

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO

A Violação das Regras Urbanísticas
Reflexão Crítica

António Fernando da Cruz Novo

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Orientador: Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha

PORTO

2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO
ESCOLA DE DIREITO

A Violação das Regras Urbanísticas
Reflexão Crítica

António Fernando da Cruz Novo

Aluno n.º 340106120

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Orientador: Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha

PORTO

2013

Abreviaturas e siglas

Ac.	Acórdão
CM	Câmara Municipal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
DJPJ	Direcção-Geral da Política de Justiça do Ministério da Justiça
DL	Decreto-Lei
GRECO	Council of Europe's Group of States against Corruption
IGAL	Inspeção Geral da Administração Local (antiga IGAT, Inspeção-Geral da Administração do Território)
LAL	Lei das Autarquias Locais
RJIT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Índice

Apresentação	7
Introdução	8
I. O crime de violação de regras urbanísticas	
A violação das regras urbanísticas no Código Penal português e na legislação extravagante.....	13
II. Agentes do crime com poderes de decisão	
1. As atribuições e competências das autarquias locais.....	19
2. Procedimentos e titulares da decisão	21
2.1. O licenciamento de operações urbanísticas	21
2.2. Aprovação de projectos de arquitectura, licenças de autorização de utilização, informação prévia e comunicações prévias.....	22
2.3. O gestor do procedimento e a instrução.....	23
3. Acto administrativo: deliberação e decisão	25
4. Competência e delegação de poderes	27
4.1. Competência do Presidente da Câmara Municipal e delegação de poderes nas operações urbanísticas	28
II. Elementos agentes do crime de violação das regras urbanísticas	
1. Os sujeitos activos.....	30
1.1. Os sujeitos activos do artigo 278.º-A do Código Penal.....	30
1.2. Os sujeitos activos do artigo 382.º-A do Código Penal e 18.º-A da Lei n.º 34/87: elementos típicos.....	33
1.3. Sujeitos activos do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87: o titular de cargo político.....	38
III. Momento da Consumação do crime	
1. O sujeito particular.....	41
2. Funcionários ou titulares de cargos políticos.....	42

IV. O princípio da intervenção mínima.....	43
V. A modalidade que ficou à margem.....	45
VI. A prescrição do artigo 118.º do Código Penal.....	46
Conclusão.....	47
Bibliografia e Fontes da Internet.....	50

Apresentação

A presente dissertação foi elaborada no Curso de Mestrado em Direito Criminal ministrado no Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa sob orientação do Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha.

Este trabalho tem como objecto o estudo do crime de “Violação das Regras Urbanísticas”, previsto e punido nos artigos 278.º-A, 382.º-A do Código Penal e 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 2 de Setembro, na sua redacção actual.

Foi tida em consideração a doutrina existente sobre esta matéria, não obstante tratarem-se de novas formas de incriminação, o direito comparado, designadamente o Código Penal Espanhol que foi a fonte normativa do legislador português e a leitura de fontes jurisprudenciais.

O autor quer agradecer ao seu orientador, Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha os ensinamentos e a paciência que devotou a este aluno que com este trabalho, em certa medida, presta um tributo ao seu saber humanista.

Evidentemente, as falhas desta dissertação são imputáveis, em exclusivo, ao seu autor.

Porto, Maio de 2013.

Introdução

Uma manifestação da crise de valores das democracias é particularmente saliente no âmbito da actividade da construção civil e do planeamento urbanístico nas autarquias locais, gerando fenómenos de corrupção que são do conhecimento geral, de há uns anos a esta parte, e merecem análise e estudo frequente ao nível de várias instâncias internacionais¹. Não se trata de uma questão meramente académica mas antes de uma percepção que emerge na sociedade civil.²

Dados contidos no Relatório Global de Corrupção e Transparência Internacional demonstram que este fenómeno extravasa as fronteiras dos Estados³.

No que se refere a Portugal a corrupção a nível local autárquico na área do urbanismo e da especulação é considerada um foco de corrupção permanente verificando-se, mesmo, a nível governamental^{4 5}.

Com efeito, a corrupção no âmbito do urbanismo tem uma justificação simples e concreta: é uma área de actividade de grandes movimentações de dinheiros, operando a “regra de dinheiro fácil” e do enriquecimento ilícito nos sectores privado e público⁶.

Daqui resulta que um particular predisposto à prática de crimes económicos encontra nesta área de actividade muitas possibilidades de obter elevados benefícios e proceder ao branqueamento de capitais de proveniência ilícita⁷.

Na administração local, funcionários, vereadores e presidentes de câmara, dispõem do poder de elaborar e aprovar os planos de ordenamento do território e de regulamentar a sua aplicação, ou seja, o poder de decidir em matéria de urbanização, alteração do uso do solo e licenciamento de obras.

¹ Cfr. Segundo Ciclo de Avaliação do GRECO [Council of Europe’s Group of States against Corruption] – *Relatório de Conformidade sobre Portugal* (aprovado na 39ª Reunião Plenária - 6 a 10 de Outubro de 2008, § 10). in <http://www.dgpj.mj.pt>.

² *Idem*.

³ Cfr. Relatório Preliminar Junho de 2011, *Prevenir e Combater a Corrupção*, DGPJ [Direcção Geral da Política de Justiça], www.dgpj.mj.pt, p. 49.

⁴ Cfr., *Informe Global de la corrupción 2006*, Villoria Mandieta, p. 4.

⁵ *Idem*, pp. 2-10-11-14-15-16.

⁶ Cfr. GRECO, “*Relatório do Segundo Ciclo de Avaliação-Relatório de Avaliação sobre Portugal*”, (aprovado na 28ª Reunião Plenária - 9 a 12 de Maio de 2006) cfr. § 29. Portugal ratificou a Convenção Penal sobre a corrupção (STE 173) a 7 de Maio de 2002. A Convenção entrou em vigor em Portugal, a 1 de Setembro de 2002. Cfr. § 3.º. www.coe.int

⁷ Cfr. GRECO, *Relatório...2008, Ob. Cit.*, §18 anotação 3; § 20; § 24;

Este poder de decisão, alteração e licenciamento é detido pelos mesmos órgãos ou funcionários que fiscalizam a violação dessas normas urbanísticas, circunstância facilitada pela grande proximidade com as entidades que intervêm no processo de desafecção dos solos integrados em Reserva Ecológica Nacional (REN) ou Reserva Agrícola Nacional (RAN) ou solos protegidos por planos de outra natureza^{8 9}.

Considerando a subordinação do poder local ao princípio da legalidade, este problema nem deveria existir, tendo em conta que a Constituição da República Portuguesa (CRP) preceitua no seu artigo 65.º, n.º 4, que a utilização do solo deve ser feita em conformidade com os interesses gerais e na prossecução do interesse público¹⁰.

Na actualidade é legítimo afirmar que existe uma grande vulnerabilidade do direito do urbanismo. Veja-se o caso dos “profissionais da política” a exercerem em simultâneo o cargo de deputados que acumulam com cargo de titular de órgão autárquico¹¹, o que é demonstrativo de uma promiscuidade nesta área sentida como de muita susceptibilidade à «venalidade»¹².

O direito administrativo não tem dado resposta a estas situações, considerando a dispersão legislativa e a sua complexidade¹³, bem como a dificuldade de articulação entre as diferentes fontes e o excesso de alterações, quer normativas quer de conceitos que integram o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)¹⁴. Por outro lado verificam-se várias deficiências ao nível dos recursos preventivos e repressivos^{15 16}, mas

⁸ Cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), n.º 03A3043, de 27.01.2004, que decidiu a nulidade de uma doação de uma quinta como contrapartida pela aprovação de uma operação de loteamento, violando os arts 43.º n.º 1 e 2 do DL 400/84, e a portaria 230/85 por “ofensa aos bons costumes” e a respectiva ilicitude porque as prestações a que as partes se obrigaram “não tiveram como única causa”, como a lei imperativamente dispõe, compensar a autarquia dos encargos derivados das operações de loteamento apresentadas pela autora.

⁹ Cfr. Relatório Preliminar DGPJ... 2011, *Ob. Cit.*, p. 15 e 16. In. www.dgpj.mj.pt

¹⁰ Cfr. DL 380/99, de 22.9, na redacção actualizada do DL n.º 46/2009, de 20.2, alterada pelo DL 2/2011, de 6.1 (que aprovou o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial), artigos 8.º a 17.º onde se encontra regulamentada toda a matéria relativa a bens protegidos, públicos e privados.

¹¹ Estes eleitos locais são donos de empresas que actuam no ramo imobiliário no respectivo concelho em que exercem as suas funções. Cfr. Inspecção-geral da Administração do Território, Processo n.º 30 600, Parecer 147/99, Relatório Parcelar n.º 2, páginas 75 a 82.

¹² Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma Análise Crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 1ª Edição Abril 2011, p. 107.

¹³ Cfr. GRECO, *Relatório...2006, Ob. Cit.*, § 44.

¹⁴ Cfr. DL 555/99, de 16.12.

¹⁵ Cfr. DGPJ, *Relatório... Ob. Cit.*, p. 71-75.

¹⁶ *Idem*, p. 15, iii); de salientar a posição assumida sobre a IGAL no texto publicado no site da Inspecção Geral das Autarquias Locais (entretanto inacessível), Orlando Nascimento sublinha que a inspecção-geral,

mesmo que o sejam, não cumpriram nem cumprem o dever de que estão investidos, por várias razões.

Na nossa opinião, os maiores problemas no sancionamento de ilícitos da disciplina urbanística não são apenas provocados pelas decisões que, dia-a-dia, vão sendo tomadas no âmbito dos processos administrativos de licenciamento, tendo em conta que, muitas vezes, o ataque ao bem jurídico protegido não se concretiza nesse momento mas antes.

De facto, são vulgares os casos em que uma dada operação de construção é concretizada sem a licença adequada tendo como pressuposto um acordo prévio entre promotor e Município no sentido de ser posta em marcha uma alteração dos planos de ordenamento a qual, quando concretizada, legaliza a situação, até aí, ilegal.

Mesmo nos casos em que não existe um “pacto” ou “um acordo”¹⁷ adequado, entre o que foi licenciado e o que efectivamente foi construído ou edificado é no mínimo estranho que se “legalize o acto praticado” ilegalmente, sem dificuldade pela administração ou, em determinadas situações, pelo tribunais.

Com efeito, ainda que tenha sido perseguida a ilegalidade e exista uma sentença declarativa de nulidade¹⁸ do licenciamento ou ordem de demolição da construção, ou

que vai ser integrada na Inspecção-Geral de Finanças no âmbito do PREMAC, "amedrontou até os poderosos", por via do trabalho realizado nas autarquias, e foi "extinta" por "incomodar". "De facto, pela calada, uma poderosa associação de autarcas não encontrou outra solução, para perder o medo, que não fosse a extinção da IGAL". Acrescentando o Inspector Orlando Nascimento: que houve várias "promessas, pressões e subornos" sobre os inspectores da IGAL, admitindo que houve "atropelos de legalidade a que a IGAL não soube ou não pôde pôr cobro". *Idem*, iv; ver anotação 2; p. 16 indicação da PJ com falta de meios para investigação; p. 17 o DIAPL faz notar a insuficiência de recursos humanos; a falta de especialização das magistraturas dos magistrados do MP na prevenção e combate ao crime económico, corrupção e branqueamento de capitais

¹⁷ Cfr. Ac. Do STA n.º 0601/10, de 7.4.2011 in, www.dgsi.pt onde claramente o particular faz uma doação ao Município e após situações de embargo e registo dos mesmos de obras de edificação efectuadas em solos integrados em RAN o processo conclui-se com a elaboração de um PU que vem posteriormente a desafectar o solo da RAN e a legalização do edificado e destino do excedente afectado a fins industriais. Interviram nesta situação o Ministério Público e a IGAL durante o percurso decorrido até a fase de alteração do uso do solo.

