujeito ao cumprimento das especificidades técnicas inerentes à execução do plano urbanístico, tais como a atribuição de uma licença administrativa, o ato de comunicação prévia de loteamento e o plano de pormenor com efeitos registais.

¹⁹³ Expressão utilizada por FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo, Perguntas de Bolso, Respostas de Algibeira*, Coimbra, Almedina, 2013, p.101 *apud* JORGE MANUEL MEIRA COSTA, ob. cit., *O contrato para a assunção de encargos relativos...* p.49.

¹⁹⁴ Ver ainda, neste sentido, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇÃS, ob.cit., *Regime Jurídico da Edificação...* p.360 e seguintes, em que as autoras ainda evidenciam e explanam as diferenças entre os conceitos jurídicos de operação de loteamento e de operações de transformação fundiária. Acerca deste último, explicam que se traduz num conceito mais abrangente e sustentam que a diferença não está na criação de novas unidades prediais, mas sim na precisão da capacidade edificativa. No mesmo seguimento, ver também FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit., *As Grandes Linhas da Recente Reforma...* pp.81-82, que explica, a respeito do momento em que os lotes se destinam à edificação, que os casos em que o objetivo de implantação de uma construção, em pelo menos um dos lotes, ocorre logo no momento da divisão se enquadram no conceito de “*loteamento – ação*”. No entanto, quando a intenção de construir é demonstrada em momento posterior à divisão, estaremos sob um “*loteamento – resultado*”. Deste modo, afirma-se com certeza que o conceito de loteamento se encontra munido de várias extensões. Em todas elas é passível de verificar que o destino é a construção de prédios, seja ele sucessivo ou imediato.

Na opinião de JOÃO MIRANDA (2012)¹⁹⁵, o loteamento urbano constitui o exemplo de desenvolvimento de ação privada de interesse público, enquanto que JORGE ALVES CORREIA (2009)¹⁹⁶ qualifica o loteamento como atividade privada.

O loteamento urbano pode ser encarado como uma operação de natureza privada, considerando que é realizado no âmbito da esfera de atuação própria do respetivo promotor e, tendo em conta que, em primeiro lugar, está em vista a satisfação de um interesse particular interligado à edificação urbana. Outro ponto de referência que nos faz encarar o loteamento como uma operação de natureza privada traduz-se no facto do promotor gozar de autonomia da vontade na decisão de desencadear a realização da ação¹⁹⁷, sendo da sua responsabilidade conduzi-la e executá-la. É de realçar, ainda, que o loteamento tem como finalidade a obtenção de proventos económicos com a futura alienação dos lotes construídos, tal como acontece com outras atividades privadas sujeitas ao controlo prévio da Administração.

Por outro lado, à realização da operação de loteamento está intrinsecamente associada uma finalidade pública, atendendo à relação de proximidade entre o planeamento público e a atividade de planear um loteamento efetuado por particulares. Podemos afirmar que tudo isto se pode resumir no contributo dado por aquela ação para a *criação de cidade*.¹⁹⁸

¹⁹⁵ V. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.214.

¹⁹⁶ V. JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos Urbanísticos...* Almedina, p.31. No mesmo sentido consultar OSVALDO GOMES, *Manual dos Loteamentos Urbanos*, 2ª edição, Coimbra, 1983, p.113, defendendo que, embora a atividade seja regulada por normas jurídicas, trata-se de uma atividade cuja iniciativa, condução e execução cabe aos particulares, sendo que a Administração prossegue uma mera atividade de controlo e de fiscalização.

¹⁹⁷ Isto não quer dizer que os particulares se encontrem eximidos de respeitar certas normas implícitas ao regime desta operação urbanística. Face ao exposto, o legislador impõe, através do artigo 57º do RJUE, nº5, interpretado *a contrario sensu* a aplicação do regime do loteamento urbano, em matéria de espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas e equipamentos, caso, no mesmo prédio, existam edifícios que possuam autonomia funcional entre si. Não estamos perante um caso de obrigatoriedade de realização da operação de loteamento pelo promotor, apenas se procedeu à tentativa de evitar a fuga de certas operações privadas ao referido regime dos loteamentos, em especial aos encargos urbanísticos associados, com vista a assegurar os níveis mínimos de qualidade de vida. Sobre este assunto, consultar FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES, *Implicações notariais e registais das normas urbanísticas*, Coimbra, 2004, pp-62-63.

¹⁹⁸ Designação utilizada por JORGE ALVES CORREIA, ob. cit., *Os Contratos Urbanísticos...* Almedina, p.32.

Deste modo, o loteamento, nos dias que correm, não pode ser encarado como uma operação de concretização de direito de propriedade privada. Há que reforçar que esta operação apresenta repercussões ao nível da transformação do território que está associada ao desenvolvimento urbano e territorial.

Para além do mais, a intervenção da Administração não está apenas adstrita ao controlo e fiscalização da operação, devendo ser compreendida como uma forma de conjugação de vontades entre o sujeito público e o sujeito privado na «*programação do ordenamento de uma zona*». ¹⁹⁹

Em decorrência lógica da razão anterior, o loteamento prossegue também o fim público de produção de espaço habitável e de áreas para espaços verdes e de utilização coletiva (artigo 43º do RJUE), na medida em que acaba por integrar um mecanismo de execução urbanística ²⁰⁰.

Concluindo, face às razões expostas é verificável e perceptível que, não esquecendo que o loteamento detém a natureza de uma ação privada, o facto de a sua realização pretender lograr finalidades públicas faz com que esta atividade seja considerada privada e de interesse público, simultaneamente. ²⁰¹

¹⁹⁹ Designação utilizada por ENRICO DALFINO, *L'interesse pubblico nelle lottizzazioni edilizie*, Milão, 1981, p.18 *apud* JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.216.

²⁰⁰ Segundo a opinião de CARLOS CADILHA, *Aspetos Contratuais do loteamento urbano*, in BFDUC, vol. XII, 1986, p.391.

²⁰¹ No que concerne ao regime do loteamento urbano é notório que este se distingue do regime de obras de urbanização, atendendo ao facto do loteamento dispensar a realização dessas obras, quando tem lugar em áreas já dotadas de infraestruturas necessárias ou quando não se justifique a localização de qualquer equipamento ou espaço verde público, acompanhando o regime do artigo 44º, nº4 do RJUE. Para além disso, as obras de urbanização podem ser efetuadas fora do perímetro urbano, ao contrário do loteamento urbano, segundo o disposto no artigo 41º do RJUE. Tal como já fora explicitado no presente Capítulo, no ponto do conceito de obra pública, as obras de urbanização não podem ser qualificadas como atividade privada pelo simples facto da sua execução revestir natureza de atividade pública, não obstante a promoção ser feita por particulares. Esta é a principal razão que distingue os dois regimes e que, consequentemente, qualifique as obras de urbanização como públicas. No mesmo sentido v. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.219.

2.3 O Regime do Contrato do artigo 25º do RJUE

Após definirmos o contrato do artigo 25º do RJUE e de nos reportarmos às características, quer da operação de loteamento e de reparcelamento, quer do conceito de obra pública, iremos explicar no que consiste o regime do contrato do artigo 25º do RJUE e como funciona o mesmo nos casos concretos.

No caso de o município aceitar a proposta do interessado, que nos referimos acima, será celebrado um contrato que se configura em contrato administrativo, isto porque, a lei admite através dele, que a Administração e os particulares alterem ou modelem o conteúdo de uma relação jurídico-administrativa.²⁰²

Mesmo existindo a declaração, por parte do requerente em sede de audiência prévia, de que se dispõe a assumir os custos das infraestruturas, esta, por si só, não faz com que a Administração seja obrigada a aceitar a proposta do mesmo e deferir a pretensão.²⁰³

A Administração tem o direito de manter o projeto de indeferimento, tal como o nº1 do artigo 25º do RJUE, clarifica ao referir que “pode haver deferimento”.

Quando não se afigure a possibilidade de chegar a um consenso no que diz respeito à construção das infraestruturas a executar, ao momento ou à oportunidade da sua execução, a Administração pode indeferir a proposta, gerando uma obrigação de meios, estando a Administração no dever de iniciar uma fase de negociação com o particular.

