

Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas

Pedro Costa Gonçalves

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

Texto publicado em: I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo (Actas), Coimbra, Almedina, 2009, 79-103

1 – Controlo prévio, autorização e comunicação prévia

1.1 – Enquadramento

Entre os processos ou estratégias de *downsizing* do Estado implementados a partir da década de 80 do século passado, conta-se, além da migração de tarefas públicas para a esfera privada (*privatização*), o fenómeno, menos sublinhado, de activação e de reforço das responsabilidades próprias dos particulares. Assim tem sucedido, por exemplo, com a incrustação, na esfera privada, de deveres de autoprotecção ou de deveres de contratar auditores internos, encarregados do controlo ambiental ou outros, ou com as várias formas de estímulo à adesão das empresas e outras organizações a sistemas de garantia da qualidade. Os particulares, cidadãos e entidades privadas, viram-se assim induzidos – ou obrigados – a assumir as “suas” responsabilidades, quer na defesa dos seus direitos e interesses próprios, quer na protecção de interesses da colectividade⁽¹⁾.

É neste contexto geral, de *privatização de responsabilidades públicas* e de *activação das responsabilidades privadas*, que se inserem, desde a mesma época, as tendências legislativas de adopção de novos sistemas e modalidades de controlo preventivo da legalidade das actuações privadas⁽²⁾.

¹ Sobre o fenómeno da *imposição legal de deveres* (em especial, deveres de controlo) no quadro de uma partilha de responsabilidades entre o Estado e os particulares, *cf.* o nosso *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 185 e segs..

² O controlo prévio das actuações privadas é uma das funções clássicas da Administração Pública: a submissão a controlo prévio, de natureza preventiva, pressupõe a instituição legal de uma *regra de proibição* do exercício de certas actividades; a lei admite, contudo, que, depois de uma apreciação concreta e casuística pela autoridade pública, a proibição possa ser removida, por um *acto administrativo de autorização*; numa fórmula corrente no direito alemão, fala-se, neste âmbito, de “proibição sob reserva de autorização”; *cf.* K.H. Friauf, “Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt”, *Juristische Schulung*, 1962, p. 422 e segs..

Alude-se, a este propósito, a formas de substituição do tradicional *princípio da autoridade pública* por um *princípio de auto-responsabilidade dos administrados*⁽³⁾: em vez de mecanismos de controlo assentes em procedimentos de *autorização prévia* dos poderes públicos, instituem-se formas de controlo preventivo da responsabilidade dos próprios particulares interessados em desenvolver actividades que apresentam algum potencial de perigo e cujo exercício se mantém, por isso mesmo, condicionado e fora da esfera de livre disposição dos interessados⁽⁴⁾. Os modelos instituídos podem variar: ao lado de casos em que o controlo prévio deixa de constituir uma incumbência pública e passa para a esfera de responsabilidade do próprio interessado (sistemas de *autocontrolo puro*), surgem outros em que a tarefa de fiscalização *ex ante* se vê devolvida e confiada a peritos ou organismos independentes oficialmente acreditados para a prestação de serviços de controlo e de certificação (sistemas de controlo e certificação por terceiro: *third party certification*)⁽⁵⁾.

Mas a abolição dos procedimentos de autorização administrativa também conhece outras manifestações, que não pressupõem a erradicação do controlo público preventivo. De facto, em muitos casos, este continua a ser exigido por lei e a dever ocorrer antes do exercício da *actividade privada condicionada*, apesar de se efectuar no seio de um procedimento administrativo que não se conclui, nos moldes clássicos, com uma decisão administrativa de carácter permissivo.

³ Cf. A. Albamonte, *Autorizzazione e denuncia di inizio di attività edilizia*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 5.

⁴ Cf. A. Bianchi, “La denuncia di inizio di attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell’istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 1998, p. 166. O fenómeno tem provocado uma espécie de *marginalização* ou de *subalternização* da figura da autorização administrativa; neste sentido, cf. V. Cerulli Irelli, *Principii del diritto amministrativo*, II, Turim, Giappichelli, 2005, p. 134.

⁵ A entrega a terceiros – particulares *independentes* do interessado, mas que este *deve contratar* – de tarefas de fiscalização e de certificação compreende-se como uma *compensação* pela abolição de controlos públicos preventivos. A bibliografia jus-administrativista tem-se ocupado do estudo da actuação destes particulares (*peritos* e *organismos acreditados*) com funções de controlo e de certificação, localizando-os, ora na esfera do direito privado, ora num contexto de direito público; cf. J Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 138 e segs.; M. Izquierdo Carrasco, “Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado de funciones públicas en el ámbito de la seguridad industrial”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 383 e segs.; Dolores Canals I Ametller, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, p. 139 e segs.; A. Seidel, *Privater Sachverstand und Staatliche Garantienstellung im Verwaltungsrecht*, Munique, C.H. Beck, 2000, p. 195 e segs.; A. Ch. Thoma, *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht*, Berlim, Duncker & Humblot, 2008, especial., p. 357 e segs.; P. Scholl, *Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 146 e segs.. Chamando embora a atenção para as possíveis variações de regime, que excluem conclusões taxativas e de validade geral, parece-nos que, numa grande cópia de situações, se reconduzem à esfera do direito privado, ilustrando o fenómeno da “auto-regulação privada publicamente regulada” (cf. *Entidades Privadas*, cit., pp. 170 e segs. e 191 e segs.).