¹⁸ Cfr. Ac. STA n.º 0573/06, de 1.3.2007, in www.dgsi.pt que decidiu pela nulidade do acto de licenciamento das edificações levadas a efeito em loteamento aprovado pelo órgão autárquico em violação do PDM (...). De salientar que este procedimento foi inspeccionado pela IGAT em função de queixa do particular afectado com o edificio. Cfr. IGAL/IGAT Processo n.º 30 600, *Cit.*, pp. 101-103. Consta a p. 101 § 21. Alvará de loteamento n.º 10/97: Do Apenso 1/98 (...) consta uma exposição de R.A.S.C.S., a qual denuncia uma ilegalidade no licenciamento de uma operação de loteamento (...) a mesma contender com o disposto no Regulamento do PDM, artigo 48.º, n.º 2 *alínea b) e d)*, “maxime” em termos de cêrcea. (...) § 21.1. Na sequência das deliberações do executivo municipal de (...) e após pareceres favoráveis dos Serviços Técnicos da Câmara o Alvará 7/96 veio a ser alterado dando lugar ao n.º 10/97 (...) refira-se que no citado Alvará estão as previstas cêrceas de 3 e 4 Pisos para os lotes. A CM em sessão de 95.03.30, aprovou a proposta de Delimitação do Núcleo Central do Aglomerado Urbano de (...) ao abrigo do artigo 19.º, n.º 2 *alínea c)* do Regulamento do PDM (...) publicado no DR. I SERIE-B de 13/05/94. Sendo assim, para o local existem apenas os parâmetros urbanísticos vertidos naquele

edificação ilegal, o que se verifica é que estamos perante uma situação generalizada de incumprimento, uma autêntica desobediência judicial, com a cumplicidade dos órgãos da administração que não incentiva nem actua para a efectiva execução das normas.

Debruçando-nos sobre a concreta resposta penal às distintas manifestações da “violação das regras urbanísticas”, iremos analisar:

- Os denominados “delitos urbanísticos”, previstos nos artigos 278.º-A, 382.º-A, ambos do Código Penal (CP) e artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16.09, na redacção dada pela Lei n.º 4/2013, de 14.01; o “delito de prevaricação urbanística”, previsto no artigo 11.º da Lei n.º 34/87, de 16.09, na redacção dada pela Lei n.º 4/2013, de 14.01;
- A actuação dos designados “Titulares de Cargos Políticos”¹⁹ na aprovação pelas autarquias locais dos planos de ordenamento do território, disciplinada pelos artigos 60.º a 90.º-A do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIT)²⁰, que sejam contrários ao interesse colectivo e em benefício de particulares, como resulta da memória descritiva que fundamenta a sua elaboração²¹, surpreendentemente não abrangidos nos normativos introduzidos pelo legislador na nova lei incriminadora não obstante tratar-se de actuação que evidencia a existência do delito de corrupção como fundamento da violação das

segmento normativo, PDM, dado que ainda não foi elaborado para aquele local o Plano de Pormenor previsto no n.º 2, do artigo 48.º, do Regulamento do PDM, o qual irá prever uma edificabilidade, conforme previsão da sua alínea c). (...) Deste modo, quando da emissão do alvará de loteamento, não ocorreu qualquer violação ao PDM, em termos de cêrcea, dada a não exequibilidade legal do estabelecido no referido n.º 2, do artigo 48.º, do PDM, o qual só adquirirá eficácia com a publicação e entrada em vigor do Plano de Pormenor de (...) artigo 18.º, n.º 5 do DL 69/90, de 02.03. O lesado propôs acção no contencioso Administrativo decretando o STA a decisão de nulidade do licenciamento. Mais uma vez a IGAT “elaborou uma apreciação incorrecta”.

¹⁹ Cfr. Lei n.º 4/83, de 2.4, *alínea i*) do n.º 1 do artigo 4.º, na 6ª versão da redacção introduzida pela Lei 38/2010, de 2 de Setembro, *alínea m*) do n.º 1 do artigo 4.º define O de presidente e vogal da câmara municipal; Lei 34/87, de 16 de Setembro na redacção da 6ª versão Lei 4/2013, de 14.01, *alínea i*) do n.º 1 do artigo 3.º, define que são titulares de cargos políticos: o membro de órgão representativo de autarquia local.

²⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22.9, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 2/2011, de 6.1.

²¹ Veja-se, a título de exemplo, a IGAL, Processo n.º 30 600, *Cit.*, pp. 38-40. Pode ler-se na memória descritiva (maço de documentos apenso) que está em causa uma área (com cerca de 100.000 m²) livre com um único prédio no gaveto nascente. De acordo com as fotografias que constam do maço de documentos e da planta cartográfica verifica-se que o existente é um aldeamento de moradias aproximadamente da centena. A alteração ao plano conforme consta das plantas e demais elementos constantes no referido processo visou o licenciamento de edifícios com a cêrcea de r/chão e três pisos. Saliente-se que da documentação consta que o projecto de alteração do plano foi contratado com o gabinete técnico pelo promotor da urbanização!

regras urbanísticas; e a problemática que integra as ordens de demolição, nas quais existem opções não penais, nos termos do artigo 106.º do RJUE conjugado com a *alínea m)* do n.º 2 do artigo 68.º da Lei 169/99, de 18.09, que "Estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias", na versão dada pela Lei n.º 67/2007, de 31.12, na nossa opinião, não concretizadas por razões alheias ao direito.

Todas as questões temáticas apresentadas contêm várias complexidades²². Deste modo descrevemos as mais relevantes, com o objectivo de superar, por exclusão, obstáculos que podem ser invocados, os motivos pelos quais não são perseguidos adequadamente pelo Ministério Público²³ e identificar quem pode preencher os requisitos de sujeitos activos para efeitos da presente Lei.

²² Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *Ob. Cit.*, p. 112, anotação 146; p. 113, anotação 148. Ver também o Acto Administrativo na Jurisprudência do STA: Acórdãos n.ºs 0322/02 de 2.10.2002; Ac. 034707 de 16.2.1995; Ac. 01089/08, de 7.10.2009; Ac. 035338 de 31.3.2004, entre outros, in *www.dgsi.pt*.

²³ Cfr. artigos n.ºs 68.º, 69.º e 122.º do RJUE, onde se esclarece que prevalece a nulidade prevista no artigo 68.º deste diploma, sobre o acto anulável, previsto no artigo 135.º CPA.

I. O crime de violação de regras urbanísticas

1. A violação das regras urbanísticas no Código Penal e na legislação extravagante

A técnica legislativa usada para definir o conceito de sujeitos activos nos artigos 278.º-A e 382.º-A do CP, disposição que foi introduzida pela Lei n.º 32/2010, de 02.09²⁴, teve como fonte normativa os artigos 319.º e 320.º do Código Penal Espanhol de 1995, traduzida na definição de “quem” poderá integrar o “conceito de agente do crime” para a prática dos ilícitos previstos nos referidos preceitos ou seja, a “violação das regras urbanísticas”.

Baseado na mesma técnica legislativa, introduziu o artigo 18.º-A na Lei n.º 34/87, de 16.09, que determina os crimes da responsabilidade que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, na redacção dada pela Lei n.º 4/2013, de 14.01, definindo como sujeitos activos os Titulares de Cargos Políticos, tal como dispõe a *alínea i*), n.º 1 do artigo 3.º, para efeitos da prática desses crimes e cuja construção literal repete o artigo 382.º-A do CP baseado na mesma fonte, o Código Penal Espanhol.

Com a promulgação das referidas Leis foi introduzido no Código Penal o crime de “violação das regras urbanísticas” praticado por particular (artigo 278.º-A); o mesmo crime praticado por funcionário (artigo 382.º-A) ou, praticado por titular de cargo político (artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87).

Os citados preceitos visam sancionar, por um lado, os particulares que levem a efeito operações urbanísticas em solo não urbanizável ou em bens e imóveis protegidos por lei especial ou regulamentar, violando com a sua acção, as normas urbanísticas. Esta matéria é regulada pelo Direito Administrativo por remissão do n.º 2 do artigo 278.º-A do CP para esta legislação extra penal, a qual tem carácter subsidiário e acessório à

²⁴ Cfr. Projecto de Lei N.º 217/XI, proposto pelo Partido Socialista, *in*, Actas da Assembleia da República, texto de substituição de 01.07.2010, aprovado na especialidade com os votos a favor, PS, PSD, CDS-PP, BE e PCP. Obs: No referido Projecto de Lei consta no artigo 18.º-A/1 (o titular de cargo político “que, informe”...na redacção da Lei, a vírgula não consta; No artigo 278.º-A/4 do CP na parte final ...restituição do solo ao estado anterior à custa do autor do factor. “Foi rasurado e não publicado...sem prejuízo das indemnizações devidas a terceiros de boa fé”. Como consta do Projecto Lei do PSD no n.º 5 do citado preceito e que previa outras sanções no artigo 278.º-C. Este Projecto Lei, que se aproximava mais do Código Penal Espanhol, foi retirado em 01.07.2010.

aplicação da lei penal ao crime, quer se trate de particular quer se trate de funcionário quanto aos elementos objectivos do tipo”²⁵.

Em relação aos titulares de cargo político, os elementos objectivos do tipo, segundo CARMO DIAS ²⁶, em comentário ao artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, são “uma forma especial de prevaricação”²⁷ urbanística, que sanciona os titulares de cargos políticos ou funcionários públicos que, conscientes da sua conduta, informam favoravelmente projectos de construção ou de edificação ou concessão de licenças²⁸ contrárias às normas urbanísticas, ou decidam ou votem a favor da licença como membro do órgão deliberativo²⁹.

Quanto ao sujeito activo particular a sua conduta que, com a sua acção prática, cause lesão ao bem jurídico protegido é um crime de perigo comum, material ou de resultado (artigo 278.º-A), de natureza pública por força da inserção sistemática nos crimes contra a vida em sociedade³⁰. Mas não basta o licenciamento. O crime consuma-se com a prática de acto material lesivo do bem jurídico protegido, sendo que se a operação requerida é objecto de aprovação mas não é concretizada, inexistente qualquer acção criminosa pelo titular da licença.

“Não é típica a acção que constitua obra de escassa relevância urbanística, assim classificada por lei³¹” não sendo puníveis as obras levadas a efeito previstas na lei subsidiária (Cf. o artigo 2.º, alínea m) e o artigo 6.º-A do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16.09, na redacção dada pela Lei n.º 28/2010, de 02.09.

²⁵ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *Ob. Cit.*, p. 113.

²⁶ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, JOSÉ BRANCO, Coordenação, *Comentário das Leis Penais Extravagantes II Volume* – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010; Artigo 18-A, pp. 811-812-813, Comentário CARMO DIAS, anotação 23 a 34

²⁷ Cfr. CARMO DIAS, *Breves Notas sobre os Novos Crimes Previstos nos Artigos 278-A (violação das regras urbanísticas) e 382-A (violação das regras urbanísticas por funcionário) do C. Penal* in Portal da Associação Sindical dos Juízes, pág. 35.

²⁸ Deve ser entendido como concessão de licenças não a emissão do título “Alvará de licença” mas sim o acto decisão ou deliberação que aprovou o licenciamento; Cfr Ac. do Pleno do STA n.º 048304, de 5.11.2002: O acto licenciador de obras de construção e o respectivo alvará são realidades distintas. Uma coisa é o direito constituído pelo licenciamento da obra de construção e outra é o título-alvará que dá notícia e o titula

²⁹ Cfr. Artigo 2.º n.º 2 da Lei 169/99, de 18.9, e 250.º da CRP. Ver ainda a jurisprudência do STA: Ac. 0828/02, de 12.12.2002, no sentido de responsabilizar os membros do órgão que votem favoravelmente a deliberação. É usual, nas sessões da CM, que o membro que discorde, por entender existir ilegalidade no conteúdo do acto objecto de deliberação, dite para a acta as razões da sua discordância nomeadamente a violação da lei. Já quanto à abstenção apenas se faz constar: abstenção de A ou B.

³⁰ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*; 2ª ed. -Lisboa: Universidade Católica Editora 2010, em anotação 2 ao artigo 278.º-A.

³¹ *Idem*, em anotação 6 ao artigo 278.º-A.

Deve ser entendido com acerto o facto de o legislador ter incluído a conduta dos proprietários, promotores, construtores e técnicos directores nos “crimes de perigo comum” e tipificado como “crime específico de mera actividade” quando praticado por funcionários públicos e titulares de cargos políticos.

Tipificar especificamente este segundo comportamento, a conduta do funcionário ou titular de cargo político, significa, na linha de pensamento seguida por CARMO DIAS, que “o bem jurídico protegido primacialmente traduz-se na necessidade de demonstrar aos cidadãos que a Administração funciona de modo transparente e de acordo com a legalidade”³² [...] “dever a que estão vinculados os agentes no exercício de funções” dado que as infracções urbanísticas realizadas pelos promotores, construtores e técnicos directores requerem, a maioria das vezes, a colaboração, também ilícita, dos funcionários e titulares de cargos políticos a nível municipal, órgãos autárquicos competentes em matéria decisória de procedimentos no âmbito do urbanismo.