No entanto, sendo a celebração destes contratos admissíveis nos termos que já referimos, a aceitação de situações ao abrigo deste artigo deve ser cada vez mais excepcional, considerando que a admissão de construção sem a devida prévia infraestruturização promove a utilização de zonas urbanas não programada e, conseqüentemente, uma desordenação da cidade.

²⁰² Acompanhando de perto, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.804.

²⁰³ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, MARIA JOSÉ; OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; LOPES, DULCE, ob. cit., *Regime Jurídico da Urbanização...* pp. 337-342.

Reportando-nos agora ao período mínimo de 10 anos, referido no nº1 do artigo 25º do RJUE, este diploma legal, além deste período, deixa uma margem de concertação de interesses entre a Administração e o particular.

Aqui os encargos a assumir têm de ser proporcionais à sobrecarga para as infraestruturas existentes resultante da operação urbanística. Assiste-se à necessidade de uma ponderação dos custos e benefícios conseguidos pela adoção de uma determinada medida, segundo o nº4 do artigo 25º do RJUE.

O objeto deste contrato tem de assentar num conteúdo determinado, ou seja, a licença, as taxas devidas e a caução terão de ser devidamente discriminadas, de forma a que não haja erros na sua interpretação e aplicação.

Em primeiro lugar, a licença terá de mencionar quais as obras de urbanização a realizar e o montante da caução a prestar. A celebração do contrato deve ser simultânea à de emissão de licença ou então posterior.

De seguida, as taxas devem ser encaradas como um elemento integrativo da eficácia²⁰⁴ do ato de licenciamento. Quando haja lugar a uma redução proporcional do valor das taxas, esta deve constar do contrato celebrado, sendo encarado como um elemento de estabilidade e de segurança que determina a celebração do contrato. Na falta da previsão do valor destas taxas²⁰⁵, não é percutível que este desconto se opere. A redução proporcional deve ser levada a cabo, tendo em consideração o valor previsível e concertado dos encargos com a execução e manutenção de infraestruturas em causa.

No que diz respeito à redução de taxas a zero, esta não se trata de uma isenção. Pelo contrário, aqui o promotor assume a realização de encargos que, embora sirvam para

²⁰⁴ Segundo o nº3 do artigo 25º do RJUE, esta eficácia também depende da emissão de alvará.

²⁰⁵ Esta falta de previsão da redução proporcional da taxa, poderia levar a que a Administração causasse uma lesão incontornável na esfera de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares. Consequentemente o princípio da proporcionalidade seria violado. Perante uma situação desta índole, é concedido aos particulares afetados uma reação judicial.

viabilizar a sua operação urbanística, são da inteira exclusividade do município, como poderemos explicar detalhadamente mais à frente.

Relativamente à caução referida no nº4 do artigo 25º do RJUE, o conteúdo da mesma não vai ao encontro da caução referida no artigo 54º do RJUE, isto porque não se afigura como uma garantia da boa e regular execução dos contratos, mas sim das obras que foram contratualizadas, somando aos encargos de funcionamento das infraestruturas pelo tempo previsto no contrato. Neste caso, prevê-se a possibilidade de cumular a caução referida no artigo 54º, se a operação envolver a realização de outras obras de urbanização que não hajam constituído fundamento para o inicial projeto de indeferimento²⁰⁶.

Enquanto que o pagamento da caução e das taxas devidas é condição de eficácia do ato de licenciamento, relativamente ao artigo 25º do RJUE, a realização efetiva das obras de urbanização devidamente contratualizadas, previstas no artigo 54º do RJUE, não condiciona a eficácia da licença, ao contrário do que aponta o nº4 do artigo 25º, in fine. Estamos aqui perante um modo²⁰⁷ (diferente de condição) que se traduz numa cláusula acessória oponível a atos administrativos produtores de vantagens para os respetivos destinatários, implicando a imposição a estes de um dever de fazer, não fazer ou suportar. São cauções que apresentam conteúdos e exigências diversas.

²⁰⁶ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, MARIA JOSÉ; OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; LOPES, DULCE, ob. cit., *Regime Jurídico da Urbanização...* pp. 339.

²⁰⁷ O modo, enquanto cláusula acessória, ao contrário do que sucede com o termo e condição, não influi sobre a eficácia do ato. Quando estamos perante o seu incumprimento, este não determina a ineficácia do ato, permitindo à Administração desencadear a execução, no sentido de obter o seu cumprimento (o que no caso em apreço se trata de pôr em prática a execução do contrato celebrado).

2.3.1 A repartição de responsabilidades entre os particulares e município

Procedendo à análise da norma aqui em apreço, é visível a permissão que a lei concede, de uma forma expressa, à celebração de um contrato pelo qual a Administração municipal adjudica a um privado a responsabilidade de execução de infraestruturas gerais que, de acordo com a distribuição de tarefas nesta matéria, seriam da sua responsabilidade.

Desta feita, o nosso ordenamento jurídico procede a uma repartição de responsabilidades entre o município e os promotores imobiliários, no que concerne à realização de infraestruturas.²⁰⁸

Os municípios são entidades públicas que assumem um papel de relevo na realização das mais importantes infraestruturas que servem o espaço urbano, como a rede viária municipal (estradas municipais estruturantes ou de ligação à rede nacional, assim como os arruamentos principais do espaço urbano), o saneamento básico (coletores principais dos sistemas de abastecimento e drenagem, abastecimento de água e águas residuais, e ainda os sistemas coletivos de armazenamento, tratamento ou reciclagem de resíduos sólidos urbanos) e a energia elétrica (servem a generalidade dos empreendimentos ou edificações situadas numa determinada área territorial)²⁰⁹. Estamos perante do que apelidamos de infraestruturas gerais.

Neste sentido, os promotores privados de operações urbanísticas assumem uma importante tarefa a este propósito. Os loteamentos urbanos, onde o promotor paga e constrói as infraestruturas locais que a operação diretamente precisa. Aqui trata-se de infraestruturas especiais, vinculadas a uma certa operação urbanística. Estas infraestruturas são próprias da operação urbanística a ser realizada pelo promotor, construídas ou realizadas com a finalidade de servir as suas necessidades urbanísticas específicas. As despesas e os custos inerentes a estas infraestruturas são imputados exclusivamente aos privados, ao contrário das despesas e custos relacionados com as infraestruturas gerais, que se torna necessário ou

²⁰⁸ Seguindo de perto, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.804.

²⁰⁹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.805.

conveniente fazer (remodelar ou reforçar) na respetiva circunscrição devido a essa operação urbanística, sendo da exclusiva responsabilidade do município.

Assumindo que este corresponderia a um ónus demasiado pesado para os municípios²¹⁰, o legislador conferiu-lhes o poder de instituir uma receita, mais precisamente uma taxa²¹¹, destinada a compensá-los pelas despesas que incorram devido a essa obrigação e das vantagens que aí advém para os particulares.

Justamente porque o particular interessado, por força do contrato celebrado ao abrigo do artigo 25º do RJUE, assume o encargo de realizar ou custear infraestruturas gerais que, embora sirvam para viabilizar a sua operação, são da responsabilidade do município, não obstante que essas infraestruturas também servem para viabilizar a zona circunscrita a essa operação urbanística, não beneficiando apenas e diretamente, ou seja, de forma exclusiva, esta operação. Assim sendo, a lei prevê que ocorra um abatimento proporcional na taxa de urbanização, que pode ir até ao valor zero²¹².

De acordo com JORGE COSTA (2015), a lei é omissa no que diz respeito à estrutura dos custos. Este sublinha, ainda, que o legislador deixa espaço para a determinação destes custos, considerando que não há uma definição clara e inequívoca dos custos associados ao planeamento e à execução das operações urbanísticas²¹³.

²¹⁰ Na perspetiva da Ilustre FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.805.