Um elemento comum a esses novos modelos procedimentais de controlo público preventivo de actividades privadas reside na abolição do acto administrativo de autorização – na sua configuração clássica, a decisão mediante a qual, após verificar a compatibilidade do exercício de um *direito subjectivo* com o interesse público, a Administração Pública afasta, num caso concreto, a eficácia de uma proibição geral imposta por lei e, assim, descondiciona (autoriza) o exercício do referido direito⁽⁶⁾.

1.2 – Sistematização dos novos modelos procedimentais de controlo prévio

Explicado, no plano dogmático, pelos *topoi* da privatização e do reforço das responsabilidades privadas, a abolição de procedimentos de autorização administrativa é evidentemente animada por propósitos pragmáticos, visando, em particular, libertar a Administração Pública de certas incumbências (e dos custos inerentes) e concretizando, nesse âmbito, directrizes gerais de simplificação administrativa, de liberalização e de desburocratização⁽⁷⁾.

Para a realização dessas finalidades, propugna-se, pois, uma forma de retracção das responsabilidades da Administração Pública: quer por via da passagem de modelos de controlo público *ex ante* de actividades privadas para sistemas em que a Administração se desonera de efectuar qualquer controlo prévio, quer, de forma menos extrema, mantendo o controlo público preventivo embora em contexto simplificado,

⁶ Recorde-se a referência anterior à fórmula “proibição sob reserva de autorização”. No direito português, sobre a figura das autorizações administrativas, cf. Rogério E. Soares, *Direito Administrativo*, Coimbra, polic., 1976, p. 110 e segs.; Carla Amado Gomes, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 420 e segs..

⁷ Sobre as figuras da simplificação e da aceleração dos procedimentos administrativos, cf. Marta Portocarrero, *Modelos de Simplificação Administrativa*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002; M. Bullinger, “Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y da la sociedad”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 69, 1991, p. 5 e segs.; H. Jacoby, *Die Beschleunigung von Verwaltungsverfahren und das Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, p. 3 e segs.; R. Caballero Sánchez, “La *Beschleunigung* o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania”, *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, p. 423 e segs.; A. Natalini, *Le semplificazioni amministrative*, Bolonha, Il Mulino, 2002, p. 121 e segs.; Aldo Sandulli, “La semplificazione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, p. 757 e ss; G. Vesperini, “La semplificazione dei procedimenti amministrativi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 655 e segs.; G. Falcon, “La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?”, *Rivista Giuridica Urbanistica*, 2000, p. 119 e segs.; J. Tornos I Mas, “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *RAP*, n.º 151, 2000, p. 39 e segs.; C. Cierco Seira, “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 152, 2000, p. 385 e segs.; L. Torchia, “Tendenze recenti della semplificazione amministrativa”, *Diritto amministrativo*, 1998, p. 385 e segs.; S. Martín-Retortillo, “De la simplificación de la Administración pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, p. 7 e segs..

através de modelos procedimentais que desconhecem uma *fase decisória*, de tomada de decisão administrativa expressa⁽⁸⁾.

Na primeira situação referida, que concretiza tendências mais evoluídas e radicais, o controlo público prévio ou preventivo (*ex ante*) é pura e simplesmente banido e, em vez dele, são instituídos procedimentos privados de controlo. Neste cenário, de viragem para um *Estado vigilante*⁽⁹⁾, a Administração Pública contém-se no desenvolvimento de tarefas de controlo sucessivo (*ex post*), de natureza repressiva, assentes em missões de inspecção e de fiscalização de actividades privadas livremente iniciadas⁽¹⁰⁾. A incumbência de controlo preventivo encontra-se confiada ao próprio interessado (*auto-controlo*) ou a terceiros independentes (peritos e organismos acreditados); a Administração Pública é chamada a desenvolver um “controlo do controlo”⁽¹¹⁾. Ocorre neste caso um fenómeno de efectiva “privatização dos procedimentos de autorização”⁽¹²⁾ e, portanto, de radical “abolição de controlos públicos preventivos” (controlos *ex ante*)⁽¹³⁾.

Na segunda situação, que considerámos menos extrema, a Administração não se vê desinvestida de tarefas de controlo prévio de actividades privadas; mantém-se pois um condicionamento legal e público ao exercício dos direitos privados. Dentro desta segunda situação, e ensaiando uma sistemática dos procedimentos de controlo prévio do exercício de actividades privadas – sem ter em consideração os que seguem o modelo clássico da autorização⁽¹⁴⁾ – podemos distinguir duas situações típicas.