Também nos parece acertada a nomeação dos sujeitos activos concretos do crime de perigo comum material ou de resultado entre os vários profissionais da construção que, pelo seu poder económico e infra-estrutura, têm ao seu alcance os meios para causar, com a sua conduta, dano ao bem jurídico protegido. Seguindo CARMO DIAS, “podemos dizer que se protege o uso racional do solo”³³.

Seria mais adequada a *definição* do objecto protegido neste tipo de crime, designadamente os “solos” que merecem uma protecção especial, cumprindo-se deste modo o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, limitando as sanções penais aos ataques mais graves contra o uso racional dos solos, distinguindo-se das acções de menor gravidade.

Mas não nos parece que o legislador tenha tido a “preocupação na redacção de uma definição esclarecedora”; como nota DAMIÃO DA CUNHA “vista a lei na perspectiva do funcionário (ou então do titular de cargo político), não se intentou atribuir uma qualquer dignidade ou autonomia, no que se refere ao bem jurídico protegido”³⁴ pois não resulta do texto da lei uma definição concreta nem interpretativa.

³² Cfr. CARMO DIAS, *Ob. Cit.*, pág. 34.

³³ *Idem.*

³⁴ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *Ob. Cit.*, p. 107.

Assim, o sucesso do propósito desta Lei é relativo, considerando o teor literal do preceito que resultou numa redacção complicada e confusa³⁵ que não ajuda o intérprete na sua aplicação.

Veja-se a título de exemplo, o tipo de solo em que é proibida qualquer acção. Um investigador tecnicamente esclarecido, que cruze a informação dispersa pelas várias entidades públicas com competências nesta matéria facilmente identifica, através dos instrumentos de planeamento, da cartografia e das condicionantes estes solos.³⁶ No entanto, parece-nos que o legislador penal centrou a sua atenção no procedimento, no cumprimento das regras formais, obnubilando aquele que seria, certamente, o seu propósito: impedir a utilização indevida dos solos³⁷.

E, assim sendo, o que se protege neste novo tipo de crime como “bem jurídico imediato” é o cumprimento das normas legais e regulamentos que o regem *como reforço* destas e por esta *via* a integridade e transparência da conduta do funcionário.

Assim, em nosso entender, há protecção do solo como “bem jurídico mediato” tal como propõem DAMIÃO DA CUNHA e CARMO DIAS, corrente doutrinária maioritária com a qual concordamos.

Veja-se, no mesmo sentido, NURIA RODRIGUES; “la estructuración de los tipos penales corre el riesgo de limitarse a ser un mero refuerzo de dicha legislación” e, adianta, “de uma manera o de otra, los autores han ido destacando cómo lo que se protege en los tipos penales no es otra cosa que la «normativa reguladora de la ordenación del territorio» el «interés en que se cumplan las leyes y reglamentos sobre la ordenación del territorio»³⁸

³⁵ *Idem*, pp. 110-111.

³⁶ Cfr. Os PDMs (artigos 69, 70.º, 71.º, 72.º, 73.º, 85.º, 86.º do RJIT) são constituídos por delimitação da área da jurisdição dos Municípios fazem parte integrante dos citados planos a cartografia em que são delimitados os zonamentos de todos os instrumentos de planos nacionais, áreas protegidas, planos hídricos, planos da orla costeira, florestal, RAN, REN, recursos minerais, planos de salvaguarda, áreas de salvaguarda de servidões administrativas, entre outros, devidamente demarcados na Planta de Condicionantes. Os PDM são impressos em versão colorida para impedir erros de análise. Saliente-se que estes e os demais planos relativos ao ordenamento do território são registados no Ministério competente sendo arquivada uma cópia com o respectivo número de registo conjuntamente com o Regulamento que faz parte integrante do Plano. Os planos, independentemente da modalidade ou origem, só produzem efeitos após publicação na I SÉRIE do DR por força do n.º 1 e n.º 2 do artigo n.º 148.º do RJIT (DL 380/99 na redacção do DL n.º 46/2009, de 20.02).

³⁷ Cfr. Decreto Regulamentar n.º 10/2009, de 29.05, que fixa a cartografia a utilizar nos instrumentos de planeamento de gestão territorial e representação das condicionantes.

³⁸ Cfr. NURIA RODRIGUES, “*Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio*”, en *Revista Pena* l ,n.º8, La Ley, Madrid,2001, p. 64

Em sentido diferente PINTO DE ALBUQUERQUE defende que “o bem jurídico é a preservação da natureza, na sua vertente do solo, e, acessoriamente, a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário”³⁹, o que não podemos acompanhar considerando que em momento algum o legislador elegeu o solo como bem jurídico imediato, nem se retira do teor literal dos preceitos essa conclusão, mas antes quis tutelar os bens e interesses difusos de interesse geral da comunidade.

Já quanto ao particular que, com a sua conduta, põe em perigo ou causa lesão ao solo admite-se, sem discordância doutrinal, que este é o bem jurídico protegido.

Outra dimensão que reputamos positiva decorre do facto de o legislador ter optado, em relação ao agente particular, pela pena de prisão e pela pena de demolição e restituição do solo ao seu estado natural.

De facto, esta sanção revela-se especialmente adequada, no sentido preventivo, por ser desincentivadora da conduta do agente e é coerente com o regime sancionatório aplicável à criminalidade económica em cujo capítulo se incluem os crimes contra o ordenamento do território.

Já quanto às condutas tipificadas no artigo 278.º-A não nos parece que a pena aplicável seja adequada quando os sujeitos activos deste preceito sejam profissionais de construção comercial. Nestes casos, somos da opinião que seria mais dissuasor e mais útil o confisco das mais-valias obtidas com a comercialização das habitações, em caso de violação das regras do ordenamento do território, seguindo a linha adoptada pelo artigo 111.º do CP.

Andou mal o legislador ao não fazer constar esta opção. Ao optar pela pena de prisão ou multa sem estabelecer uma conexão proporcional entre a mais-valia obtida e a sanção aplicável, não se criou, como deveria, um meio de reduzir devidamente as vantagens patrimoniais decorrentes da prática de um crime.

Entende-se que a infracção deveria ter outro tratamento pelo legislador, ou seja, a pena de multa deveria ser proporcional às vantagens obtidas estabelecendo-se uma quantia relativa ao valor do objecto do delito, ou mesmo ao benefício obtido pela infracção. Contudo, ao optar por tratar de forma igual o agente que construiu uma habitação e o

³⁹ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Ob. Cit.*, em anotação 2 ao artigo 382.º-A.

agente que construiu centenas de habitações, ambos ilegalmente, o legislador desequilibrou este regime sancionatório em claro benefício do agente que pratica estes crimes “em massa”.

A opção do legislador demonstra que ao redigir a lei nesta matéria de crimes de violação das regras urbanísticas está reproduzido o clássico exemplo que “prevalece” na mente dos governantes: dá melhor resultado recorrer ao direito penal, de forma “inexequível”⁴⁰ na prática, que silencia as reivindicações sociais, do que dispor de meios adequados para que se cumpram as normas administrativas. Afirmção, que não tem a pretensão de excluir o envolvimento das leis penais no controlo do ordenamento do território e desenvolvimento urbanístico, o qual, pelo contrário, pode e deve suprir a inércia e ineficácia do direito administrativo na reposição da legalidade no exercício das suas funções.

Em qualquer das modalidades de acção exige-se do agente uma conduta dolosa, dolo directo, consciência da sua ilicitude⁴¹.

⁴⁰ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *Ob. Cit.*, p. 107 § último, p. 110 e 111, anotação 145.

⁴¹ Cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Teoria Geral do Crime, Direito Penal, Parte Geral, Volume II*, 2004, Ed. UCP., pp. 88 e 133.

II. Agentes do crime com poderes de decisão

1. Atribuições e competência das autarquias locais

As atribuições e competências⁴² dos órgãos do município estão estabelecidas na Lei n.º 159/1999, de 14.09, que estabeleceu o quadro de transferência de atribuições e competências para as autarquias locais na vertente da densificação infra-constitucional, enquanto corolário do princípio da descentralização administrativa.

A Lei n.º 169/1999, de 18.09, na redacção da Lei 5-A2002, de 11.01, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2011 de 30.11, estabeleceu o quadro de competências bem como o regime jurídico de funcionamento dos seus órgãos, municipais e freguesias, sendo comumente designada Lei das Autarquias Locais (LAL).

Com efeito, dispõe o artigo 2.º, n.º 2, da LAL que são órgãos representativos do município a assembleia municipal e a câmara municipal.

O artigo 56.º da LAL, sob a epígrafe “Natureza e constituição” determina que “a Câmara Municipal (CM) é constituída por um presidente e por vereadores, um dos quais designado vice-presidente, e é o órgão executivo colegial do município, eleito pelos cidadãos recenseados na sua área”.

J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴³, opinam que “o órgão executivo do município “é a câmara e não o seu presidente”. Embora a Constituição tenha expressamente previsto a figura do presidente da câmara, ele não é um órgão autónomo da administração municipal.

O órgão executivo do município é a câmara, como *órgão colegial* (cf. o artigo 239º, n.º 3 da CRP), não sendo possível conferir ao presidente, por via legal, competência originária para o exercício de atribuições municipais, podendo contudo a CM delegar-lhe uma parte das suas competências, nos casos previstos na lei.

Por isso, a atribuição directa de poderes ao presidente – ainda que sob a forma de «delegação tácita», operada directamente pela lei, independentemente de qualquer acto de delegação da CM, não tem fundamento constitucional, mesmo quando admite que a

⁴² Esta Lei revogou o DL n.º 77/84, v. Lei n.º 159/99, de 14.09, artigos: 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 13.º, 16.º, 20.º, 24.º, 26.º, 28.º, 29.º e 32.º.

⁴³ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* Constituição da República Portuguesa, Coimbra Editora, Vol. II, 4ª ed., pp. 766-767, anotação ao art. 252.º.

CM possa fazer cessar a delegação, ou reapreciar as decisões do presidente, em via de recurso.

Esta abertura legal veio permitir, na prática, transições silenciosas de um regime de colegialidade para um regime de *presidencialismo municipal*, com violação do «princípio da conformidade funcional» relativamente aos órgãos autárquicos.

A doutrina maioritária inclina-se em sentido contrário, na linha de pensamento de FREITAS do AMARAL⁴⁴ que defende que “não é pelo facto de a Constituição ou as leis qualificarem o presidente da câmara como órgão, ou não, que ele efectivamente é ou deixa de ser órgão do município: ele será órgão ou não, conforme os poderes que a lei lhe atribuir no quadro do estatuto jurídico do município” (...) “hoje isso ainda é mais patente à luz da nova redacção dada pela Lei n.º 18/91, de 12.06, aos artigos 52.º e 53.º da LAL: com esta alteração, não só aumentaram substancialmente os casos de competência própria como foi eliminada a figura fictícia da delegação tácita, transformando a maior parte dos casos em que essa figura se aplicava em casos de pura e simples competência própria⁴⁵.

O presidente da câmara é hoje um órgão de vasta competência executiva, a figura emblemática do município, o verdadeiro chefe da administração municipal: pretender negá-lo é contraditório com o sistema de eleição⁴⁶ directa do presidente da Câmara estabelecido na legislação portuguesa”.

No mesmo sentido ALVES CORREIA⁴⁷ considera que é consagrado um grau de competências do presidente da câmara com âmbito mais alargado; e MARCELO CAETANO⁴⁸, que repona que «a competência vem sempre da lei», não se presume e é da lei que resulta, salvo se implícita.

⁴⁴ Cfr. FREITAS do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Volume I*, pp. 496-497.

⁴⁵ Cfr. Ac. STJ de 12.12.1996, Proc., n.º 96B806, em que se discutia a competência do órgão como executivo colegial (presidente e vereadores) em matéria de competência para “instaurar pleitos e defender-se deles” nos termos do artigo 30.º da Lei 100/84 e n.º 1 alínea f) do art. 51.º que com a redacção introduzida pela Lei 18/91, de 12.06 na disposição da alínea e) do n.º 2 do art. 53.º da citada Lei, deslocou-se a competência para o presidente da CM em que se procurou acabar com a delegação dessa competência mas salientando que a mesma já se encontrava tacitamente delegada na redacção primitiva da Lei no art. 52.º n.º 1. «Os actos dos “órgãos” são actos da própria pessoa a que pertencem mas o “órgão” é servido por vontades humanas, no caso das câmaras municipais, por um presidente e vereadores».