²¹¹ Estamos perante uma taxa pela realização, reforço e manutenção das infraestruturas urbanísticas que, simultaneamente com a taxa de emissão de licença, constituem um meio financeiro importante dos municípios no âmbito urbanístico. Deste modo, esta taxa, correspondendo a um encargo com as infraestruturas gerais exigidas pelas diversas operações urbanísticas que ocorrem na sua área de influência, deve ser assumida por cada promotor na proporção da sobrecarga da sua operação nas mesmas, encarando a proporcionalidade como um elemento essencial à configuração desta figura tributária. A determinação do cálculo desta taxa deve assentar numa análise concreta e circunstanciada dos encargos urbanísticos resultantes da operação urbanística projetada, de modo a que aquela possa refletir as exigências materiais de proporcionalidade entre prestação.

²¹² Em destaque vide FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.805.

²¹³ O autor refere ainda, relativamente à estrutura de custos que esta deve conter: i) os custos administrativos na preparação do planeamento e programação municipal; ii) custos inerentes à elaboração do projeto de execução da aludida operação; iii) custos administrativos inerentes à operação urbanística em concreto; iv) custo de realização das infraestruturas e dos edifícios e instalações para os equipamentos sociais; v) custos de exploração e manutenção das obras de urbanização realizadas; vi) custos financeiros eventuais ou extraordinários; vii) custos sociais.

Do ponto de vista de JOÃO MIRANDA (2012), o contrato para a assunção de encargos pelo particular com as infraestruturas gerais, previsto no artigo 25º, engloba-se no âmbito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, em que a contrapartida exigida ao particular “*consustancia um encargo enquadrável numa delegação de tarefa pública, tendo em conta que a Administração fica desonerada durante um largo período de tempo do exercício de uma atividade pública de conservação de infraestruturas urbanísticas, que passa a ser assumida pelo particular*”²¹⁴. O autor acrescenta ainda que, aqui, mais uma vez, se assiste, atendendo ao contrato em apreço, ao surgimento de figuras contratuais atípicas, que dificilmente se subsumem a um único tipo contratual enunciado no CCP, isto porque podem englobar prestações típicas de diferentes contratos ou até porque detêm prestações de natureza *sui generis*, que não se reconduzem sequer a um contrato pré-existente. Notoriamente, o direito do urbanismo é palco de uma versatilidade atípica no que diz respeito ao surgimento de figuras contratuais. Em sentido contrário, FERNANDO ALVES CORREIA (2010), sublinha que o contrato em apreço se subsume aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, inserido particularmente na modalidade de contrato obrigacional²¹⁵.

Recapitulando, a lei admite expressamente a possibilidade de o particular se substituir à Administração, executando obras de urbanização gerais, indispensáveis à viabilização da sua pretensão.

²¹⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.414, em nota de rodapé.

²¹⁵ Em destaque, vide FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit, *Manual... Volume II...*p.41.

2.3.2 Admissibilidade de procedimentos concursais – o princípio da concorrência do CCP

Atualmente, atendendo ao regime do contrato do artigo 25º do RJUE, surge a dúvida se este contrato tem de dar cumprimento aos princípios da igualdade e da concorrência ao abrigo do regime geral da contratação pública previsto no CCP.

A resposta reside nos mecanismos utilizados na escolha do cocontratante da Administração.

Importa referir em que consiste os princípios da igualdade e da concorrência²¹⁶, a ver se, neste âmbito, são de possível aplicação ao contrato contemplado no artigo 25º do RJUE.

O princípio da concorrência impulsiona a adoção de procedimentos contratuais o mais aberto possíveis, presumindo-se, em regra, “*que a melhor forma de satisfazer o interesse público se liga ao funcionamento dos mecanismos de mercado e não de uma qualquer visão que desemboca no privilégio de um ou alguns potenciais parceiros da Administração*”²¹⁷.

Com efeito, note-se que a regulamentação geral dos procedimentos contratuais aplicáveis em matéria de empreitadas de obras públicas, não oferece esclarecimentos acerca da interligação entre a contratação pública e gestão urbanística (que, porventura, são duas áreas com bastante conexão) no nosso ordenamento jurídico, nada se referindo também no CCP.

No entanto, a atribuição da execução destas infraestruturas gerais a privados resulta diretamente do RJUE, mais precisamente do referido artigo 25º²¹⁸, deixando de lado os procedimentos contratuais prévios que normalmente se adotariam numa situação de concurso de obras públicas, previsto no CCP.

Neste seguimento, atendendo a esta disposição legal e a outras em sentido idêntico não se retira a necessidade de cumprimento prévio de procedimentos concursais para o

²¹⁶ A este propósito, mais a acrescentar sobre estes princípios em CEDOUA/FDUC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Coimbra Almedina, 2006, p.43 e seguintes.

²¹⁷ Citando FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.806.

²¹⁸ O artigo 25º do RJUE prevê explicitamente a possibilidade de o particular se substituir à Administração e executar obras de urbanização gerais necessárias à viabilização da sua pretensão.

estabelecimento ou escolha da entidade que executará as obras públicas decorrentes dos projetos urbanísticos aprovados. Tal facto justifica-se pela especificidade do fenómeno urbanístico, que exige uma consideração específica do projeto na sua execução global, bem como da posição particular dos proprietários na sua área de intervenção. Consequentemente, há que ter em conta o facto destas infraestruturas gerais corresponderem a infraestruturas que viabilizam a operação urbanística do promotor. Deste modo, tornar-se-ia altamente gravoso obrigar o projeto privado a aguardar pela execução daquelas, com cumprimento prévio dos trâmites da contratação pública, pondo em causa o interesse público da continuidade das redes de infraestruturas. No caso em apreço, é um processo demasiado moroso que implicaria perdas desnecessárias.

Encarando o caso de outro ponto de vista, o promotor encontra-se numa posição de infungibilidade e irrepetibilidade, na medida em que as infraestruturas gerais, possam servir, posteriormente, outras operações urbanísticas, estas são realizadas com o intuito imediato de servir e viabilizar aquela operação urbanística específica. Em rigor, a sua realização assiste, de forma imediata a pretensão daquele particular, naquela situação concreta (que gera o deferimento de uma específica pretensão urbanística).

Nestes casos, em que o promotor se encontra numa posição de infungibilidade e irrepetibilidade, justifica-se o menor relevo dos princípios da igualdade e da concorrência, que apenas devem aplicar-se na sua plenitude quando estão em causa situações de funcionamento dos mecanismos de mercado ou de tipo de mercado que envolvam uma pluralidade de potenciais interessados, o que claramente não se verifica na situação apreço.

Deste modo, vamos ao encontro à posição defendida por FERNANDA PAULA (2008), quando afirmamos que o desencadeamento de procedimentos concursais não é exigível quando tratamos dos contratos previstos no artigo 25^o²¹⁹. Como tivemos oportunidade de referir, crucial é que a realização das infraestruturas gerais decorra necessariamente da operação urbanística aprovada e que delas dependa a viabilização desta mesma operação.

²¹⁹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., *Contratação Pública...* p.807.

Importa acrescentar que o valor daquelas infraestruturas deva ser o correto e objetivamente determinado, permitindo que a compensação²²⁰ devida ao particular adstrita à sua realização corresponda estritamente ao valor dos encargos que este tinha de assumir, isto é, ao valor das infraestruturas gerais que realizou, descontada a sobrecarga²²¹ que da sua operação resulta para o funcionamento das mesmas.

3. Análise jurisprudencial – aplicação das regras do CCP aos Contratos Urbanísticos

Os comentários que farei de seguida a três acórdãos, incidem todos no mesmo tema, tendo todos o intuito de esclarecer o lugar que a contratação pública ocupa no direito do urbanismo, nos dias de hoje.

Com estas reflexões pretendo esclarecer de forma lúcida os problemas que se encontram associados aos contratos de empreitada de obras públicas no direito do urbanismo, a utilização fundamentada ou não das Diretivas da contratação pública (Diretiva 2004/18/CE e Diretiva 2004/17/CE).

Nos últimos tempos tem vindo a registar-se uma crescente importância da contratação pública no âmbito do direito do urbanismo que necessita de acompanhamento legislativo de forma a que os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência sejam respeitados, quando se trata da escolha do co-contratante. Desta forma são proporcionadas melhores decisões quando se trata de utilizar fundos públicos, havendo assim uma maior eficiência económica.