⁸ Aludindo, neste âmbito, a uma resposta do sistema jurídico a uma “patologia da Administração”, cf. V. Cerulli Irelli, *ob. cit.*, p. 134.

⁹ Cf. R. Rivero Ortega, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000.

¹⁰ Sobre as actividades públicas de inspecção, cf. R. Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1992; J. Bermejo Vera, “La administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, p. 39 e segs.; S. Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, Granada, Comares, 2002.

¹¹ Trata-se de um controlo que recai sobre os organismos privados a quem o sistema confia as tarefas de controlo. Estes organismos são *reconhecidos* ou *acreditados* para o exercício de funções de certificação e de controlo (privado) e submetem-se ao controlo e à fiscalização de instâncias públicas; sobre este “Kontrolle der Kontrolle”, cf. Schmidt-Preuß, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 56, 1997, p. 173 e segs..

¹² A privatização (em sentido material) do procedimento administrativo é apenas um outro nome para o fenómeno da abolição de controlos públicos preventivos. A mais recente doutrina alude a este propósito a um novo conceito de *procedimento privado* (regulado pelo direito público), como o procedimento que resulta da abolição de procedimentos administrativos e da entrega de funções de controlo a instâncias particulares; cf. I. Appel, “Privatverfahren”, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, II, Munich, C.H. Beck, 2008, p. 801 e segs..

¹³ Cf. Seidel, *Ob. cit.*, p. 256 e segs..

¹⁴ Apesar de subalternizados, os procedimentos administrativos de autorização subsistem. Cremos que a procedimentos dessa classe se reconduz o “regime de declaração prévia” regulado no Decreto-Lei n.º 209/2008, de 29 de Outubro (*regime do exercício da actividade industrial*): neste caso, o

i) Controlo público preventivo sem decisão administrativa permissiva

A tarefa procedimental de controlo público preventivo – que se exerce dentro de um determinado prazo, a partir da *notícia* ou da *comunicação* da pretensão privada – não origina, nem surge atestada ou titulada por qualquer *decisão administrativa favorável*: há, nesta hipótese, uma aberta opção de “renúncia à decisão administrativa”, num contexto que convive com a subsistência de um procedimento administrativo de controlo público preventivo⁽¹⁵⁾. O controlo público preventivo desenvolve-se no seio de um procedimento que desconhece uma fase decisória, que, por conseguinte, não se conclui mediante a tomada de qualquer decisão administrativa.

ii) Controlo público preventivo com decisão administrativa permissiva fictícia

Pertencem a uma outra gama de soluções os casos em que o exercício de uma actividade privada se encontra na dependência de um controlo público preventivo a realizar no âmbito de um procedimento que se inicia com a *comunicação* da pretensão privada e se conclui com uma *ficção legal de decisão administrativa*.

Trata-se de um cenário simultaneamente próximo do previsto na alínea anterior e igualmente próximo dos procedimentos de autorização, embora de ambos se distinga: em face dos procedimentos de controlo público sem decisão administrativa, a distinção passa pelo facto de, neste caso, a lei produzir, por si mesma, o efeito jurídico *equivalente* ao da decisão administrativa e imputar esse mesmo efeito a uma determinada autoridade pública (o que não se verifica nos casos previstos na alínea anterior); em relação aos procedimentos de autorização administrativa, a distinção cifra-se no facto de, na hipótese de que nos ocupamos, o procedimento administrativo não considerar sequer a hipótese de tomada formal de decisão pela autoridade pública.

1.3 – A figura da comunicação prévia

Nas hipóteses analisadas nas duas últimas alíneas do ponto anterior – embora não apenas nelas – a *notícia*, *declaração* ou *comunicação prévia* da pretensão privada à

procedimento de declaração prévia conta com a emissão de uma “decisão sobre a declaração prévia”, a qual pode assumir-se como uma *decisão administrativa expressa* (favorável, favorável condicionada ou desfavorável) ou como *decisão administrativa tácita* (de *deferimento tácito*). Trata-se, pois, de uma decisão administrativa que, tecnicamente, se pode reconduzir à figura da autorização administrativa (*expressa* ou *tácita*); em rigor, é mesmo disso que se trata: uma autorização com o nome de *decisão favorável*.

¹⁵ Neste sentido, sobre a abolição de licenciamento de operações urbanísticas, *cf.* Pietzcker, “Verfahrensprivatisierung und staatliche Verfahrensverantwortung”, in Hoffmann-Riem/Schneider, *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 284; Ritter, “Bauordnungsrecht in der Deregulierung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, p. 545.

autoridade pública ocupa um lugar decisivo como ferramenta associada ao *controlo público preventivo*⁽¹⁶⁾.

Susceptível de aplicações diferenciadas⁽¹⁷⁾, a figura da declaração ou comunicação prévia surge como instrumento jurídico de articulação entre os objectivos da liberalização do exercício de direitos e actividades privadas e a presença de uma responsabilidade pública de controlo preventivo.