⁴⁶ Cfr. LO n.º 1/2001, de 14.08, com as alterações introduzidas pelas LO n.º 5-A/2001, de 26.11, LO n.º 3/2005, de 29.08, , LO n.º 3/2010, de 15.12, e LO n.º 1/2011, de 30.11, arts. 1.º; 154.º; 220.º; 225.º.

⁴⁷ Cfr. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do urbanismo*, pp. 181-182.

⁴⁸ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª Reimpressão port. Coimbra, 1996, p. 116.

Com efeito, o artigo 250.º da CRP e o artigo 2.º da LAL são órgãos municipais “a Assembleia Municipal, a Câmara Municipal e o Presidente da Câmara Municipal”^{49 50} o qual, não sendo expressamente mencionado nos citados preceitos na sua qualidade de órgão, não pode deixar de ser considerado como tal, tendo em conta as inúmeras competências “próprias” com carácter decisório que a lei lhe atribui.

2. Procedimentos e titulares da decisão

2.1. O licenciamento de operações urbanísticas

O Licenciamento de operações urbanísticas é uma competência originária da Câmara Municipal que pode ser delegada no Presidente da Câmara e subdelegada nos vereadores, *r.g.* no vereador do pelouro do urbanismo.

Impõe-se averiguar quem é o sujeito activo da decisão à luz do disposto no artigo 4.º, n.º 2, do RJUE, tendo em conta a patente falta de articulação entre este preceito e a LAL, que regula especificamente as competências dos órgãos ou funcionários das autarquias locais.

Desta análise poderemos retirar, em relação às operações de loteamento, obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos que devemos aplicar o RJUE (cf. artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) e b) considerando que a LAL não faz referência específica a esta matéria, limitando-se, de acordo com a n.º 7 do artigo 64.º, n.º 7, alínea d), a determinar que: “compete à câmara municipal exercer as demais competências legalmente conferidas, com vista ao prosseguimento normal das atribuições do município”.

Destarte, a CM é o órgão com competências originárias para licenciar operações de loteamento, obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do RJUE.

⁴⁹ Cfr. M. JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, *Governo e Administração Local*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 120 e ss.

⁵⁰ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Ob. Cit.*, pp. 496-497.

2.2. Aprovação de projectos de arquitectura, licença de autorização de utilização, informação prévia e comunicações prévias

A aprovação do projecto de arquitectura é uma competência originária da CM, com poderes de “delegação no presidente da câmara” (cf. o artigo 20.º do RJUE por remissão do artigo 64.º, n.º 7, alínea d) e do artigo 65.º da LAL).

Até à entrada em vigor da Lei n.º 60/2007, que introduziu profundas alterações ao artigo 6.º, n.º 3, do RJUE que sujeitava a autorização administrativa várias operações urbanísticas, as normas deste procedimento foram revogadas ficando reduzidas à licença de utilização de edifícios ou fracções e, deste modo, esvaziando o seu conteúdo.

Este procedimento é uma competência originária do presidente da câmara como disposto no n.º 2 do artigo 5.º do RJUE, diploma que institucionalizou o procedimento de controlo prévio.

Esta competência pode ser “delegada” pelo presidente da câmara nos vereadores, com a faculdade de “subdelegação” nos dirigentes⁵¹ dos serviços municipais ou delegada directamente pelo presidente da câmara nos referidos dirigentes.

Do mesmo modo nos termos do artigo 64.º, n.º 2, do RJUE é da competência do presidente da câmara com a faculdade de delegação nos vereadores e subdelegação nos dirigentes dos serviços a realização das vistorias aos edifícios quando a lei as determine.

O procedimento de informação prévia é uma competência originária da CM podendo ser delegada no presidente da câmara e nos vereadores, nos termos do n.º 4 do artigo 5.º do RJUE. Trata-se de um procedimento facultativo que é colocado ao dispor do particular.

Na redacção actual do RJUE, a admissão dos actos das comunicações prévias previstas no artigo 5.º, n.º 2, é uma competência originária do presidente da câmara podendo delegar esta competência nos vereadores, com a faculdade de subdelegação nos dirigentes dos serviços municipais.

⁵¹ Cfr., Lei n.º 49/2012, de 29.08, artigo 4.º, n.º 1: os cargos de Dirigentes das câmaras municipais são os seguintes: a) Director municipal, que corresponde a cargo de direcção superior do 1.º grau; b) Director de departamento municipal, que corresponde a cargo de direcção intermédia do 1.º grau; c) Chefe de divisão municipal, que corresponde a cargo de direcção intermédia do 2.º grau.

A delegação nos funcionários dirigentes do poder de admitir ou rejeitar as comunicações prévias suscita algumas dúvidas dado não ser claro *se a rejeição* corresponde a um acto decisório da competência dos titulares de cargo político para a sua aprovação. Com efeito, o procedimento de comunicação prévia é regulado nos artigos 34.º a 36.º-A do RJUE. Ora, o artigo 36.º, n.º 1, remete para o artigo 11.º n.º 1, que nos diz que é da competência do presidente da câmara “decidir” contrariamente ao disposto no n.º 10 que estabelece que as competências previstas nos números 1 a 4 e no n.º 11 podem ser delegadas nos vereadores com a faculdade de subdelegação ou nos dirigentes dos serviços municipais.

2.3. O gestor do procedimento e instrução

Uma inovação introduzida pela Lei n.º 60/2007, de 04.09, é a figura do gestor do procedimento que é nomeado pelo do órgão responsável para a respectiva instrução que tem início na fase de saneamento e termina com a proposta de decisão na apreciação dos processos de licenciamento, comunicação prévia ou autorização.

O gestor do procedimento é baseado na estrutura de matriz horizontal, abandonando-se a matriz vertical do procedimento, tendo o legislador como fonte de inspiração⁵² as formas executivas da administração indirecta do Estado.

O gestor do procedimento tem competências próprias (artigo 8.º, n.º 2 do RJUE) e age na dependência do administrador da instrução que é o órgão com competência para proferir a decisão final.

Com a aprovação deste quadro legal, os procedimentos no âmbito do regime das operações urbanísticas de intervenção necessária das autarquias locais são os seguintes, como resulta das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 4.º, n.º 1 do RJUE ⁵³:

⁵² Cfr. Lei 4/2004, de 15.01, conjugada com o DL 305/2009, de 23.10, onde se distinguem a organização das estruturas matriciais hierarquizadas e horizontais.

⁵³ Como resulta das profundas alterações introduzidas pelo DL 26/2010, de 04.09, procurou –se responsabilizar todas as partes entidades/particulares e simplificar os procedimentos.

- Procedimento sujeitos licença administrativa (artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) a f) e n.º 3);
- Procedimentos sujeitos a comunicação prévia (artigo 4.º, n.º 4, alínea a) a h);
- Procedimentos sujeitos a autorização (artigo 4.º, n.º 5).

3. Acto Administrativo: deliberação e decisão

A fundamentação do acto administrativo decisório de aprovação ou indeferimento enuncia expressamente os motivos de facto e de direito que determinaram o seu autor à prolação do mesmo.

A fundamentação deve ser entendida como o “dever de enunciar expressa e sucintamente as razões ou motivos de facto e de direito do acto administrativo”⁵⁴, ou seja a fundamentação só é suficiente quando permita a um destinatário normal aperceber-se do itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pelo autor do acto para proferir a “decisão”.

Este dever de fundamentar o acto é um objectivo essencial na defesa do interesse público, na defesa do administrado e tem uma função de autocontrolo da Administração⁵⁵, podendo o acto consubstanciar-se num simples “concordo”, “indefiro” ou “nego provimento ao recurso” exarado sobre a informação final do procedimento, circunstância na qual se traduz numa decisão fundamentada por remissão, legalmente permitida nos termos do artigo 125.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA), acolhendo como sua a informação o autor da decisão por nela não encontrar dúvidas e pretendeu dar-lhe acolhimento⁵⁶.

Neste sentido SANTOS BOTELHO, A. PIRES ESTEVES e J. CÂNDIDO PINHO⁵⁷, entendem que “*concordo* ou *aprovado* são fórmulas pelas quais o órgão exprime a sua *adesão* à matéria proposta dos serviços ou parecer junto ao processo”, referindo os mesmos autores: “basta a este nível, uma declaração inequívoca, que não deixe dúvida quanto à identificação da fundamentação do acto, podendo não ser imperativo referir no acto administrativo em causa que se concorda com a informação o parecer ou a proposta que antecede”⁵⁸. Ainda de acordo com estes autores, que exprimem inequivocamente o sentido da doutrina maioritária, “o acto singelo e seco de concordo e aprovo obedece ao

⁵⁴ Cfr. OSVALDO GOMES, *Fundamentação do Acto Administrativo*, 2ª ed., p. 52.

⁵⁵ Cfr. RUI MACHETE, *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, p. 380. No mesmo sentido, RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif*, I, p. 775.

⁵⁶ Cfr. Ac. do STA de 17.06.98, proc.º n.º 041.980.

⁵⁷ Cfr. SANTOS BOTELHO, PIRES ESTEVES e Outros, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, 5ªed., p. 462.

⁵⁸ *Idem*, p. 713.

dever de fundamentação - artigos 124.º e 125.º do CPA - se as propostas ou pareceres em que se baseiam contêm os necessários fundamentos”⁵⁹.

De acordo com a corrente Jurisprudencial do STA ⁶⁰, a fundamentação do acto administrativo pode consistir em mera declaração de “concordância” com os fundamentos de anterior parecer, informação ou proposta, não exigindo uma declaração formal expressa, mas uma declaração inequívoca que não deixe dúvidas quanto à identificação dos fundamentos do acto.

Daqui resulta um elevado grau de dificuldade em definir o autor do acto decisório como sujeito activo no artigo 382.º-A do CP e no artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, considerando que haveria de presumir-se que o “decisor” ao aderir à informação prestada pelos técnicos do departamento urbanístico teria conhecimento da informação e da respectiva conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis.

De qualquer modo, para efeitos de “acto decisório de licenciamento ou de aprovação” o funcionário fica sempre excluído por incompetência absoluta, tendo em conta que não existe lei habilitante que permita a delegação ou subdelegação de poderes para a prática de um acto que é exclusivo dos titulares de cargo político como órgão plenário ou órgão presidente da câmara ou vereador por delegação ou subdelegação de poderes.

Já assim não é se o “decisor” que é o titular de cargo político e eleito local, não concordar com a informação dos técnicos – que é mera proposta de decisão - e tomar a iniciativa de proceder à sua alteração invocando motivos ponderosos, actuando em violação das normas urbanísticas e regulamentos aplicáveis.

⁵⁹ *Idem*, p. 462.

⁶⁰ Cfr. Ac. STA proc., n.º 034707, de 16.2.1995; Ac. STA, Rec. N.º 032702, de 10.11. 1998; Ac. STA n.º 034687, de 18.3.1999; Ac. STA n.º 02026/02, de 30.1.2003; Ac. STA n.º 01053, de 5.11.2003; Ac. STA n.º 0904/05, de 6.2.2007; in, *www.dgsi.pt*.

4. Competência e Delegação de Poderes

Os órgãos com competências originárias podem, desde que exista lei habilitante, delegar as suas competências com poderes de subdelegação noutro órgão.

Com efeito, o princípio da legalidade ínsito no CPA, determina que só se podem exercer as competências que legalmente tenham sido cometidas aos respectivos órgãos. Quer isto dizer que este princípio deve ser entendido “nos quadros da conformidade” e não nos da “compatibilidade”⁶¹.

No que concerne à delegação das competências nos municípios, o presidente da câmara pode delegar ou subdelegar nos vereadores as suas competências próprias ou delegadas pela CM, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, da LAL.

ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES, PACHECO DE AMORIM⁶² definem a delegação de competências como «um acto pelo qual um órgão transfere para outro o poder de exercício normal de uma competência cuja titularidade lhe pertence (primária ou originariamente).»

São três os requisitos da delegação de poderes:

- A lei de habilitação, uma lei que preveja a possibilidade de um órgão poder delegar poderes noutro;
- A existência de dois órgãos ou de um órgão e um agente: um órgão normalmente competente e outro eventualmente competente;
- A prática do acto de delegação propriamente dito, acto pelo qual o delegante concretiza a delegação de poderes no delegado⁶³.

Havendo lei habilitante para a delegação das competências em causa, o presidente da câmara se pretender delegar as suas competências nos vereadores, terá de praticar o acto de delegação expresso.