No entanto, a extensão da aplicação das regras de contratação pública ao procedimento dos contratos urbanísticos ainda é pouco clara. A jurisprudência do TJUE tem tido um papel fundamental a explicitar como deverão ser aplicadas as regras da contratação

²²⁰ Compensação que terá lugar no abatimento da taxa que lhe é imputável.

²²¹ A sobrecarga que lhe é imputada, corresponde aos encargos que as infraestruturas gerais têm especificamente com aquela operação urbanística, de forma a viabilizar a mesma.

a certas decisões de gestão urbanística, conseguindo combater esta falta de clareza aos poucos.

Neste sentido, JOÃO MIRANDA (2012) vem dizer que quando o promotor atua ancorado num ato autorizativo, a sua situação assemelha-se bastante à do co-contratante da Administração no âmbito da contratação pública²²². Na verdade, existem características comuns entre as duas situações quanto ao regime legal aplicável, tais como:

- i) Tanto no regime do artigo 54º do RJUE, como no regime do artigo 88º do CCP a prestação de caução é obrigatória quer para o promotor, quer para o adjudicatário do contrato, de modo a que seja garantida a boa e regular execução das obras de urbanização ou tendo em vista assegurar a celebração do contrato, bem como o cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais assumidas com a adjudicação, respetivamente;
- ii) É aplicável à receção provisória das obras de urbanização, com as necessárias adaptações, o regime da receção provisória e definitiva das empreitadas de obras públicas, previsto no artigo 87º, nº3 do RJUE;
- iii) Quando se verifique um caso de incumprimento do dever de realização das obras de urbanização pelo promotor, o município pode preferir promover-las diretamente ou contratar um terceiro para as realizar, segundo o artigo 84º do RJUE, tal como acontece no que concerne aos contratos públicos, ao abrigo do artigo 325º, nº2 do CCP.

Desta forma, verificando o que acabo de dizer, irei refletir acerca das decisões tomadas nos Acórdãos La Scala, Auroux e Helmut Müller. Estes esclarecem questões acerca desta problemática de forma crescente e coerente.

²²² Afirmamos com certeza que tem vindo a verificar-se uma aproximação entre ato e contrato administrativo. É o que sucede na hipótese prevista no artigo 24º, nº2, alínea b) e nº5 do RJUE, em que está em causa uma sobrecarga para as infraestruturas urbanísticas e os serviços gerais existentes o que obriga a realização de trabalhos ou de serviços não previstos pelo município. Com efeito, a pretensão só poderá ser deferida após a celebração do contrato a estabelecer as obrigações do promotor.

3.1.O Acórdão La Scala

Na origem deste acórdão encontra-se um reenvio prejudicial por parte do Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Perante este tribunal tinham sido interpostos dois recursos de anulação contra duas deliberações.

A primeira destas deliberações consiste na “*aprovação do denominado «Projeto Scala 2001» que consistia no restauro do edifício do Teatro alla Scala, nos edifícios municipais do complexo imobiliário Asnaldo e a construção de um novo teatro na zona de la Bicocca. Esta deliberação consistia num convénio entre a cidade de Milão, a sociedade Pirelli, o ente autónomo Teatro alla Scala e a Milano Centrale Servizi SpA.*

No convénio referido, a Pirelli S.p.A garantia a realização das operações de restauro do Teatro alla Scala e o arranjo dos edifícios do complexo imobiliário Asnaldo. A MCS, por seu lado, assegurava a construção do exterior do Teatro alla Bicocca, assim como o seu parque de estacionamento. Estas obras seriam realizadas como obras de urbanização secundária e o seu valor seria deduzido das contribuições de urbanismo a que estas entidades estavam obrigadas perante a cidade de Milão, segundo a legislação nacional e regional”²²³.

No entanto, a Ordem dos Arquitetos das Províncias de Milão e Lodi e o arquiteto Piero de Amicis, interpuseram recurso contra estas deliberações alegando que estas iam contra o direito italiano de urbanismo e de contratos e, contra o direito comunitário.

De acordo com a opinião dos mesmos, visto que esta construção reúne as características de uma obra pública, deveria ter existido um concurso público seguido de adjudicação e não uma imediata adjudicação direta.

²²³ Segundo o artigo de JOÃO ILHÃO MOREIRA, *Os Contratos Urbanísticos como atividade económica e mercado público: a Influência da jurisprudência comunitária*, pp.556-557

Deste modo o Tribunale amministrativo regionale Per Lombardia conclui que as deliberações a que nos referimos estão de acordo com o direito italiano, mas não demonstra a mesma certeza em relação ao direito comunitário.

Posto isto, o mesmo colocou duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A primeira consiste em saber se a realização direta de obras de equipamento, deduzidas total ou parcialmente da contribuição devida está ou não em contraposição com a Diretiva 93/37/CE, em particular com os princípios de concorrência que a União Europeia exige aos Estados-Membros no âmbito de obras públicas.

A segunda consiste em saber se é possível, perante o direito comunitário, a Administração fazer acordos com um interlocutor privado, com o qual acorda prestações deste tipo, quando excedam o limiar previstos pelas diretivas nesta matéria.

A questão principal aqui é saber se para a construção deste teatro, que se apresenta como uma obra secundária, é necessário a realização de um concurso público ou de apenas um concurso limitado previamente à sua adjudicação. De modo a chegarmos a uma resposta esclarecedora teremos de delimitar o âmbito de aplicação desta mesma Diretiva a que me acabei de referir e, de seguida, verificar se esta mesma se aplica ao caso em questão.

É sabido que esta Diretiva se aplica a processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

Sendo assim, teremos de definir aqui o que é um contrato de empreitada e quais os seus elementos essenciais para assim ser mais fácil apreciar o caso em apreço.

Os contratos de empreitada de obras públicas são *“contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante por outro, que tenham por objeto a execução quer conjuntamente a execução e conceção das obras*

*relativas a uma das atividades referidas no anexo II, quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante*²²⁴.

Em síntese, os elementos essenciais de um contrato de empreitada são a existência de um contrato, a título oneroso, celebrado por escrito, entre uma entidade adjudicante e um empreiteiro, com vista a realizar certo tipo de obras.

Em primeiro lugar, apresentando-se a Comuna de Milão como autarquia local, para efeitos de aplicação da Diretiva, ela é, incontestavelmente, uma entidade adjudicante.

Em seguida, não há dúvidas acerca do caráter escrito do contrato e também não é duvidoso que a construção de uma fachada de um teatro é uma empreitada de obras públicas.

No entanto, para os restantes critérios, a presença do elemento contratual, a natureza onerosa e a presença da figura do empreiteiro, teremos de proceder a uma análise mais cuidada, visto que estes são de natureza mais controversa.

O primeiro elemento controverso a analisar é saber se, nestes casos, temos presente a natureza contratual.

Na opinião do Advogado-Geral não estamos perante um contrato, visto que não existe liberdade de escolha em relação à contraparte e assim extinguem-se as razões para aplicação das regras da contratação pública.

O TJUE não concorda tendo concluído que «os elementos definidos pela convenção de loteamento e os acordos celebrados no quadro daquela são suficientes para o elemento contratual exigido pelo artigo 1º, alínea a) da diretiva esteja presente». Para este tribunal a falta de capacidade de escolher a outra parte contraente não é suficiente para excluir o caráter contratual do acordo celebrado.

No contrato é indicado a vinculação assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, o que nos faz transparecer que esta

²²⁴ Artigo 1º al.a) da Diretiva 93/37/CE

vinculação entre duas partes se apresenta como um elemento essencial da figura do contrato, tendo este elemento contratual sido verificado.

De seguida terei de verificar a existência de um empreiteiro.

O Advogado-Geral nega a existência do mesmo neste caso, podendo o requerente do loteamento não executar necessariamente as obras, podendo designar um empreiteiro que as realizará, o que tem como consequência a não existência de uma ligação direta entre o empreiteiro efetivo e a entidade adjudicante, não tendo assim, a entidade adjudicante, uma intervenção direta na obra. Assim, para o Advogado-Geral, desaparecem as razões para a aplicação da Diretiva a este caso.