Instituindo uma “proibição com reserva de comunicação”⁽¹⁸⁾, a lei determina que o exercício de um certo direito subjectivo ou actividade privada não possa ter lugar sem a declaração ou comunicação prévia à Administração Pública. Mediante a imposição da comunicação prévia, a lei evita a total liberalização ou descondicionamento de acesso a uma actividade, criando condições para que uma autoridade pública possa exercer um *controlo preventivo, ex ante*, embora sem exigir a prática de um acto de *autorização* ou, em qualquer caso, a tomada de uma *decisão favorável*.

Quer dizer, por efeito da *comunicação* do interessado, através da qual este *declara, anuncia* ou *comunica* a pretensão de exercer um direito ou actividade, a Administração Pública fica constituída num *dever de actuar (de proceder)* e, em particular, no dever de desenvolver uma tarefa de controlo preventivo, de modo a, se for o caso, *impedir* ou *vetar* o início de exercício da actividade comunicada⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾.

¹⁶ Como se advertiu, o relevo do papel da *comunicação prévia* não se limita aos dois referidos procedimentos de controlo público preventivo (sem decisão administrativa permissiva ou com decisão fícticia). Mesmo em casos de abolição de controlo público preventivo, a figura pode continuar a fazer sentido e a ser exigida, v.g., para permitir à Administração conhecer quem exerce actividade num certo sector e desempenhar as tarefas gerais de fiscalização, inspecção e controlo sucessivo. Nestes casos, a execução da actividade em causa pode iniciar-se imediatamente após a comunicação à competente autoridade pública (a qual não dispõe de um *poder inibitório preventivo*, mas apenas *repressivo*); ilustra esta situação o regime da (designada) *autorização geral* para a prestação de serviços ou oferta de redes de comunicações electrónicas; cf., sobre isto, o nosso texto “Regulação das Comunicações Electrónicas”, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações (Estudos de Direito Administrativo da Regulação)*, CEDIPRE, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 203 e segs..

¹⁷ Para uma classificação das comunicações prévias, cf. L. Arroyo Jiménez, *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 352 e segs.. Em linhas gerais, o Autor distingue três classes: i) a *simples comunicação prévia sem controlo* (em que a exigência de comunicação é ditada pela necessidade de manter a Administração informada sobre os operadores que actuam num determinado sector); ver, sobre esta, a nota anterior; ii) a *comunicação prévia com controlo apenas repressivo*, em que a exigência de comunicação não coloca a Administração em situação de inibir, a título preventivo, o exercício de uma certa actividade, mas permite-lhe ou incentiva-a a exercer uma actuação fiscalizadora – *ex post* –, desde os primeiros momentos de desenvolvimento da actividade comunicada; iii) a *comunicação prévia com controlo preventivo*, a que nos referimos no texto.

¹⁸ Adoptando essa fórmula, cf. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, C.H. Beck, 2000, p. 212; em termos próximos, aludindo a uma “reserva de comunicação” (*Anzeigevorbehalt*), cf. D. Ehlers, in H.U. Erichsen/D. Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlim, Walter de Gruyter, 2002, p. 22.

¹⁹ A comunicação prévia desempenha agora uma função de “activação da acção administrativa”, comportando-se, neste aspecto, como um instrumento de criação de um *dever de agir procedimental*; sobre os deveres de proceder, de decidir e de prover, cf. F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica*

Trata-se, por conseguinte, de um cenário em que, por força do acto jurídico de um particular (uma declaração ou comunicação), a Administração Pública se vê onerada com um *dever legal de actuar ou de proceder* a que não corresponde, em termos procedimentais, um *dever de decisão* (ou de pronúncia)⁽²¹⁾⁽²²⁾.

O procedimento administrativo de controlo não integra, pelo menos necessariamente, uma *fase decisória*, não prevendo, portanto, a emissão de uma *decisão administrativa favorável*. Embora vinculada a controlar preventivamente a legalidade da pretensão privada, a Administração Pública não se constitui numa *obrigação* perante o autor da comunicação: a sua posição procedimental reconduz-se, assim, à categoria de um *dever sem o correlativo direito* e não da *obrigação* correspondente a um direito⁽²³⁾.

Uma vez que não se torna necessária a emissão de qualquer decisão administrativa favorável, a proibição legal (geral e relativa) do exercício da actividade é afastada apenas pelo facto de a Administração *não se opor* à pretensão privada – comunicada – de desenvolver aquela mesma actividade.

1.4 – Ponto de ordem e sequência

Não circunscritas ao direito urbanístico, mas com uma aplicação particular neste domínio⁽²⁴⁾, as políticas de simplificação, de supressão de controlos públicos prévios e

amministrazione, Turim, Giappichelli, 2005, p. 106 e segs. Embora não se confunda com o *requerimento* – nem no plano estrutural, nem no funcional –, a comunicação prévia comunga com esse acto o facto de constituir um *acto de iniciativa* ou de *impulso procedimental*; sobre estes actos, *cf.*, na doutrina clássica, A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1964, p. 137 e segs.; A. Meloncelli, *L'iniziativa amministrativa*, Milão, Giuffrè, 1976, especial. p. 81 e segs..