Para além da delegação, as competências do presidente da câmara poderão ser exercidas por substituição. Com efeito, o n.º 3 do artigo 57.º da LAL prescreve que «o presidente designa, de entre os vereadores, o vice-presidente, a quem, para além de outras funções que lhe sejam atribuídas, cabe substituir o primeiro nas suas faltas e impedimentos».

⁶¹ Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, COSTA GONÇALVES PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

⁶² *Idem*, p. 210.

⁶³ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Ob. Cit*, p. 663

O presidente da câmara pode ainda delegar competências no vice-presidente dado o seu estatuto de eleito vereador e desta forma este poderá actuar concomitantemente em regime de suplência ou por delegação de poderes.

4.1. Competência do presidente da câmara e delegação de poderes nas operações urbanísticas

O artigo 68.º, n.º 2, da LAL define as competências próprias do presidente da câmara das quais destacamos:

- *alínea l)*; conceder, nos casos e nos termos da lei, licenças ou autorização de utilização de edifícios;
- *alínea m)*; embargar e ordenar a demolição de quaisquer obras, construções ou edificações efectuadas por particulares ou pessoas colectivas, sem licença ou com inobservância das condições dela constantes, dos regulamentos, das posturas municipais ou medidas preventivas, de normas provisórias, de áreas de construção prioritária, de áreas de desenvolvimento urbano prioritário e de planos municipais de ordenamento do território plenamente eficazes;
- *alínea n)*; ordenar o despejo sumário dos prédios cuja expropriação por utilidade pública tenha sido declarada ou cuja demolição ou beneficiação tenha sido deliberada, nos termos da alínea c) do n.º5 do artigo 64.º, mas nesta hipótese, só quando na vistoria se verificar a existência de risco eminente de desmoronamento ou impossibilidade de realização das obras sem grave prejuízo para os moradores dos prédios;
- *alínea p)*; determinar a instrução de processos de contra-ordenação e aplicar as coimas, nos termos da lei, com a faculdade de delegação em qualquer dos restantes membros da câmara.

O artigo 69.º, n.º 2, da LAL prevê que o presidente da câmara possa delegar ou subdelegar nos vereadores o exercício da sua competência própria ou delegada.

Já o artigo 70.º da LAL dispõe que o presidente da câmara ou os vereadores podem delegar ou subdelegar a sua competência no dirigente máximo da respectiva unidade

orgânica no que respeita às matérias previstas nas alíneas a), c), g), h), l), r), t), u) e v) do n.º 1; e da alínea e), f), h), i), o) e r) do n.º 2 do artigo 68.º.

Atento o conteúdo destas disposições legais e conjugando-as com o disposto no RJUE, conclui-se pela inexistência, a nível autárquico, de lei de habilitação que permita delegar ou subdelegar nos funcionários dirigentes o poder para a prática de actos decisórios/aprovação de obras de construção, urbanização, operações de loteamento, ordens de demolição, ordens de despejo, cujas competências ficam no âmbito restrito dos titulares de cargos políticos.

A excepção a esta regra é o acto de autorização, esvaziado que está da doutrina do artigo 4.º n.º 3 do DL 177/2001, de 04.06, por efeito da Lei 60/2007 que o reduziu à mera utilização de edifícios e que pode ser delegado no pessoal dirigente.

Compreende-se que assim seja, atendendo a que com a prolação de uma qualquer decisão nesse âmbito constituem-se responsabilidades no âmbito da responsabilidade civil para o município, que só o executivo camarário pode assumir.

II – Elementos Agentes do Crime de Violação das Regras Urbanísticas

1. Os sujeitos activos

A técnica legislativa usada para definir o conceito de agentes activos nos artigos 278.º-A e 382.º-A do CP, foi inspirada no Código Penal Espanhol de 1995, e traduziu-se numa cópia mal elaborada «como base matricial para a descrição da conduta típica (do funcionário - artigo 382.º-A e artigo 18.º-A, do crime de prevaricação (sobretudo no que toca à descrição dos elementos subjectivos...)»⁶⁴».

Este facto dificulta a integração deste conceito de funcionário para a prática dos ilícitos previstos nos referidos preceitos ou seja, a “violação das regras urbanísticas” e a uma correcta interpretação da lei considerando que o Código Penal Espanhol já previa diversas prevaricações administrativas mas não o Código Penal Português cuja fonte se inspira nos códigos germânico, francês e italiano.

1.1. Os sujeitos activos do artigo 278.º-A

Os sujeitos activos que podem integrar o conceito de agente do tipo do objecto de acção previsto no artigo 278.º-A serão os participantes no processo de construção, reduzido ao círculo de sujeitos activos: proprietários, promotores, construtores e técnicos, fundamentando-se esta técnica de selecção na capacidade para a acção criminosa destes sujeitos activos em função da infra-estrutura, capacidade e poder económico para lesar o bem jurídico protegido.

Particular promotor para o comércio⁶⁵, é a pessoa física que detém os meios económicos e promove a construção;

Construtor civil ⁶⁶ é a pessoa física que tem uma relação contratual com o promotor e dispõe dos meios materiais e humanos para proceder à execução⁶⁷ da construção; sendo

⁶⁴ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *Ob. Cit.*, pp. 110-111.

⁶⁵ Cfr. DL n.º 12/2004, de 9.1, art.º 4.º, n.º 3: definição do conceito de empresa, ou sociedade que se dedica à actividade de comercialização de edificações ou urbanizações, loteamentos e outros imóveis.

⁶⁶ Cfr. *Idem*, alínea b) do art.º 3.º designação do conceito construtor, e artigo 29.º, que regula o contrato de empreitada, o poder de celebrar contratos.

⁶⁷ Cfr. *Idem*, Artigo 29.º alínea e).

o técnico director⁶⁸ da obra, que para o efeito faz parte do quadro do pessoal da empresa, a pessoa física que é detentora de uma licenciatura em engenharia ou arquitectura que assume a responsabilidade pela execução do cumprimento das regras estabelecidas no projecto de construção da obra a levar a efeito.

O dono do terreno⁶⁹ segundo CARMO DIAS, deverá ser incluído na categoria de sujeito activo, porquanto a inclusão da expressão “proceder” na descrição do ilícito-tipo obriga à inclusão dos proprietários no catálogo dos potenciais agentes deste crime.

Técnico subscritor dos projectos de licenciamento é o responsável pelas declarações prestadas no termo de conformidade com as normas e regulamentos aplicáveis ao pedido do procedimento (cfr. RJUE, artigos 10.º, 67.º, e 100.º, n.º 2, conjugado com o artigo 98.º, alíneas e) e f), do RJUE e com o artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Lei n.º 31/2009, de 03.07).

É da maior importância a relação dos sujeitos descritos no artigo 278.º-A quando actuam em co-autoria organizada, o que, como já referimos, requer uma determinada infra-estrutura e capacidade material e económica.

Este facto, por si só, leva a excluir desta possibilidade de co-autoria da infracção o particular que procede à construção isolada de uma habitação, com desrespeito pelas normas urbanísticas sem a necessária licença e sem recurso aos meios técnicos, desde logo porque não é provável que saiba onde pode, ou não, construir.

No que se refere à conduta típica do artigo 278.º-A, quanto ao acto de construir ou edificar em solos de especial protecção terá, necessariamente, de se demonstrar nas infracções administrativas um patamar mínimo de relevância penal. Este patamar mínimo é determinado sempre que é verificada a exigência de que a construção ou edificação se encontre em solos não autorizados ou não autorizáveis que gozem de especial protecção.

Com isto queremos dizer que de todas as possíveis infracções urbanísticas o direito penal só sanciona aquelas baseadas na ausência de normas que permitam qualquer intervenção urbanística em solos especialmente protegidos, sem que o acto possa ser

⁶⁸ Cfr. *Idem*, n.º 4 do artigo 9.º.

⁶⁹ Cfr. CARMO DIAS, *Ob. Cit.*, pág. 38.

sanável, já que de modo algum poderia obter-se a autorização conforme a normativa urbanística no momento da execução da obra.

Do mesmo modo, os conceitos de construção e edificação requerem uma categoria determinável de modo a que se possa concluir estarmos perante uma infracção penal. É por exemplo o caso de uma construção que exige identificar-se como estrutura permanente⁷⁰ e de certa relevância, “não” sendo puníveis as obras de escassa relevância urbanística⁷¹.

Quanto à edificação o limite de relevância penal é ultrapassado quando estamos perante obra nova de construção que pressuponha uma intervenção total em edifícios classificados ou sobre os quais impenda algum tipo de protecção.

Quanto a obras de ampliação, modificação, reforma ou reabilitação com alteração da configuração arquitectónica dos edifícios, as obras que constituam instalações fixas, equipamento próprio, bem como os elementos de urbanização que permaneçam adstritos ao edifício, é necessário para terem relevância penal que revistam uma identidade tal, que possa articular-se com base em questões como a volumetria e a permanência destas obras ou instalações mesmo inacabadas e que permita afirmar-se que afectam de forma relevante o solo protegido no n.º 1 do artigo 278.º-A do CP.

No que se refere ao tipo de solo sobre o qual é proibido, para efeitos penais, construir ou edificar, ou outro tipo de intervenção urbanística também o legislador estabeleceu um patamar mínimo relevante ao identificar os solos especialmente protegidos: solos destinados a vias de circulação, REN⁷², RAN⁷³, zonas verdes, bens do domínio público, albufeiras, recursos hídricos, ou sítios⁷⁴ que tenham valor paisagístico juridicamente tutelado, ecológico, artístico, histórico, cultural e solos não urbanizáveis que são solos

⁷⁰ Cfr. Ac. do STA n.º 00219/06.0BEBRG da 1ª Secção de 4.6.2009, in *www.dgsi.pt*, que considera obra fixa a base de suporte destinada à colocação de Antenas de Telecomunicação, DL 11/2003, sujeitas a “autorização de localização” das Câmaras Municipais para efeitos de controlo da localização em áreas de protecção legal, no caso em área integrada em RAN, DL 73/2009. Uma excepção à actual redacção das autorizações previstas no n.º 4 do artigo 4 do RJUE que se esvaziou do conteúdo doutrinal com a entrada em vigor da Lei 60/2007 e actual n.º 5 do artigo 4.º na redacção do DL 26/2010, de 30.03.

⁷¹ Cfr. RJUE, *alínea m*) do artigo 2.º e 6.º-A Refere-se a obra a que aludem aos elementos físicos de escassa relevância urbanística.

⁷² Cfr. DL n.º 166/2008, de 22.8. Cfr., também artigo 10.º do RJIT.

⁷³ Cfr. DL n.º 73/2009, de 31.3.

⁷⁴ Cfr. DL n.º 46/2009, de 20.2, art.º 12.º.

de especial protecção descritos em planos nacionais, solos florestais⁷⁵ e zonas de subsolo mineral⁷⁶.

1.2. Os sujeitos activos do artigo 382.º-A do Código Penal

O artigo 382.º-A do Código Penal e o artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, especificam a qualidade dos agentes em termos absolutamente claros: ou são funcionários ou são titulares de cargos políticos.

Esta categorização dos agentes decorre, necessariamente, da descrição do ilícito-tipo; ou seja, só funcionários – um certo tipo de funcionários⁷⁷ – ou titulares de cargos políticos – determinados eleitos locais, porque são aqueles agentes que detêm poderes e competências para intervir em procedimentos urbanísticos - é que podem, concretamente, praticar a acção ilícita típica.

Quanto ao objecto há uma relação específica do tipo fundamental previsto e punido no n.º 1 e do tipo agravado do n.º 2 dos citados preceitos em que os sujeitos activos são respectivamente funcionários (artigo 386.º, n.º 1, *alínea d*), do CP) e titulares de cargo político (artigos 1.º, 2.º, 3.º, n.º 1, *alínea i*) da Lei n.º 34/87).

É importante notar que o n.º 1 do artigo 382.º-A abrange, dada a especificação contida no n.º 2 do mesmo preceito, os actos ilícitos praticados em solos urbanizáveis. Aqui, o legislador como que expande o alcance da norma, no sentido em que não só penaliza a construção ilegal em solos onde ela não deverá ocorrer como dá dignidade penal ao cumprimento das regras de urbanização nos locais onde a lei permite construir. Desta forma, o legislador pretendeu, a nosso ver, “obrigar” os decisores intervenientes em procedimentos de urbanização a agirem com transparência, isenção e integridade e a demonstrarem perante os administrados que a administração pública rege-se por estritos critérios de legalidade.