Contudo o TJUE volta a discordar da opinião deste e afirma que a *«Diretiva não exige que a pessoa que celebra um contrato com uma entidade adjudicante esteja em condições de realizar diretamente a prestação acordada com os seus próprios recursos para poder ser qualificada como empreiteiro; é suficiente que este seja capaz de fazer executar a prestação em causa, fornecendo as garantias necessárias para este efeito»*²²⁵.

Para este Tribunal, o facto de a MCS subscrever os acordos que a comuna de Milão concluiu com a sociedade Pirelli, cumpre a obrigação de fornecer garantias suficientes quanto à realização das obras.

Deste modo é permitido, também, a um privado escolher o empreiteiro de uma determinada obra, o que assegura a escolha, do empreiteiro mais eficiente, capaz de apresentar a proposta mais vantajosa para a realização da obra em questão.

Em relação ao último elemento, a onerosidade do contrato, a presença deste também é negado pelo Advogado-Geral, argumentando que *«não se afigura que a comunidade pública faça um financiamento no caso de execução direta de obras em “dedução”»*. Para este o contrato não é oneroso considerando que *«o património da comuna é acrescido do valor desta mesma obra, sem despesas da sua parte, enquanto que o património do requerente do*

²²⁵ Acórdão «Scala», cit., parágrafo 90 (consultável em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt=pt&num=79989287C19980399&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>)

loteamento se vê diminuído deste mesmo valor, sem outra contrapartida financeira que não seja a dispensa do pagamento da contribuição»²²⁶.

Mais uma vez o TJUE volta a discordar da opinião do Advogado-Geral, considerando que «*o titular de uma licença de construção ou de um plano de loteamento aprovado que realize as obras de equipamento não efetua qualquer prestação a título gratuito, uma vez que liquida uma dívida com o mesmo valor*».

Mais se acrescenta que o TJUE entende que para respeitar os princípios de concorrência e transparência plasmados no direito comunitário, é necessário a existência de um procedimento de adjudicação, cumprindo assim os objetivos desta Diretiva, isto é, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços em matéria de contratos de empreitadas de obras públicas.

Vê-se, novamente, verificado um elemento do contrato de empreitada de obras públicas.

Concluindo, prevalece a opinião do TJUE, defendendo que existiam mais razões para que esta obra fosse compreendida segundo o regime da empreitada de obras públicas e, conseqüentemente, ser submetida ao regime da concorrência e transparência regulado nos termos do CCP e da Diretiva supramencionada.

JOÃO MIRANDA (2012) também apresenta algumas reflexões acerca do «*Caso Projecto La Scala 2001*», mostrando concordância com a decisão do TJUE relativamente à submissão desta obra às regras da concorrência da contratação pública, no que toca à escolha do co-contraente e do carácter oneroso do contrato.

Acrescenta, ainda, que o facto de a Administração só ter a possibilidade de contratar com o promotor não era razão suficiente para presumir que aquela não tinha liberdade de celebração. Pelo contrário, “*a entidade administrativa poderia escolher entre celebrar o contrato ou arrecadar as receitas correspondentes ao pagamento das taxas urbanísticas*

²²⁶ Conclusões do Advogado-Geral, cit., parágrafo 101 (para consultas as conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger para o acórdão «la scala» cfr. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=pt&num=79998792C199803998&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL>)

*devidas pelo promotor e realizar, por conta própria, as obras de urbanização. Assim, existiria a liberdade de celebração que é essencial à existência de um contrato”.*²²⁷

No que concerne ao carácter oneroso do contrato, mesmo confirmando que a realização de obras de urbanização pelo promotor não tenha como principal objetivo a obtenção de financiamento, a verdade é que, em concreto, estas possuem um valor económico, como é passível de se verificar pelo facto de se colocar a possibilidade de ser o promotor a pagar, de forma alternativa, os encargos que foram assumidos pelo município com a sua execução.

Por outro lado, o autor não segue alguns dos fundamentos da decisão defendida pelo TJUE.

Sublinha que o argumento utilizado na sentença para corroborar a natureza sinalagmática não é convincente, considerando que aceita a falta de uma contraprestação por parte da Administração quando o promotor realiza as obras de urbanização, ficando apenas limitada a aceitar que seja cumprida uma obrigação legal pré-existente. Também entende que a relação sinalagmática não se demonstra essencial para que se qualifique a obra como um contrato.

O autor volta a entrar em discordância com o TJUE, na medida em que defende que a decisão não pode ser encarada no “*sentido da obrigatoriedade de abertura de um procedimento concursal em todos os casos de realização de obras de urbanização ou da existência de um dever de o promotor da operação urbanística assumir a qualidade de entidade adjudicante, para efeitos da contratação de um terceiro para executar as obras*”.²²⁸

²²⁷ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística*...p.232-233.

²²⁸ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística*...p.232-233. Em sentido diverso, MARIA PARDO ÁLVAREZ, *La Potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid, 2005, p.200, que lança outra problemática associada à natureza privada da obra, ou seja, entende que quando se contrate com um sujeito privado, se justifica a inaplicabilidade das normas da contratação pública. Vamos ao encontro da opinião defendida por JOÃO MIRANDA, evidenciando que se demonstra irrelevante o facto do promotor se limitar a cumprir um dever imposto legalmente, pois o que realmente interessa é apurar a finalidade de realização das obras de urbanização e essa é explicitamente pública, mesmo quando seja prosseguida por um sujeito privado. Deste modo, não se torna relevante apurar se o financiamento é público ou privado. Mesmo que se chegue à conclusão que a obra é financiada

Acrescenta, ainda, que a resolução da problemática do tendencial alargamento dos mercados públicos à concorrência assenta na delimitação do conceito de obras de urbanização. A doutrina italiana fez grandes progressos, tendo adotado um conceito de obra pública. O problema alicerçado a este conceito é a sua amplitude, não determinando os seus limites. Com a adoção deste conceito tornava-se mais fácil afastar a aplicação das regras da contratação pública, na medida em que não se observava uma conexão direta entre a subsunção do conceito de obras públicas e a operação de loteamento no conceito de obras de urbanização.

Neste sentido, podemos afirmar que não basta determinada obra urbanização constituir uma obra pública para se concluir que esta deve ser sujeita às normas de contratação pública, que impõe que a sua realização seja obrigatoriamente precedida da abertura de um concurso público. Tal procedimento não se justifica se estivermos perante uma obra de urbanização que mantém uma ligação direta com a operação urbanística principal²²⁹.

O artigo 5º, nº1 do CCP apresenta os casos em que é permitido excluir a observância das normas procedimentais para a formação dos contratos públicos, entre os quais, quando o objeto do contrato *«abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características»*²³⁰.

As obras de urbanização em apreço encaixam-se nesta previsão legal, considerando que apenas o promotor as pode executar e as mesmas encontram a sua causa direta na realização do loteamento. Deste modo, o proprietário encontra-se numa posição de infungibilidade e irrepetibilidade e como as obras em apreço estão excluídas da concorrência de mercado, a

maioritariamente por fundos privados, a verdade é que a obra continua a ser pública e, consequentemente, o promotor que a executa, desenvolve uma atividade pública.

²²⁹ São exemplos de obras com conexão direta, aquelas sem as quais as construções não reúnem as condições mínimas de habitabilidade ou de obras necessárias a assegurar os standards urbanísticos de qualidade de vida, englobando não só aqueles cujo cumprimento é obrigatório por imposição legal, mas também todos os que estejam ligados funcionalmente às edificações.

²³⁰ Artigo este que já referenciado quando nos referimos às várias modalidades de contratação urbanística em correlação com a aplicação do regime da concorrência da contratação pública, previsto no CCP, aos contratos em questão.

partir do nº1 do artigo 5º do CCP, a não sujeição às normas da contratação pública encontra-se justificada.²³¹

Em contrapartida, as obras de urbanização que não tenham a conexão direta que fora mencionada, submetem-se às regras da contratação pública.