²⁰ *Cf.* M. Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/J.Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 377, onde se explica que a *comunicação* dirigida à autoridade, anunciando o exercício de um direito (*v.g.*, de manifestação) não dá lugar a um *dever de decidir* do órgão competente, embora dê origem a um procedimento e, neste âmbito, a um dever de proceder; trata-se de um procedimento com uma fase instrutória a que pode não se seguir uma fase decisória; só existe uma decisão no caso de o órgão competente considerar que há razões de interesse público para impedir a realização da manifestação.

²¹ Sobre estes conceitos, *cf.* M. Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/J.Pacheco de Amorim, *ob. cit.*, p. 125 e segs..

²² A referência no texto ao facto de o dever de proceder não corresponder, *em termos procedimentais*, a um dever de decisão justifica-se pelo facto de o procedimento poder revelar que a pretensão privada é contrária à lei. Neste caso, em rigor, a Administração tem o dever (substancial) de vetar a pretensão, ou seja, tem, afinal, um dever de decidir.

²³ Embora com outra incidência, essa mesma distinção entre *dever* e *obrigação* surge em Meloncelli, *ob. cit.*, p. 89.

²⁴ Confirma-se, assim, a vocação do direito urbanístico para se constituir como um “laboratório de experimentação” de novos institutos do direito administrativo; neste sentido, a respeito do valor jurídico do silêncio administrativo, bem como de institutos próximos deste, como a declaração de início de actividade, *cf.* Vera Parisio, “Il silenzio amministrativo nell’attività edilizia”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2006, I, p. 207 e segs.. Nesta mesma linha e, em especial, sobre a *mobilitade* das normas como um dos traços particulares do direito do urbanismo, *cf.* F. Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 70.

de substituição de procedimentos de autorização por procedimentos de *comunicação de início da actividade* vêm sendo concretizadas, desde há alguns anos, de forma muito variada, em ordenamentos jurídicos estrangeiros – como o alemão⁽²⁵⁾, o italiano⁽²⁶⁾, o espanhol⁽²⁷⁾ – e, agora, também no direito português.

²⁵ Na Alemanha, o direito da construção constitui, desde os anos 90 do século passado, um dos sectores sobre o qual tem incidido mais fortemente uma política marcada por objectivos de desregulação e de liberalização, mediante a deslocação de tarefas de controlo da legalidade das operações urbanísticas para o sector privado: pela sua importância, o sistema instituído, que aparece enquadrado numa tendência de aceleração e de simplificação dos procedimentos administrativos e que se aplica a operações urbanísticas de reduzida e média dimensão, chegou a ser considerado uma “pequena revolução no direito da construção”; cf. S. Koriath, “Der Abschied von der Baugenehmigung nach § 67 BauO NW 1995”, *Die öffentliche Verwaltung*, 1996, p. 665 e segs..

Apresentando variações consoante o *Land*, em geral, o novo sistema procede à abolição dos tradicionais procedimentos de licenciamento de edificação, substituindo-os por procedimentos de comunicação prévia: em vez de requerer uma licença ou autorização, o dono da obra fica apenas obrigado a *comunicar* à autoridade administrativa competente o projecto da edificação e o início da construção, assumindo a responsabilidade de assegurar a conformidade desse projecto com as normas legais e técnicas aplicáveis; a certificação da conformidade do projecto é feita por peritos ou organismos acreditados que o dono da obra contrata. Nalguns Estados, a mera comunicação é suficiente para permitir o início imediato da execução da obra (“procedimento de mera comunicação”, sem controlo). Noutros, a obra só pode iniciar-se depois da comunicação e do decurso de um prazo dentro do qual a autoridade administrativa dispõe do poder de impedir ou recusar a execução da obra (*Untersagungsoption*): não há aqui qualquer controlo público preventivo. Em geral, sobre este novo sistema de *edificação livre de autorização*, cf. Koriath, *Ob. cit.*, p. 665 e segs.; Ritter, *Ob. cit.*, p. 542 e ss; K.-M. Ortloff, “Abschied von der Baugenehmigung”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1995, p. 113 e segs.; Ch. Preschel, “Abbau der präventiven bauaufsichtlichen Prüfung und Rechtsschutz”, *Die öffentliche Verwaltung*, 1998, p. 45 e segs.; Seidel, *Ob. cit.*, p. 256 e segs.; especialmente, sobre a intervenção de organismos e peritos acreditados e sobre o consequente reforço da responsabilidade dos arquitectos, cf. Werner/Reuber, “Der staatliche anerkannte Sachverständige nach den neuen Bauordnung der Länder”, *Baurecht*, 1996, p. 786 e segs.; Ortloff/Rapp, “Genehmigungsfreies Bauen: Neue Haftungsrisiken für Bauherren und Architekten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 2346; Schulte, “Schlanker Staat: Privatisierung der Bauaufsicht durch Indienstnahme von Bauingenieuren und Architekten als staatliche anerkannte Sachverständige”, *Baurecht*, p. 249 e segs..