Ou seja, quem informar ou decidir favoravelmente em processo de licenciamento ou autorização, ou prestar declarações falsas sobre leis ou regulamentos aplicáveis em

⁷⁵ *Idem*, art. 13.º.

⁷⁶ *Idem*, art. 10.º a 19.º.

⁷⁷ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *O Conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008, p. 25-26.

vigor à data da prática do acto, dada a sua qualificação de “funcionário”, comete um crime que é agravado em função dos bens jurídicos protegidos no n.º 2 do artigo 382.º-A CP.

Por se tratar de tipos-legais introduzidos recentemente no nosso ordenamento jurídico não existe, sobre esta matéria, doutrina e jurisprudência abundantes.

Não obstante é já possível divisar uma crítica pertinente à construção formal das normas e à definição dos sujeitos agentes destes crimes.

Para DAMIÃO da CUNHA a definição dos sujeitos agentes do crime previsto nos artigos 382.º-A do CP e 18.º-A da Lei 34/87 constitui “uma incoerência do legislador nacional”, o qual se socorre, para descrever a conduta típica quanto à descrição dos elementos subjectivos⁷⁸ do crime de prevaricação do artigo 369.º do CP. Com efeito este crime de prevaricação bem como o de denegação de justiça não é aplicável a todo e qualquer funcionário, afastando a administração pública e os eleitos locais quando actuam no âmbito da prática de actos meramente administrativos⁷⁹.

Como nota PINTO de ALBUQUERQUE, “a actuação contra direito inclui não apenas a interpretação objectivamente errada da norma, mas também a incorrecta apreciação e subsunção dos factos à norma, seja em decisão interlocutória ou final, singular ou colectiva”⁸⁰.

No mesmo sentido, MEDINA SEIÇA, esclarece que “não se exige que (...) o prejuízo ou benefício de uma pessoa tenham efectivamente ocorrido, bastando (...) a existência daquele particular elemento intencional”⁸¹.

Já para CARMO DIAS, “o acto de conduzir ou decidir *contra direito*, significa (por acção ou omissão) contra a lei, de forma ilegal, seja contra norma vigente ou contra princípios ou interesses protegidos. No fundo está em causa o abuso da função do titular de cargo político e a consequente violação do dever de respeito pela legalidade, de actuação com

⁷⁸ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma...*, *Ob. Cit.*, pp. 110-111.

⁷⁹ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Ob. Cit.*, p. 962, anotação 5-6. O crime de prevaricação no seu correcto sentido é forçoso que a actuação do funcionário, sujeito activo actue no exercício dos “deveres de cargo” em cada caso concreto só abrange funcionários magistrados, funcionários judiciais, jurados.

⁸⁰ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Ob. Cit.*, p. 872, quanto ao crime de denegação de justiça e prevaricação previsto no artigo 369.º do CP, onde igualmente se refere na actuação “contra direito”.

⁸¹ Cfr. MEDINA SEIÇA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, p. 622, também quanto ao crime de denegação de justiça e prevaricação previsto no artigo 369.º do que também se refere à «intenção de prejudicar ou beneficiar alguém» ”.

imparcialidade, com objectividade e com justiça, inerentes ao cargo, o que conduz a um «desvio de poderes»⁸².

O desvio de poder é o vício que consiste no exercício de um poder discricionário por um motivo determinante que não condiga com o fim que a lei visou conferir aquele poder⁸³. Na jurisprudência do STA é condição relevante para a anulação de acto que a administração actue com dolo, com o propósito consciente e deliberado de prosseguir um fim ilegal, isto é, quando se verifica que o motivo da prática do acto não condiz com o fim específico para o qual a lei entregou ao órgão administrativo o poder, ainda que se tenha prosseguido o fim atinente ao interesse público em desobediência à lei⁸⁴.

O legislador remete para “funcionário” para efeitos do artigo 386.º-A da presente lei, como agente do crime, não definindo, em concreto, quem é funcionário.

Assim sendo, teremos que considerar este conceito e funcionário em sentido lato.

Recorrendo à doutrina explanada por PINTO DE ALBUQUERQUE⁸⁵, este autor nada esclarece sobre a questão, tão só nos indica que a “inserção sistemática do novo crime na secção relativa aos crimes de abuso de autoridade sublinha a violação dos deveres funcionais do funcionário distinguindo-o claramente do crime contra a realização da justiça, o crime de denegação de justiça e prevaricação”. Com efeito, releva para efeitos da comissão do crime de violação das regras urbanísticas “a violação dos deveres funcionais”, do funcionário autárquico mas não basta.

É necessário definir quem é funcionário de facto, funcionário com “poderes de cargo”⁸⁶ para intervir no acto concreto que pode integrar o conceito para efeitos penais para a prática do ilícito: informe, decida favoravelmente em processo de licenciamento, autorização ou preste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 243.º da CRP dispõe que “o regime jurídico aplicável aos funcionários e agentes da administração local é o mesmo dos funcionários e agentes do

⁸² Cfr. CARMO DIAS, Comentário ao artigo 11.º, PINTO DE ALBUQUERQUE, coord. II – JOSÉ BRANCO CDU 343.2, in *Comentário das Leis Penais Extravagantes* – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 752, Anotação 16.

⁸³ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Ob. Cit.*, p. 308.

⁸⁴ Cfr. Ac. do STA n.ºs 008236, de 16.06.73; Ac. n.º 017518, de 18.03.99; Ac. n.º 045631, de 23.01.2001, in www.dgsi.pt.

⁸⁵ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *Ob. Cit.* p. 1015.

⁸⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Ob. Cit.*, p.749.

Estado” (...), determinando que “os órgãos das autarquias locais devam respeitar (...) o respectivo estatuto disciplinar⁸⁷ estabelecido na Lei n.º 58/2008, de 09.09.⁸⁸

Resulta do exposto que, a nosso ver, os funcionários meramente administrativos não integram o conceito de funcionário para efeito da lei penal; logo, ficam excluídos do núcleo de agentes do crime de violação das regras urbanísticas.

Com efeito, há a necessidade de recorrer a legislação complementar que nos permita concluir de entre o universo de funcionários quem é o titular de poderes que preencha as qualidades para a prática dos actos desta nova incriminação.

Como decorre da legislação subsidiária, designadamente da LAL e do RJUE, a decisão administrativa em matéria de urbanismo é uma sequência de actos que seguem um procedimento horizontal que começa, na autarquia, com a intervenção do gestor do procedimento administrativo, cuja função está limitada à recepção do requerimento e à verificação formal dos elementos que o integram e a comunicar ao particular os actos procedimentais.

Cabe ao gestor técnico⁸⁹, que integra o departamento de licenciamento de obras particulares (habitualmente designado Divisão de Gestão Urbanística), nomeado pelo administrador do procedimento que é o órgão competente para a prática da decisão final, o qual intervém após o despacho saneador exarado pelo Director de Departamento administrativo (cf. n.º 10 do artigo 11.º do RJUE), verificar se a pretensão observa a legislação em vigor e os planos de ordenamento.

Com efeito o funcionário “gestor técnico” promove todas as diligências necessárias enviando um exemplar para cada entidade externa ao município que por força da Lei deva pronunciar-se sobre o pedido e pratica os actos necessários no procedimento até à fase final que termina com a emissão da informação final concluindo com a “proposta de decisão”.

Esta proposta de decisão é exarada e subscrita no procedimento, sendo submetida à apreciação do superior hierárquico (um dirigente, em regra um chefe de divisão) com um sentido de decisão, podendo ser “deferimento” ou “aprovação” se se tratar de

⁸⁷ *Idem*, anotação I e II p. 750.

⁸⁸ Cfr. Art.º 1, n.º 2 do art.º 2, art.º 3.º, at.º 7 da Lei 58/2008, de 9.9, que definem o vínculo dos funcionários autárquicos ao regime da função pública e deveres na prossecução do interesse público sob pena de sanção disciplinar ou expulsão em caso de violação desses deveres gerais ou especiais com culpa grave ou mera culpa.

⁸⁹ Cfr. RJUE, artigos 8.º, 9.º, 13.º 13.º-B e 64.º.

pretensão que cumpra as leis e regulamentos aplicáveis em vigor; ou com um sentido de “indeferimento” quando esteja perante pretensão que viole as leis e os regulamentos em vigor. Esta proposta é remetida sob a fórmula “à consideração superior”.

O dirigente do serviço, em regra o Chefe da Divisão de Gestão Urbanística, limita a sua intervenção à apreciação da Proposta de Decisão e, se estiver de acordo com a proposta de decisão, apõe a fórmula: “concordo”.

A fase procedimental seguinte é a remessa do processo, para decisão final, ao titular do órgão competente com poder de decidir – a Câmara Municipal – ou o Presidente da Câmara ou o Vereador com o pelouro das obras particulares, se se tratar de competência que esteja delegada ou subdelegada.

Atenta a sequência dos actos no procedimento e a relevância que cada um deles tem para a formação da decisão final teremos que concluir que serão sujeitos activos para a prática do crime quem informe⁹⁰, ou preste informação falsa sobre leis ou regulamentos aplicáveis no procedimento de licenciamento, comunicação prévia ou de autorização (procedimentos do RJUE ou do RGEU⁹¹).

A mesma situação se verifica no procedimento de “Informação Prévia⁹²” (que não se confunde com “Comunicação Prévia”) sendo um meio facultativo que o RJUE coloca

⁹⁰ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *A Reforma...*, *Ob. Cit.*, p. 112. Em anotação 146: sobre o significado da expressão “informe” que o legislador nacional utilizou sendo que no Código Penal Espanhol consiste num relatório global contendo todas as informações técnicas e jurídicas que fundamentam a decisão. No ordenamento administrativo português será o equivalente à “proposta de decisão” final do procedimento em que não é prática habitual constar o parecer jurídico. Este parecer jurídico é habitual a sua utilização pelo órgão decisor quando pretende inverter o sentido da proposta de decisão que indo em sentido de indeferimento pretende “iludir a lei” para deferir a pretensão alegando motivos de ponderação para violar a lei a que deve obediência por não estar perante opções a ponderar que só existem quando actua dentro dos seus poderes discricionários.

⁹¹ Cfr. Assim PEDRO CAEIRO, a propósito do crime de denegação de justiça e prevaricação (artigo 369º), in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, págs. 614, 617 e 618.

Embora a propósito de titular de cargo político, defende-se no Ac. do STJ de 2.3.1994, proc. nº 045044 (in *www.dgsi.pt*) que não incorre no crime de prevaricação, nem no crime de denegação de justiça, “o Presidente da Câmara que, fundado num parecer de jurista da sua Câmara, defere um pedido de licenciamento de obras, ainda que estas não estejam conforme ao RGEU”. Decisão que não perfilhamos, por demonstrativa de um crime em comparticipação que deveria ter uma decisão de mérito nos termos legais. Como é evidente este meio de recurso ao parecer do jurista, excepcional nas autarquias locais, visa “iludir a lei” para favorecer amigos ou um “acto acordado” mais coincidente com o crime de corrupção.

⁹² Cfr. Ac. do STA n.º 01018/08, de 12.3.2009 (in *www.dgsi.pt*) onde se afirma: “A informação prévia fornecida pela câmara municipal é um acto administrativo horizontal e verticalmente definitivo que, em

ao dispor do particular (artigo 14.º), mas que é constitutivo de direitos na esfera deste, cujo procedimento segue a via dos demais procedimentos em matéria de competências, nomeadamente de pareceres (artigos 13.º, 13.º-A e 13.º-B), emissão de informação final e proposta de decisão ou aprovação sendo da competência da Câmara Municipal (artigo 16.º), o poder de decidir, sem prejuízo de delegação do poderes.

Do exposto conclui-se que o funcionário gestor técnico do procedimento ou o chefe de divisão, a nível autárquico, não é sujeito activo para a prática do crime “decidir” previsto no artigo 382.º-A do CP e 18.º-A da Lei n.º 34/87, por incompetência absoluta. Ainda que estes agentes actuem com poderes delegados ou subdelegados, estamos perante actos nulos⁹³ por inexistência de lei de habilitação o que poderia levar à existência do crime de usurpação de poderes.

Sobre este tipo de crime refere FREITAS do AMARAL que a sua verificação “consiste na prática por um órgão administrativo de um acto incluído nas atribuições do poder legislativo, do poder moderador ou do poder judicial⁹⁴.”

1.3. Sujeitos activos do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87: o titular de cargo político

É agente do crime previsto e punido no artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, na redacção da Lei n.º 41/2010, de 03.09, o sujeito eleito local definido no artigo 3.º, n.º 1, *alínea i*), quando na actuação do exercício das suas funções como eleito local e na prática de actos de que está investido seja detentor de competência própria ou delegada para a prática dos actos descritos no artigo 18.º-A, n.º 1.