O artigo 2º, alínea h) do RJUE delimita o conceito de obras de urbanização e como é passível de se verificar, o leque de obras inserido nesta definição legal não é tão abrangente quanto o que resulta do direito italiano. Posto isto, e remetendo-nos ao caso em apreço, as obras realizadas no Teatro La Scala de Milão não são subsumíveis no conceito de obras de urbanização vigente no direito português e, colocada a hipótese de celebrar um contrato entre a Administração e o promotor em que não há uma ligação direta entre a realização da obra pública e a operação urbanística que se pretende levar a cabo, o contrato em causa “*estaria necessariamente submetido às normas da contratação pública*”.²³²

Neste contexto, é pertinente referir o artigo 281º do CCP, dispondo que: “*o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material direta com o fim do contrato*”. Esta norma é suscetível a duas interpretações. Por um lado, pretende proteger o promotor perante prestações contratuais desproporcionadas pela Administração e por outro, pode ser interpretada como uma manifestação do princípio da concorrência, impedindo que sejam conferidos direitos ao promotor sem qualquer ligação imediata com o objeto da relação contratual²³³.

Em síntese, face à análise detalhada deste acórdão, mais precisamente da obra em apreço, foi possível percebermos quais os elementos que unem as obras de urbanização e as obras de uma empreitada pública, regidas pelas normas do CCP. Foi possível, também, explicarmos o porquê da sujeição ou não deste tipo de obras às regras da concorrência da

²³¹ Em destaque, JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* pp. 237-238 e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob.cit., *Contratação Pública...*p.818.

²³² Citando JOÃO MIRANDA, ob. cit., *A Função Pública Urbanística...* p.238.

²³³ A norma é interpretada no sentido de prevenir o eventual conflito entre a posição dos proprietários, que tem a intenção de maximizar os seus proventos económicos em prol da execução das obras públicas sem terem de ser submetidos a concurso público e a posição dos empresários que, ao abrigo da liberdade de iniciativa económica privada, ansiam a criação de um mercado concorrencial.

contratação pública, quando é que são aplicáveis e a razão de não o serem. Deste modo, depois da análise do acórdão e das opiniões defendidas por JOÃO MIRANDA, determinamos em que casos é que o contrato de urbanização é submetido a este regime de concorrência.

3.2. O Acórdão Auroux

Este acórdão veio permitir uma maior extensão em relação à utilização de Diretivas da Contratação Pública no direito do urbanismo por parte das entidades administrativas.

“Na origem deste Acórdão está um reenvio prejudicial por parte do Tribunal administratif de Lyon. Perante este Tribunal encontrava-se um diferendo entre a Commune de Roanne e os membros da oposição no conselho municipal relativo à construção de um centro de lazer que incluía a construção de um cinema, de espaços comerciais destinados a ser cedidos a terceiros, vias de acesso, um parque de estacionamento e espaços públicos a ser entregues à entidade adjudicante.

A execução deste projeto caberia à Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), uma sociedade de desenvolvimento urbana de economia mista, que se encarregaria de procurar meios de financiamento, organizar a realização de estudos, proceder a aquisições imobiliárias e ordenar a realização das obras de construção. Nos termos da convenção celebrada entre aquela sociedade e a comuna de Roanne, em troca das construções a serem integrados no património da cidade, esta cofinanciaria aquele projeto e assumiria os riscos pelas perdas e pelas parcelas não alienadas.

Os demandantes pediam ao Tribunal francês que este anulasse a convenção pública de ordenamento urbano, pois consideravam que esta representava uma violação das Diretivas

comunitárias de contratação, visto que a realização desta convenção de urbanismo não tinha sido antecedida da realização de um procedimento de adjudicação.”²³⁴

Perante estes factos, o Tribunal administratif de Lyon colocou duas questões prejudiciais ao TJUE:

1) Um contrato pelo qual uma primeira entidade adjudicante encarrega uma segunda entidade adjudicante da realização de uma operação de loteamento urbano, no âmbito da qual esta segunda entidade adjudicante entrega à primeira obras destinadas a satisfazer as suas necessidades, constitui um contrato de empreitada de obras públicas na aceção do disposto no artigo 1º da Diretiva 93/37/CE?

2) No caso de resposta afirmativa à primeira questão, a primeira entidade adjudicante está dispensada, para celebrar esse contrato, de aplicar os processos de adjudicação de contratos previstos pela mesma diretiva, na medida em que este contrato só pode ser celebrado com determinadas pessoas coletivas e que estes mesmos procedimentos serão aplicados pela segunda entidade adjudicante para a adjudicação das respetivas empreitadas de obras?

A estas duas perguntas pretendo responder com base na análise do caso concreto.

Todos os elementos do contrato de empreitada se revelam verificados neste caso, mas a existência de uma obra pública aqui é de índole controversa.

O TJUE esclarece que a realização de um centro de lazer satisfaz as necessidades indicadas pela comuna de Roanne na convenção, visto que *«resulta de várias disposições da convenção que, através da construção do centro de lazer no seu conjunto, a comuna de Roanne procura reposicionar e dinamizar o bairro da estação.»*²³⁵

Em relação a este elemento o TJUE pretende ainda estender o conceito de obra da Diretiva, permitindo concluir que bastará determinada obra realizar um interesse da entidade

²³⁴ De acordo com JOÃO ILHÃO MOREIRA, ob.cit., *Os Contratos urbanísticos como atividade económica...*p.571.

²³⁵ *Acórdão Auroux*, cit., parágrafo 42.

adjudicante para se poder afirmar que esta preenche o critério relativo à realização de uma obra. Contudo, não é possível concluir que o TJUE prescindia de um elemento intencional que se traduza num fim para o interesse público.

Analisando o caso concreto verifico que este possui este elemento intencional de satisfazer, mesmo que indiretamente, o interesse público, sendo considerada uma obra pública, mesmo que não seja em *stricto sensu*.

A outra pergunta relaciona-se com o facto de saber se não é necessário aplicar um procedimento de adjudicação no contrato realizado entres estas duas entidades.

O TJUE entendeu que sim é necessária a realização de um procedimento de adjudicação, fundamentando a sua decisão no facto de «*uma entidade adjudicante não está dispensada de recorrer aos processos de adjudicação de contratos de empreitada de obras públicas previstos pela diretiva com o fundamento de que, nos termos do direito nacional, essa convenção só pode ser celebrada com determinadas pessoas coletivas que possuem, elas próprias, a qualidade de entidade adjudicante*»²³⁶.

Aqui o TJUE parece estar a afastar-se da decisão que tomou no Acórdão La Scala, isto porque estamos perante duas situações diferentes, visto que enquanto no Acórdão La Scala a entidade adjudicante via completamente cerceada a sua liberdade de escolha da contraparte, no Acórdão Auroux, a comuna de Roanne poderia ter escolhido entre um conjunto de diferentes entidades.

3.3.O Acórdão Helmut Müller

Este Acórdão apresenta-se como o último passo no desenvolvimento da jurisprudência do TJUE, em relação à aplicação da Diretiva de contratação pública a atos urbanísticos.

²³⁶ Acórdão Auroux, cit., parágrafo 68

Daqui decorrem importantes limites à decisão tomada pelo TJUE no Acórdão Auroux, que nos esclarecem em relação à aplicação das Diretivas da Contratação Pública.

“Na origem deste caso encontra-se o anúncio, em outubro de 2006, por parte da Bundesanstalt, agência federal alemã responsável pela gestão da propriedade governamental, da intenção de proceder à alienação de um terreno de 24 hectares anteriormente afeto a fins militares. Helmut Müller, empresa do sector imobiliário, realizou uma proposta pelos terrenos em questão, em novembro de 2006, no valor de 4.000.000 € sob condição de que o Conselho Municipal de Wildeshausen aprovasse um plano urbanístico baseado nos seus projetos de utilização dos terrenos. Esta proposta não foi aceite pelo Conselho Municipal.

Em janeiro de 2007, a Bundesanstalt abriu um concurso com vista a vender o terreno em questão, pedindo aos possíveis interessados que apresentassem propostas pelo terreno. Contudo, tais propostas deveriam ser realizadas sem um planeamento de construção pré-determinado. Neste contexto foram apresentadas quatro propostas, tendo a empresa Helmut Müller apresentado uma proposta no valor de 1.000.000 €. Posteriormente, o município de Wildeshausen pediu aos proponentes que apresentassem os seus próprios projetos para a utilização da área. Em junho de 2007, a Bundesanstalt aceitou a proposta da empresa Gut Spascher Sand Immobilien GmbH no valor de 2.500.000 €, declarando a preferência do projeto desta última por razões urbanísticas. O contrato de compra e venda não fez, contudo, qualquer referência à futura utilização do terreno alienado.