²⁶ Desde 1990, com a lei sobre o procedimento administrativo (que subalternizou a figura da autorização administrativa, tendo-a, em grande medida, substituído por procedimentos de comunicação de início de actividade), a apresentação da – actualmente designada – *declaração de início de actividade* investe o interessado da faculdade de realizar a operação declarada ou comunicada; a Administração dispõe do prazo de 30 dias para exercer um poder *interditivo* ou *repressivo*. Quer na doutrina, quer na jurisprudência, têm-se suscitado dúvidas sobre a compreensão teórica e prática do instituto: as divergências recaem, além do mais, sobre a natureza jurídica da *declaração* ou *comunicação* (acto privado, acto de direito público ou mesmo *acto administrativo*), bem como sobre os poderes da Administração Pública depois da queda do prazo de que dispõe para interditar o exercício da actividade comunicada. Actualmente, após a reforma legal de 2005, este último aspecto encontra-se resolvido, uma vez que a lei entrega expressamente à Administração, mesmo após o esgotamento do prazo para interditar, o poder de “assumir determinações em via de autotutela”. Cf. B. Graziosi, “Limite degli interventi edilizi in regime di asseverazione e tutela dei terzi”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 1996, II, p. 95 e segs.; M.E. Schinaia, “Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all’inerzia dell’amministrazione”, *Diritto processuale amministrativo*, 1991, p. 185 e segs.; A. Pajno, “Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537: intrapresa della attività privata e silenzio dell’amministrazione”, especial., *Diritto processuale amministrativo*, 1994, p. 41 e segs.; G. Falcon, “La regolazione delle attività private e l’art. 19 della legge n. 241 del 1990”, *Diritto Pubblico*, 1997, p. 411 e ss; G. Acquarone, *La denuncia di inizio attività*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 9 e segs.. Após 2005, ano em que a lei do procedimento administrativo (de 1990) foi revista, também neste ponto, cf. Loredana Martinez, “Dichiarazione privata e poteri di autotutela”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2007, I, p. 355 e segs.; Maria Concetta d’Arienzo, “La dichiarazione di inizio attività nell’elaborazione della

É exactamente à tarefa de análise e à apreciação do procedimento de admissão da comunicação prévia insituído, em 2007, no direito urbanístico português que se dedicam os números seguintes do presente texto.

2 – Âmbito do regime do procedimento de comunicação prévia no *RJUE*⁽²⁸⁾

Num contexto geral da liberalização, simplificação e agilização dos procedimentos administrativos, surgem, assim, em vários ordenamentos europeus, novos modelos de procedimento administrativo de controlo urbanístico, que não seguem o esquema clássico de faseamento ou marcha procedimental – *requerimento, instrução e decisão administrativa* –, iniciando-se antes com a entrega de uma *comunicação ou declaração* e concluindo-se com o esgotamento de um prazo e, deliberadamente, sem a exigência de tomada de uma decisão administrativa favorável.

Neste cenário, o objectivo não se reconduz tanto à abolição das formas de controlo público preventivo das operações urbanísticas (e na sua substituição por modalidades de controlo privado), mas sobretudo à desburocratização e na simplificação administrativa, a qual se consubstancia na abolição da exigência de decisão administrativa expressa favorável.

É em tais modelos de predominante simplificação procedimental que se enquadra a figura da *comunicação prévia* na legislação urbanística portuguesa (instituída com um espectro mais amplo do que conhecia antes⁽²⁹⁾), no contexto da reforma do *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)*, promovida pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro⁽³⁰⁾.

Formulando a *regra geral* de sujeição a *licença municipal* das operações urbanísticas, a nova versão do *RJUE* acolheu um extenso universo de excepções, as quais se agrupam em três categorias: *i)* operações dependentes de *autorização*

giurisprudenza amministrativa e costituzionale prima e dopo la legge n. 80 del 2005”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2007, II, p. 113 e segs.; A. Sandulli, (org.), *Diritto amministrativo applicato* (tomo II da obra *Corso di diritto amministrativo*, dirigida por S. Cassese). Milão, Giuffrè, 2005, p. 207 e segs..

²⁷ Cf. J.A. Chinchilla Peinado, “El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2008, p. 13 e segs..

²⁸ Sobre esta matéria, *cf.*, da nossa autoria, “Controlo prévio das operações urbanísticas após a reforma legislativa de 2007”, *Direito Regional e Local*, n.º 1, 2008, pp. 14-24.

²⁹ Sobre o regime da comunicação prévia anterior a 2007, *cf.* André Folque, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 110 e segs..

³⁰ Para uma apreciação do novo regime, *cf.* Fernanda Paula Oliveira, “A alteração legislativa ao Regime Jurídico de Urbanização e Edificação: uma lebre que saiu gato...?”, *Direito Regional e Local*, n.º 1, 2008, p. 53 e segs.. Mais recentemente, *cf.* J. Pereira Reis/Margarida Loureiro/R. Ribeiro Lima, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Coimbra, Almedina, 2008.