Com efeito, não é sujeito activo para efeitos da prática do acto incriminador o vereador eleito que exerce funções investido de poderes cuja competência é, por exemplo, o turismo, a habitação social, a educação, o ambiente ou os espaços verdes, entre outras

procedimento conexo, mas distinto do ulterior procedimento tendente ao respectivo licenciamento, aprecia e resolve antecipadamente certos pontos concretos de uma da operação urbanística.

⁹³ Cfr. Ac. STA, Proc. n.º JSTA00057436, de 10.1.2001. Recurso para fixação de jurisprudência por oposição de julgados em que é Autor o Director de Departamento da Direcção Municipal de Construção e Conservação de Edifícios da CML que praticou dois actos ao abrigo de subdelegação de competências indelegáveis por se tratar de competência própria do presidente da câmara só delegável no vereador.

⁹⁴ Cfr. FREITAS do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II 2002, p. 385.

áreas cuja competência não lhe permite intervir em actos da área do pelouro do urbanismo.

Mas já o podem ser quando em deliberação do plenário da CM⁹⁵ decidam com o seu voto favorável sobre a matéria prevista no referido artigo 18.º-A contra as normas ou regulamentos aplicáveis ao caso concreto.

Fora do âmbito do órgão CM será sujeito activo, a título individual, o presidente da câmara, ou o vereador do pelouro do urbanismo.

Com efeito, estes agentes são os únicos que preenchem os requisitos para todas as modalidades ou seja, informe (rectius, informar) ou decida favoravelmente em processo de licenciamento ou de autorização ou preste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis.

Para que o titular de cargo político preencha o requisito “informe” ele terá que discordar com a “proposta de decisão” de indeferimento dos serviços técnicos no procedimento prestando a sua própria informação que contraria aquela que lhe é proposta pelos serviços técnicos. Quando assim procede está a prestar informação no procedimento, informação que, em princípio, devemos considerar falsa por contrariar a informação técnica. Na verdade, pressupondo que a informação técnica atende às leis e regulamentos aplicáveis, uma informação/decisão em sentido contrário traduz-se numa decisão que é contrária às leis e aos regulamentos.

É prática conhecida, nestes casos excepcionais, que o decisor político recorra a um “parecer jurídico” com o fito de “iludir a lei” e usar o termo “por razões de ponderação”, o que não é a forma legal de agir por não estar o órgão decisor no uso de poderes discricionários (estes sim de carácter político), e mesmo que o estivesse essa discricionariedade seria sempre uma discricionariedade vinculada, dado não estar perante duas ou mais opções, mas sujeito à aplicação da lei em vigor ao caso concreto.

A questão que se coloca quanto à equiparação destes sujeitos activos para equiparação da lei penal não é de todo pacífica.

⁹⁵ Cfr. Artigos 2.º, n.º 2; 56.º; 62.º, n.º 1; da Lei n.º 169/1999, de 18.9, na redacção da Lei 5-A2002, de 11.1, alterada pela Lei Orgânica 1/2011 de 30.11; e o art. 2.º, n.º 2, *alinea c*), 16.º, 27.º e 28.º do CPA. Saliente-se que este artigo 28.º dispõe que o membro do órgão declare em acta o voto de vencido com vista à sua ilibação da responsabilidade de deliberação.

Nesse sentido DAMIÃO da CUNHA⁹⁶: “quer, pois, a norma significar que o conceito de funcionário para efeito da lei penal não abrange aquele que desempenha funções políticas. (...) Enquanto não houver essa expressa equiparação, nenhum crime que suponha a qualidade activa ou passiva de funcionário (previsto no Código Penal) pode ser cometido por “titular de cargos políticos. (...) Dir-se-á, assim, que essa equiparação decorre da Lei sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos. Não nos parece que tal afirmação seja verdadeira. (...) A Lei n.º 34/87 é expressa no sentido de que o seu âmbito visa determinar os crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos (...). Todavia, esta Lei não procede à equiparação do titular de cargo político a funcionário, para efeito da lei penal; de facto que determina são os crimes – especificando-os – de responsabilidade e faz uma referência e remissão genérica pressupondo a existência daquela equiparação”. Assim, prossegue, “daqui parece decorrer a existência, por assim dizer, de um duplo reenvio para o «vazio» (...) “Ora, nem uma nem outra remissão nos parece que se verifique. Com efeito, a Lei apenas diz quais os concretos crimes de responsabilidade e quem são titulares de cargos políticos; por sua vez, o CP expressamente afasta do seu âmbito de aplicação estes agentes públicos”.

O crime mantém-se mesmo que, em data posterior aos factos, o agente perca a sua qualidade profissional, seja por razões de aposentação, suspensão, aplicação de sanção disciplinar ou termo de mandato⁹⁷.

⁹⁶ Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19 n.º 1, pp. 71-80.

⁹⁷ Contra a punição pronunciou-se o STJ, no Ac. n.º 96P1417, de 8.7.1998; em sentido contrário pronunciou-se o Tribunal da Relação do Porto, Ac. n.º 475/04.9TAAMT.P1, de 15.12.2010, que se expressou nos seguintes termos: “perfilhamos, sem sombra de dúvida, a tese de que nos organismos de utilidade pública se compreendem as pessoas colectivas de utilidade pública. Nada obsta, pois, à correcção da sentença recorrida no entendimento de que o recorrente detinha, ao tempo da prática dos factos, a qualidade de «funcionário», para efeitos de integração da previsão normativa do tipo, previsto no artigo 375/CP, pelo que a questão improcede”. In *www.dgsi.pt*.

III – Momento da Consumação do crime

1. O sujeito particular

No crime praticado por agente particular e porque se trata de um crime material ou de resultado, a consumação verifica-se, de acordo com a doutrina majoritária, no início das actividades de construção, mais concretamente, com as escavações prévias ou alicerces, terraplanagens do solo, betonagem, instalação de coisa imóvel fixa, ou alteração de fachadas em edifícios classificados de interesse público.

Estes delitos têm o carácter de efeitos penais permanentes por estarmos perante uma acção que se prolonga no tempo - a construção ou edificação - e termina com o fim dos trabalhos.

Deve notar-se, que o crime consuma-se na vigência das normas legais em vigor à data da prática do acto, independentemente de posterior alteração das normas administrativas que retirem o estatuto de qualificação do imóvel. O delito penal não altera⁹⁸ as regras da aplicação da Lei no tempo.

Questão que não suscita problemas relevantes, segundo a doutrina unanime⁹⁹, é o da prática pelo agente de conduta ilícita em solo não classificado por lei de especial protecção (REN, RAN, planos de salvaguarda), mesmo que ainda não urbanizado. Ou seja, quando a construção tem lugar fora daquelas categorias de solos a sanção é meramente administrativa e sai da esfera penal.

Também não haverá punição do particular que em “acordo” pré-estabelecido com o funcionário obtenha o licenciamento ilegal mas não leve a efeito a obra licenciada. Aqui não é causada lesão ao bem jurídico protegido; mas, como veremos, já é punível a conduta do funcionário que licenciou a obra tendo em consideração o tipo penal específico formal de mera actividade¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. CARMO DIAS, *Ob. Cit.*, p. 37, anotação 81. No mesmo sentido PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário, Ob. Cit.*, p. 803, anotação 5 ao artigo 278-A. V. tb. Artigo 9.º Código Civil.

⁹⁹ Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in, *A Reforma...*, *Ob. Cit.*, p. 115.

¹⁰⁰ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *Ob. Cit.*, p. 76.

2. Funcionários ou titulares de cargos políticos

No que diz respeito ao funcionário ou titular de cargo político (*vide* CARMO DIAS¹⁰¹), trata-se de um crime específico formal quanto ao objecto da acção e um crime de dano de mera actividade não se exigindo que o resultado se verifique.

O crime consuma-se no momento da junção ao procedimento urbanístico do parecer falso quanto à lei ou regulamento aplicável, alegando a conformidade com a legalidade mesmo que a lei aplicável esteja em desconformidade com a declaração. É o caso, p. ex., quando se informa que a localização da construção está inserida em zona urbana mas, na verdade, está inserida em RAN.

Estas informações, que decorrem no percurso do procedimento, integram a informação final, vulgo, “proposta de decisão” elaborada pelo gestor técnico da DGU.

Independentemente destas informações falsas, também os órgãos consultados no âmbito dos pareceres prévios de entidades externas, tais como as CCDRs¹⁰², podem emitir pareceres vinculativos falsos que contribuem para a ilegalidade e violação das leis e regulamentos aplicáveis. Nestes casos é afastada a responsabilidade penal do funcionário ou do titular de cargo político de uma autarquia local.

¹⁰¹ Ver anotação n.º 23; 33; ao artigo 18-A, *in* PINTO DE ALBUQUERQUE, coord. II – JOSÉ BRANCO CDU 343.2, *in* *Comentário...*, *Ob. Cit.*.

¹⁰² Cfr. Inspeção Geral da Administração do Território, Processo n.º 30 600, *Cit.*, p. 46 em 8.8.1. Consta: “A Vereadora do Pelouro das Obras ...determinou o embargo da obra...” a p. 47 em 8.9.1. Consta: “Após pareceres desfavoráveis do Arquitecto Urbanista...veio a pretensão a ser indeferida”. Mais consta em 8.10: “Na sequência de exposição de F, vereador, quanto à legalidade da construção, nomeadamente a violação do artigo 12.º do PU...no que toca à cêrcea dominante na envolvência ser apenas de rés-do-chão + 1 piso ...os serviços técnicos propendem no sentido de ser solicitado um parecer à CCRN. Em 8.11 Consta: “ A CCRN ofício n.º 007294 em resposta ao solicitado refere em síntese pela aplicabilidade ao caso vertente do n.º2 do artigo 13.º do Regulamento do citado PU com remissão para o artigo 12.º, n.º 2, do mesmo regulamento, podendo a tipologia ser a do edifício imediatamente fronteiro – rés-do-chão comercial e pisos para habitação colectiva”. (de salientar que a referência “pisos” verifica-se que é uma deturpação da informação da CCRN dado verificar-se que do maço de doc. constam fotografias que demonstram a existência de um só piso – rés do chão + 1 Piso). Consta a p 48 8.11. “Mais refere o citado parecer ...fica prejudicada uma cêrcea referida à envolvência”. Verifica-se que foi licenciado e edificado um edifício com a cêrcea de rés-do-chão + 3 Pisos conforme consta das fotografias juntas ao maço de documentos; 15.2.10; Análise jurídica da IGAT deu o seu aval no parecer que emitiu como consta a p. 49-50. Daqui se retira a envolvência destas instituições no âmbito da actividade fiscalizadora e tutelar o envolvimento em actos de violação das regras urbanísticas com contornos de corrupção ou tráfico de influência. Face ao exposto, resulta que a teoria de CARMO DIAS no apelo à obrigação/dever destes órgãos fiscalizar é pura questão académica, verificando-se na prática o seu envolvimento neste tipo de crime.

IV – O Princípio da intervenção mínima

Como se disse anteriormente, a tipificação constante dos artigos 278.º-A, 382.º-A do Código Penal, e do artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16.7, visa proteger o bem jurídico da “comunidade”, o desenvolvimento económico e social, a protecção e melhoria da qualidade do ambiente, o bem-estar da população, a saúde, a preservação da natureza, o património ecológico, paisagístico, cultural e arquitectónico.

O direito administrativo no que diz respeito à alteração que desclassifica o uso dos solos posterior ao acto do agente não tem mantido coerência. Foi entendimento na jurisprudência do STA que a alteração das regras administrativas sobre a natureza do solo sanavam as ilegalidades, não obstante tratar-se de flagrante violação do princípio da não retroactividade, ao sujeito activo que construiu em solo de zona não edificável¹⁰³. Com efeito, é patente a inércia dos agentes do Ministério Público junto dos Tribunais Administrativos e Fiscais na fiscalização das ilegalidades, por iniciativa própria ou quando é um particular que participa factos ilícitos de que tem conhecimento. Aliás, da consulta a processos de contencioso administrativo, conclui-se que em “noventa por cento” dos casos é o lesado que propõe as acções de violação da lei ao nível autárquico. Por ser pertinente para a questão, em conferência em 8.7.2009, a Procuradora Maria José Morgado¹⁰⁴ referindo-se à relação entre os diferentes tribunais proferiu a declaração: “os magistrados do ministério público da área penal não têm contacto com o ministério público da área administrativa”.