Insatisfeito com a decisão da agência federal, a Helmut Müller interpôs recurso da decisão da Bundesanstalt para a entidade dotada de competência jurisdicional em primeira instância em matéria de contratos públicos. Tendo aquela entidade julgado inadmissível a ação proposta pela empresa Helmut Müller, esta decidiu interpor recurso para o Oberlandesgericht Düsseldorf. Este Tribunal decidiu submeter ao Tribunal de Justiça, essencialmente, as seguintes questões:

l) O conceito de contratos de empreitada de obras públicas, na aceção do artigo 1, nº2 al. b) da Diretiva, exige que a empreitada objeto do contrato seja executada em sentido material ou corpóreo para a entidade adjudicante e no interesse económico direto desta ou

basta que essa obra satisfaça um objetivo público, como o desenvolvimento urbanístico de uma parte de um município?

2) O conceito de contrato de empreitada de obras públicas, nos termos do artigo 1, n.º 2 al. b) da Diretiva, exige que o empreiteiro esteja direta ou indiretamente obrigado a executar a obra? Nesse caso, deve tratar-se de uma obrigação judicialmente exigível?

3) As necessidades especificadas pela entidade adjudicante, na aceção da terceira hipótese referida no artigo 1, n.º 2 al. b), da Diretiva 2004/18, podem consistir quer no facto de a entidade adjudicante exercer a competência de se assegurar que a obra a realizar satisfaz um interesse público quer no exercício da competência reconhecida à entidade adjudicante para verificar e aprovar os planos de construção?

4) As disposições da Diretiva 2004/18 aplicam-se a uma situação na qual uma autoridade pública vende um terreno a uma empresa tendo outra autoridade pública a intenção de celebrar um contrato de empreitada de obras relativo a este terreno apesar de ainda não ter formalmente decidido proceder à sua adjudicação? Existe a possibilidade de, do ponto de vista jurídico, se considerar como um todo a venda do terreno e a adjudicação subsequente de um contrato de empreitada de obras que tem por objeto esse mesmo terreno? ”²³⁷

Em resposta a estas questões prejudiciais, o TJUE estabelece um limite à aplicação de empreitadas públicas no campo do direito urbanístico.

O Tribunal diz «*que a execução das obras de construção, pelo menos quando estas têm uma certa envergadura, deve, regra geral, ser objeto de autorização prévia por parte da autoridade pública competente em matéria de urbanismo*» e que «*esta autoridade deve apreciar, no exercício das suas competências de regulação, se a execução da obra é conforme com o interesse público*». Contudo, «*o simples exercício de competências de regulação em matéria de urbanismo, visando a realização do interesse geral, não tem por*

²³⁷ Seguindo de perto JOÃO ILHÃO MOREIRA, ob. cit., *Os Contratos urbanísticos como atividade económica...*pp.576-578

*objeto receber uma prestação contratual nem satisfazer o interesse económico direto da entidade adjudicante, conforme exige o artigo 1, nº2, alínea a), da Directiva 2004/18».*²³⁸

Deste modo conseguimos perceber que não basta que um particular realize obras de acordo com as políticas urbanísticas para se afirmar que há um interesse económico direto da entidade adjudicante. Apenas se pode falar num contrato de empreitada no caso de a obrigação de realizar uma obra, objeto do contrato, poder ser juridicamente exigível, de acordo com a opinião de JOÃO ILHÃO MOREIRA.

Para se poder afirmar que determinada obra satisfaz as necessidades especificadas pela entidade adjudicante é *«necessário que aquela tenha tomado medidas no sentido de definir as características da obra ou, pelo menos, de exercer uma influência determinante na conceção da mesma»*.²³⁹

Não pode, portanto, afirmar-se que determinadas obras serão suscetíveis de se configurar como obras públicas, para efeitos de aplicação das Diretivas de contratação pública, pelo *«simple facto de uma autoridade pública examinar determinados planos de construção que lhe sejam apresentados ou tomar uma decisão no exercício das suas competências em matéria de regulação urbanística»*.²⁴⁰

Concluindo, este acórdão garante que a maioria de atividades realizadas, pela Administração, na definição de planos e projetos de desenvolvimento urbanístico não serão sujeitas a respeitar as regras da contratação pública. Mesmo estabelecendo aqui uma limitação ao que foi decidido no Acórdão Auroux, não reverte o importante campo de sobreposição entre estes dois ramos de Direito.

Para todos os efeitos, as Diretivas de contratação Pública têm um papel muito relevante em alguns dos atuais contratos urbanísticos previstos no atual quadro jurídico nacional.

²³⁸ Acórdão «Helmut Müller, cit., parágrafo 56.

²³⁹ AC. «Helmut Müller», cit., parágrafo 67.

²⁴⁰ AC. «Helmut Müller», cit., parágrafo 69.

3.4.Conclusões

Analisando estes três acórdãos foi possível aferir a importância das Diretivas da Contratação Pública no âmbito do direito do urbanismo.

Têm-se verificado vários avanços na determinação do escopo de aplicação destas Diretivas, sendo de fácil percepção que, mesmo tendo surgido algumas limitações em alguns campos, como já vimos, estas Diretivas continuam a ter uma importante aplicação neste âmbito.

Conseguimos definir bem o contrato de empreitada de obras públicas, quais os seus elementos essenciais e como podem ser estendidos a outras interpretações, fazendo analogias e interpretando-os caso a caso.

Muitas das regras da contratação pública têm aplicação no direito do urbanismo, respeitando assim os princípios da concorrência e da transparência, tal como o da igualdade plasmados no núcleo da Contratação Pública da União Europeia.

Com estas reflexões, acerca do desenvolvimento da contratação pública no direito do urbanismo, consegui perceber o porquê de tanta especificidade na realização de contratos desta índole, de forma a não serem desrespeitados normas nem princípios.

Conclusão

Dando como concluída a presente dissertação, o percurso que acabamos de realizar, mostra que a intervenção dos sujeitos privados na função pública tem vindo a crescer de uma forma significativa e positiva.

Com a colaboração e cooperação da esfera privada, verificamos que os planos se tornam mais viáveis, existe menos litigiosidade, já que as decisões são concertadas entre os particulares e as entidades públicas, fazendo com que deixem de existir planos para ficarem “fechados na gaveta”, tal como já referimos ao longo da presente dissertação.

O planeamento urbanístico é de interesse público. Não obstante, também é do interesse dos particulares que os locais onde habitam, as cidades onde vivem, sejam devidamente ordenadas, organizadas e suscetíveis de fazer face a determinadas adversidades. Deste modo, verificamos que o planeamento urbanístico e as operações urbanísticas são um interesse em comum entre a esfera privada e a esfera pública, sendo que as entidades públicas recorrem muitas vezes às entidades privadas, no que diz respeito ao financiamento das operações urbanísticas. Estamos perante uma ação que deve ser tomada em conjunto, nunca confundindo que, neste contexto, o interesse público prevalece sobre o interesse privado, ou seja, não podemos estar perante a realização de operações urbanísticas em que é notório que o particular está a prosseguir apenas interesses próprios. Não existem impedimentos se os interesses privados e públicos forem análogos, afigurando-se os “mesmos meios para chegar aos mesmos fins”. O que não pode acontecer é que, numa atuação pública, de interesse predominantemente público, é que os interesses privados prevaleçam e “passem por cima” do interesse público.

Deste modo, é perceptível que se imponham certos limites à atuação dos privados no âmbito da função pública e que a estes não possam ser delegadas algumas das funções públicas que são reservadas, em exclusivo, às entidades públicas.

Apresentando algumas conclusões sobre os contratos urbanísticos e as suas modalidades, fizemos um enquadramento histórico da contração pública, do seu surgimento ao nível dos contratos urbanísticos e da sua crescente relevância na atualidade. Os contratos

urbanísticos são a ferramenta mais eficaz no que diz respeito à concertação de interesses público-privados.