(utilização de edifícios); *ii*) operações sujeitas a *comunicação prévia*; *iii*) operações *isentas de controlo prévio*⁽³¹⁾.

Em particular – e desde que não envolvam operações em imóveis classificados ou em vias de classificação ou situados em zonas de protecção de imóveis classificados, bem como em imóveis integrados em conjuntos ou sítios classificados, ou em áreas sujeitas a servidão administrativa ou restrição de utilidade pública – sujeitam-se ao regime da *comunicação prévia* as seguintes operações: *i*) obras de reconstrução com preservação das fachadas (como tal se definem as obras de construção subsequentes à demolição de parte de uma edificação existente, preservando as fachadas principais com todos os seus elementos não dissonantes e das quais não resulte edificação com cêrcea superior à das edificações confinantes mais elevadas); *ii*) obras de urbanização e trabalhos de remodelação de terrenos em área abrangida por operação de loteamento; *iii*) obras de construção, de alteração ou de ampliação em área abrangida por operação de loteamento ou plano de pormenor que contenha os elementos referidos nas alíneas *c*), *d*) e *f*) do n.º 1 do art. 91.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro; *iv*) obras de construção, de alteração ou de ampliação em zona urbana consolidada que respeitem os planos municipais e das quais não resulte edificação com cêrcea superior à altura mais frequente das fachadas da frente edificada do lado do arruamento onde se integra a nova edificação, no troço da rua compreendido entre as duas transversais mais próximas, para um e para outro lado; *v*) edificação de piscinas associadas a edificação principal; *vi*) alterações à utilização dos edifícios, bem como o arrendamento para fins não habitacionais de prédios ou fracções não licenciadas.

A estes casos de exigência de *comunicação prévia* juntam-se, entre outros⁽³²⁾, os que resultam da conjugação do artigo 17.º com o artigo 14.º, n.º 2, do *RJUE*. De acordo com esta última disposição, o interessado pode requerer que a informação prévia contemple especificamente determinados aspectos, quando o pedido respeite a operação de loteamento ou a obra de construção, ampliação ou alteração em área não abrangida por plano de pormenor ou operação de loteamento. Trata-se de operações urbanísticas que, em regra, dependem de *licença*. Contudo, a informação prévia favorável sobre um

³¹ As operações sujeitas ao regime da comunicação prévia surgem indicadas no artigo 6.º, sobre a “isenção de licença”; nessa disposição, misturam-se situações diferentes: operações isentas de licença, mas sujeitas ao regime da comunicação prévia, e operações isentas (de licença e) de “controlo prévio” (como é o caso, por exemplo, das obras de conservação).

³² Cf. artigos 48.º-A (alterações à operação de loteamento), 83.º (alterações durante a execução da obra) e 88.º (obras inacabadas).

pedido nesses termos “*tem por efeito a sujeição da operação urbanística em causa [...] ao regime de comunicação prévia*”.

3 – O procedimento administrativo de admissão comunicação prévia

A apresentação da comunicação prévia põe em marcha um procedimento administrativo de controlo prévio – nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do RJUE, “o controlo prévio das operações urbanísticas obedece às formas de procedimento previstas na presente secção”, a qual prevê, além de outros, o *procedimento* de comunicação prévia (cf. artigo 34.º).

Em desenvolvimento daquele procedimento vai-se produzir, em benefício ou favor do interessado, um efeito jurídico permissivo ou habilitador, por via da designada *admissão da comunicação prévia*. Esta “admissão” da comunicação assume-se, pois, como a figura central do procedimento de controlo, circunstância que nos conduz a designá-lo como procedimento de admissão da comunicação prévia. Trata-se de um procedimento que comporta as fases de *iniciativa*, de *instrução*, de *conclusão* e *complementar*.

3.1 – Fase de iniciativa

a) Apresentação da comunicação prévia

O procedimento de comunicação prévia inicia-se com o acto de apresentação da comunicação, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, do *RJUE*.

Concretizando uma opção de *tramitação desprocedimentalizada*, a lei estabelece que a tramitação do procedimento de comunicação prévia é realizada informaticamente, com recurso a um sistema informático próprio, o qual permite, desde logo, a entrega da comunicação (cf. artigo 8.º-A⁽³³⁾). Da comunicação deve constar a indicação do objecto em termos claros e precisos, identificando o tipo de operação urbanística a realizar, bem como a respectiva localização (cf. artigo 9.º, n.º 2).