Estão, assim, encontradas as condições necessárias para justificar a intervenção do Direito Penal na área do Direito Administrativo, de acordo com o princípio da intervenção mínima do direito penal, tal como nota ANABELA RODRIGUES¹⁰⁵.

De facto, as insuficiências dos mecanismos sancionatórios do Direito Administrativo, *rectius*, a sua ineficácia, tornaram premente a necessidade da intervenção penal.

Para COSTA ANDRADE¹⁰⁶ “a carência de tutela penal dá expressão ao princípio de *subsidiariedade* e de *última ratio* do direito penal. De acordo com este autor, sempre

¹⁰³ Cfr. Ac., do STA n.º 0601/10, de 7.4.2011.

¹⁰⁴ In <http://oportoem conversa.com/2009/06/08/maria-jose-morgado-urbanismo-ilegal-uma-justiça-impossivel-1/>

¹⁰⁵ In *Comentário Conimbricense...*, *Ob. Cit.*, pp. 951-954.

¹⁰⁶ In RPCC 2, 1992, pp. 186-190.

«que a tutela penal seja *adequada e necessária* para a prevenção da danosidade social» deveremos recorrer a um “duplo e complementar juízo: em primeiro lugar um juízo de necessidade por ausência de alternativa idónea e eficaz da tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de *idoneidade* do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”.

Com efeito, o duplo ónus da prova está demonstrado: que a tutela administrativa não cumpriu o dever de protecção deste bem jurídico comunitário; e que esse bem é essencial à comunidade; convocando *idoneidade* do direito penal para assegurar a sua tutela efectiva.

V - A modalidade que ficou à margem

Questão que deveria merecer tratamento no âmbito da reforma legislativa em matéria de corrupção que introduziu os tipos legais aqui estudados é o da elaboração dos instrumentos de planeamento (PDM, PU e PP).

A elaboração dos instrumentos de planeamento do urbanismo em violação dos interesses colectivos e em benefício dos interesses privados, designadamente quando nos deparamos com situações de reclassificação dos solos ou situações de alteração dos instrumentos de planeamento que alteram o seu uso. Trata-se de situações em que através de um processo administrativo é possível valorizar enormemente os solos.

Assim, poderemos estar perante vários crimes no âmbito do planeamento levado a efeito pelo órgão autárquico.

É necessário analisar se esse instrumento de planeamento contém os requisitos que permitem fazer a demonstração do cumprimento dos princípios constitucionais, os quais constam da memória descritiva e justificativa, mas também da realidade objectiva onde se implementam novos usos do solo ou as razões motivadoras de uma nova disciplina urbanística por via da alteração de planos existentes ou da elaboração de novos planos.

Por outro lado deparamo-nos com situações de actos previamente “acordados” ou pela existência de “contrato” o que se revela quando é o próprio particular a elaborar por conta própria o plano¹⁰⁷ em causa limitando-se o órgão autárquico unicamente a submeter à aprovação em deliberação pelo Plenário.

Assim, o legislador deixou fora da tipificação da violação de regras urbanísticas os comportamentos dolosos ao nível do planeamento e ordenamento do território.

Não se diga, que os já existentes crimes de corrupção e de tráfico de influências preenchem, em si mesmos, todos os requisitos que permitem sancionar adequadamente estas situações decorrentes da actividade administrativa. Desde logo, porque o nexo entre comportamento e resultado é, nestes crimes, um caminho muito estreito, difícil de provar¹⁰⁸; problema que se agrava quando estamos perante uma alteração *had hoc* dos planos, uma vez que se trata de um procedimento administrativo de alcance difuso, logo mais difícil de controlar quanto ao seu mérito e motivações.

¹⁰⁷ Vide, nota de rodapé 21.

¹⁰⁸ Por todos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, III Volume*, Lisboa: Verbo, 2000. p.179.

VI – A prescrição do artigo 118.º do Código Penal

Parece-nos criticável que os delitos de violação das regras urbanísticas no fenómeno dos procedimentos de licenciamento e de autorização em matéria de urbanismo da responsabilidade de titulares de cargos políticos e funcionários públicos ao serviço das autarquias não integrem o elenco de crimes cujo prazo de prescrição do procedimento criminal é regulado pelo artigo 118.º, n.º 1, CP.

De facto, o artigo 118.º, n.º 1, CP, veio alargar os prazos de prescrição do procedimento criminal em alguns tipos de crime, dilatando-os para 15 anos, criando uma excepção à regra geral daquela norma.

Atendendo à complexidade dos delitos em causa e à possibilidade de devolução para julgamento em Tribunal Administrativo da parte em que esta é a jurisdição com competência, bem como do tempo que as diferentes vias de recurso implicam para a consumação de caso julgado, estranha-se que o legislador não tenha sentido a necessidade de prolongar os prazos de prescrição destes crimes, integrando-os naquele catálogo ao artigo 118.º, n.º 1 do CP.

No actual estado da jurisdição penal e da falta de meios e técnicos com saberes na área do urbanismo que integrem equipas de investigação dos órgãos de polícia criminal e tendo em conta a complexidade mencionada anteriormente tememos que, com estes prazos de prescrição, se tenha limitado a possibilidade de punição deste tipo de criminalidade.

Conclusão

Aqui chegados estamos em condições de responder às questões que nos propusemos esclarecer.

Como vimos, a punibilidade da violação das regras urbanísticas por funcionário ou titular de cargo político não tem como fim imediato a protecção do ordenamento de território, nem o fenómeno da corrupção que está, muitas vezes associado a essas violações, mas antes a tutela do dever de transparência dos agentes na aplicação das leis e regulamentos que regem o urbanismo e o ordenamento do território.

Trata-se de tipos-legais de prova que é difícil, senão impossível, dificultando em larga medida a já árdua tarefa dos aplicadores do direito.

Em nossa opinião, o caminho seguido pelo legislador para combater a violação das regras urbanísticas foi um caminho cauteloso - quiçá calculista - e em certa medida redutor.

Encontramos um bom exemplo do que acabamos de afirmar nas notas que deixamos acima, a propósito da moldura destas penas, especialmente da pena de multa que, a nosso ver, deveria ser mais elevada evitando-se que a sanção não tenha, as mais das vezes, eficácia dissuasora; nem seja proporcional quando estamos perante violações da lei que se traduzem em vantagens económicas muito significativas para o agente criminoso.

Também não podemos deixar de notar que, no que tange à lei especial, a punibilidade dos crimes praticados por titular de cargo político e os prazos de prescrição desajustados face à complexidade na investigação e julgamento dos crimes urbanísticos não são suficientes para assegurar uma tutela eficaz – rectius, para serem efectivamente dissuasoras da prática destes crimes – pondo em crise um dos pilares fundamentais do Estado de Direito que é o da confiança entre eleitores e eleitos com a consequente crise das instituições.

Assim, julgamos que o legislador ficou aquém do que lhe era exigido.

Em socorro desta nossa tese, aderimos à posição daqueles autores que consideram que o legislador pretendeu uma via indirecta – a prova de “violação de regras urbanísticas” –

para resolução de outros problemas, designadamente dos fenómenos de corrupção e de abuso de poder.

A prova do que acabamos de afirmar encontra-se, desde logo, na falta de correspondência entre os elementos das normas penais e as categorias do direito administrativo.

Como o legislador penal não lançou mão da forma dos procedimentos administrativos e à sequência de actos administrativos essenciais ao preenchimento do tipo criminoso, temos, potencialmente, a situação paradoxal de se verificar a prática de crimes que o direito penal quis punir, mas que não foi capaz de o fazer.

É o caso, por exemplo, do dirigente da administração pública ou do titular de cargo político que, adoptando as fórmulas literais em uso na administração pública portuguesa, v.g., “adiro”, “concordo”, “aprovo”, sem mais nenhuma fundamentação, pode ser desresponsabilizado, mesmo tratando-se da mais estridente violação da Lei.

De facto, ao circunscrever o agente do crime previsto no artigo 18.º-A da Lei 34/87 ao “titular de cargo político” corre-se o risco de não punir todos os responsáveis, ficando unicamente a responsabilidade sobre o gestor técnico do processo, o qual, como também já mencionamos, poderá não preencher os requisitos de “funcionário” para efeitos da lei penal, uma vez que é nomeado verbalmente, não agindo no âmbito de uma delegação de competências formalmente válida.

Assim, o legislador ficou preso à categoria formal da “violação de regras urbanísticas” em termos que, pretendendo ultrapassar as dificuldades de prova, são limitativas e algo afastadas da prática da administração, especialmente da administração local.

Como pensamos ter demonstrado, as desarmonias que se fazem sentir nos diferentes sistemas de combate imediato à violação das regras urbanísticas apenas potenciam a criação de espaços de impunidade.

É um bom exemplo do que acabamos de afirmar a falta de previsão normativa para a prática de eventuais crimes nos processos de elaboração dos planos momentos nos quais é decidida a sorte (*rectius*, o valor económico) de vastas áreas geográficas.

Não cremos que soluções normativas construídas de forma algo deficiente, cirúrgicas e intermédias, que propiciam uma certa confusão jurídica sejam direccionadas para erradicar este fenómeno, o qual deverá ser combatido de forma eficaz e coerente, em bloco, com a globalidade do sistema.

A verdade é que com estes novos tipos de incriminação corre-se o risco de surgirem acusações que dificilmente terão fundamento, por não preencherem, em concreto, os elementos do tipo. Nestes casos estaremos perante, provavelmente, actos que se reconduzem a um “desvio de poder”.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2.^a Edição, 2010.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO e BRANCO, JOSÉ, org., *Comentário das Leis Penais Extravagantes, II Volume*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fascículo 1, Janeiro-Março de 1992.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo, Volume I*; Coimbra: Almedina Editora, 3.^a Edição, 2012

BOTELHO, J. M. SANTOS e ESTEVES, A. PIRES e outros, *Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 5.^a Edição Actualizada e Aumentada, 2002.

DIAS, MARIA DO CARMO, *Comentário das Leis Penais Extravagantes, II Volume*, Coordenação de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE E JOSÉ BRANCO, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. Comentário ao artigo 18.º-A da Lei n.º 34/87, de 16.09.

CAEIRO, PEDRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, 2001. Comentário do artigo 369.º

CAETANO, MARCELLO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1.^a Reimpressão portuguesa, 1996

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, II Volume*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.^a Edição Revista, 2010.

CARVALHO, AMERICO TAIPA DE, *Teoria Geral do Crime, Direito Penal – Parte Geral, II Volume*, Porto: Universidade Católica Editora, 2004.

CHAPUS, RENÉ, *Droit Administratif Generale*, Paris: Montchrestien, 1988.

CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma Análise Crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra Editora, 1.^a Edição, Abril 2011;

O Conceito de Funcionário, para Efeito da Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública, Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

Funcionário/Função Pública e Direito Penal, Equívocos Jurisprudenciais, Legislativos e Doutriniais, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, n.º 1, Janeiro-Março de 2009.

CORREIA, FERNANDO ALVES, *Manual de Direito do Urbanismo, I Volume*, Coimbra: Almedina Editora, 4.^a Edição reimpressa, 2012

GOMES, JOSÉ OSVALDO, *Fundamentação do Acto Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2.^a edição revista e actualizada, 1981.

INSPECÇÃO GERAL DA ADMINISTRAÇÃO LOCAL, *Processo n.º 30600*.

NEVES, MARIA JOSÉ L. CASTANHEIRA DAS, *Governo e Administração Local*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

MACHETE, RUI CHANCERELLE DE, *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, Lisboa: Fundação Oliveira Martins, 1991.

MANDIETTA, MANUEL VILLORIA, *Informe Global de la Corruption*, 2006.
Londres: Pluto Press, 2006.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE; GONÇALVES, PEDRO COSTA; AMORIM, J. PACHECO DE, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*. Coimbra: Almedina, 2.^a Edição, 2001.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra, 2001. Comentário ao artigo 279.º

RODRIGUES, NURIA MATALLANES, *Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio*, Revista Pena 1 ,n.º8, Madrid: La Ley, 2001.

SEIÇA, MEDINA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, 2001. Comentário ao artigo 369.º

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal, III Volume*, Lisboa: Verbo, 2000.

Fontes da Internet

www.aspj.pt

www.coe.int

www.dgpj.mj.pt

www.dgsi.pt

www.dre.pt

www.parlamento.pt

<http://oportuemconversa.com>