Referimos as várias modalidades dos mesmos, advertindo para as diferenças entre os regimes de cada um e concluímos que cada um se aplica a situações diferentes.

Os contratos de planeamento consubstanciam-se na definição de objetivos e metas do plano, enquanto que os contratos de execução, possuindo três vertentes, ajustáveis ao caso concreto, estipulam o “como” executar esse plano, adequando-o à realidade em causa.

No que diz respeito aos contratos de gestão urbanística, estes tratam da realização de operações urbanísticas. Neste âmbito, podemos falar dos contratos de cooperação e de concessão do domínio municipal, outro campo onde é notória a parceria público-privada. Evidenciamos, também, o problema associado aos contratos de concessão que não têm um diploma legal próprio aprovado, tendo de recorrer, para a sua aplicação, às normas do contrato de cooperação e da concessão de empreitadas públicas, previstas no CCP. Este é um problema que tem de ser resolvido, na nossa modesta opinião.

Temos também os contratos de assunção de encargos pelos particulares da realização de infraestruturas gerais e especiais. Com base na análise dos mesmos, conseguimos perceber o grau quantitativo de intervenção dos particulares na realização de operações urbanísticas. Explicamos ao pormenor todo o seu regime e as suas implicações e o porquê de certas infraestruturas serem da responsabilidade destes mesmos particulares.

Por último, procedemos a uma análise jurisprudencial, de forma a apurar se os contratos urbanísticos devem ser submetidos às regras de concorrência da contratação pública, previstas no CCP. Concluímos que certos contratos podem ser subsumíveis a essas regras, quando se justifique a pluralidade de interessados, dando início ao procedimento concursal. No entanto, feita toda uma análise aos vários contratos, só excepcionalmente é que estes se encontram submetidos a estas regras de concorrência.

Regra geral, dá-se lugar a uma adjudicação direta, isto porque, muitas das vezes o promotor se encontra numa situação de infungibilidade e irrepetibilidade, sendo o principal interessado a realizar aquela operação urbanística. Com efeito, entendemos que seria prejudicial submeter, nestas situações, estes contratos às regras de concorrência da

contratação pública, predominantemente porque o procedimento do concurso público só iria atrasar a realização das mesmas, considerando que se trata de um procedimento moroso.

Desta feita, finalizando as nossas aceções acerca da presente dissertação, importa acrescentar que a mesma nos fez perceber em que contexto se verifica com maior relevo a atuação dos privados em tarefas públicas, mais precisamente, tarefas urbanísticas.

Com esta, ficamos totalmente inteirados acerca dos regimes dos principais contratos urbanísticos. Percebemos o porquê da aplicação das regras de concorrência da contratação pública a estes mesmos contratos, ou a ausência dela, com base na análise jurisprudencial que nos propusemos a realizar.

Bibliografia

- ALVES CORREIA, FERNANDO, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989.
- ALVES CORREIA, FERNANDO ALVES, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra: Almedina, 2000.
- ALVES CORREIA, FERNANDO ALVES, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre expropriações por utilidade pública e o Código das Expropriações de 1999*, Coimbra, 2000.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4ª Edição, Almedina, 2012.
- ALVES CORREIA, FERNANDO, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume II, Coimbra, 2010.
- ALVES CORREIA, JORGE, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2009.
- ALVES CORREIA, JORGE, *Contratos Urbanísticos – Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*, Almedina, 2009.
- ALVES CORREIA, JORGE, *Contrato e Poder Administrativo – O Problema do Contrato sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coleção Thesis, GestLegal, 2017.
- AMARAL, FREITAS DO, *Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística*, in *Direito do Urbanismo*, coord. FREITAS DO AMARAL, Lisboa, INA, 1989.
- AMARAL, FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3ª edição, Coimbra 2006.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, 2016.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 2017.

- AZEVEDO, BERNARDO, *Linhas Fundamentais por que se rege a disciplina jurídico-normativa aplicável à constituição, gestão e extinção dos bens públicos*, in Domínio Público local, obra coletiva, Braga, 2006, p. 41 e seguintes.
- CADILHA, CARLOS, *Aspetos Contratuais do loteamento urbano*, in BFDUC, vol. XII, 1986.
- CADILHA, CARLOS; ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra 2010.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, Coimbra, 2005, reimpressão da 7ª edição.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo, II*, 10ª edição, 5ª reimpressão, Coimbra, 1994
- CASTANHEIRA NEVES, MARIA JOSÉ; OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; LOPES, DULCE, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, Coimbra, 4ª Edição, 2016.
- CEDOUA/FDUC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Coimbra, Almedina, 2006.
- CORREIA, SÉRVULO, *Legitimidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração pública*, Coimbra, 1996.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, 2008.
- GÓMEZ, OCHOA, *Los Convenios Urbanísticos - Limites a la Figura Redentora del Urbanismo*, Madrid, 2006.
- GOMES, OSVALDO, *Manual dos Loteamentos Urbanos*, 2ª edição, Coimbra, 1983.
- GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003.

- GONÇALVES, PEDRO, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005.
- HEALEY, PATSY, *Collaborative planning. Shaping places in fragmented societies*, 2ª edição, Nova Iorque, 2006.
- JODY, FREEMAN, “*The Contracting State*”, Fl. St. U. L. Revista, vol.28, 2000.
- KIRBY, MARK, “*Aspetos relativos à aplicabilidade objetiva e subjetiva das novas regras da contratação pública*”, in RFDUL, volume XLIX, nº1 e 2, Coimbra, 2008.
- LEITÃO, ALEXANDRA, *A proteção judicial dos terceiros nos contratos de Administração Pública*, Lisboa, 2002.
- LEITÃO, ALEXANDRA, *Contratação Pública no domínio do Urbanismo*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº25/26 (2006).
- LOBATO, J.M.GÓMEZ, *La Participación Privada en la Formación de Planes de Ordenación Urbana*, RDU, Nº114, 1989.
- LOPES, LICÍNIO, *Alguns Aspetos Fundamentais do Regime material das Operações Urbanísticas*, in I Jornadas Luso-Espanholas do Urbanismo, Obra Coletiva, Coimbra, 2009.
- MEIRA COSTA, JORGE MANUEL, *O Contrato para assunção de encargos relativos a obras de urbanização (gerais e especiais): um contrato entre dois territórios jurídicos?*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, Escola de Direito, Outubro de 2015.
- MIRANDA, JOÃO, *A Função Pública Urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, 2012.
- MONIZ, ANA RAQUEL, *O Domínio Público – O Critério e o Jurídico da Dominialidade*, Coimbra, 2005.
- MOREIRA, JOÃO ILHÃO, *Os Contratos Urbanísticos como atividade económica e mercado público: a influência da jurisprudência comunitária*, 2010.
- MOREIRA, VITAL, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra, 2007

- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; LOPES, DULCE, *Implicações notariais e registais das normas urbanísticas*, Coimbra, 2004.
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; LOPES, DULCE, *O Papel dos Privados no Planeamento: Que formas de Intervenção?*, in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Nº 20, 2003.
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *Contratação Pública no Direito do Urbanismo*, in Estudos de Contratação Pública, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008.
- OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *Contratos para planeamento – Da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*, Almedina, 2009.
- OSSENBÜHL, FRITZ, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, in VVDStRL, nº29, 1971, p.137 e seguintes.
- OTERO, PAULO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado*, Coimbra, 1998.
- PEREIRA, TERESA CRAVEIRO, *O plano-processo no planeamento estratégico*, Sociedade e Território, nº12, 1990.
- URBANI, PAOLO, *Territorio e poteri emergenti: Le politiche di sviluppo tra urbanística e mercato*, Turim, 2007.

Jurisprudência Consultada

- Acórdão *La Scala*

(<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46535&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first%E2%88%82=1&cid=283890>)

- Acórdão *Auroux*

(<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65122&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first%E2%88%82=1&cid=489321>)

- Acórdão *Helmut Müller*

(<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd50512fe524934c35a4be98f706a0fe32.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyOa390?text=&docid=49007&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=526644>)