A comunicação prévia deve ser acompanhada de vários elementos instrutórios: além dos que se encontram fixados na Portaria n.º 232/2008, de 11 de Março (cf. artigos 8.º, 10.º, 12.º, 14.º, 17.º e 18.º, consoante o tipo de operação urbanística), a indicação das especificações a que se refere o artigo 77.º, n.º 1, do *RJUE*, bem como, se for o caso, a indicação das condições relativas à ocupação da via pública, colocação de

³³ O funcionamento do sistema informático foi regulamentado pela Portaria n.º 216-A/2008, de 3 de Março.

tapumes de vedações (artigo 57.º, n.º 2) e do prazo de execução (artigo 59.º, n.º 2) – *cf.*, neste sentido, o artigo 35.º, n.º 1 (repetido no n.º 3). A comunicação deve ser publicitada no local de execução da operação, em conformidade com o Anexo II à Portaria n.º 216-C/2008, de 3 de Março.

b) O acto de comunicação prévia

No procedimento de comunicação prévia, não há lugar à apresentação de um *requerimento* ou de um *pedido*⁽³⁴⁾, uma vez que, em termos formais, o interessado se limita a ter de *comunicar – apresentar uma comunicação* – que pretende executar uma certa operação urbanística⁽³⁵⁾.

A apresentação da comunicação constitui um *requisito essencial* para a remoção da proibição legal (relativa) de executar a operação urbanística – sem a comunicação, a realização da operação urbanística é proibida e, portanto, ilegal: *cf.* artigo 98.º, n.º 1, al. r), tipificando como *contra-ordenação* a realização de operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia sem que esta haja sido efectuada e admitida.

Revelando-se *essencial*, a comunicação prévia *não é todavia suficiente* para alcançar o objectivo de remoção da proibição legal. É por isso mesmo que a lei tipifica como *contra-ordenação* a realização de operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia sem que esta haja sido efectuada e *admitida*.

Torna-se assim evidente que, em si mesmo, o acto de comunicação prévia não se configura como um acto de efeito habilitador⁽³⁶⁾, mas apenas como um *acto de iniciativa procedimental*; o efeito permissivo ou habilitador resulta da *admissão da comunicação*.

Dentro da categoria dos actos de iniciativa procedimental, a comunicação prévia reconduz-se à classe dos *actos jurídicos* de iniciativa *particular* – que, por um lado, traduzem a manifestação de uma vontade de obter a produção de efeitos jurídicos (permissivos) expressa por um sujeito que é titular de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos no âmbito do procedimento administrativo de admissão da comunicação⁽³⁷⁾ e, por outro lado, desencadeiam e iniciam este mesmo procedimento e

³⁴ Atente-se na disjuntiva entre *requerimento* (ou *pedido*) e *comunicação*, presente em muitas disposições do *RJUE*: v.g., artigos 9.º, 10.º e 11.º.

³⁵ Nos mesmos termos, no direito espanhol, *cf.* J.A. Chinchilla Peinado, *ob. cit.*, p. 51.

³⁶ Em sentido diverso, *cf.* L.A. Jiménez, *ob. cit.*, p. 349.

³⁷ Em geral, sobre a conexão entre a legitimidade procedimental e as posições jurídicas substantivas – nos termos do artigo 53.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo –, *cf.* M. Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/J.Pacheco de Amorim, *ob. cit.*, p.276.

criam deveres procedimentais na esfera da autoridade administrativa a que se dirigem⁽³⁸⁾.

Assim, sistematizando, a comunicação prévia, como *acto jurídico praticado por um particular e regulado pelo direito administrativo*, cumpre a função propulsiva de um procedimento de controlo prévio e surge associada aos seguintes efeitos procedimentais: *i)* constitui a autoridade administrativa na obrigação de emitir recibo comprovativo da recepção da comunicação; *ii)* constitui a mesma autoridade no dever procedimental de apreciar a conformidade legal da pretensão comunicada (quer no plano formal – saneamento e apreciação liminar –, quer no plano substancial).

Quanto ao segundo aspecto (dever procedimental de apreciação da pretensão), recorde-se que, da comunicação prévia, como acto de iniciativa procedimental, não resulta uma obrigação de decisão (com efeito permissivo)⁽³⁹⁾; o acto de comunicação prévia não envolve qualquer solicitação ou pedido à autoridade administrativa: com a recepção da comunicação, a autoridade fica investida no dever legal e institucional (não relacional) de apreciar a conformidade legal da pretensão, mas não tem a obrigação de emitir uma pronúncia favorável.

3.2 – Fase de instrução

Com a apresentação da comunicação, inicia-se um procedimento administrativo de controlo prévio que, em regra e de forma necessária, se conclui no prazo de 20 dias após aquele facto⁽⁴⁰⁾.

No prazo de oito dias após a recepção da comunicação, sempre que a mesma contenha deficiências ou faltas supríveis, o presidente da câmara (ou o vereador em que este delegar a competência) profere *despacho de aperfeiçoamento da comunicação*. No prazo de dez dias, também a contar da apresentação, o mesmo órgão pode proferir *despacho de rejeição liminar*, quando da análise dos elementos instrutórios resultar que a pretensão é manifestamente contrária às normas aplicáveis.

³⁸ A comunicação prévia regulada no *RJUE* não se confunde assim, por exemplo, com a *denúncia* no âmbito do procedimento disciplinar. Esta é um *mero facto*, posto em prática para a tutela de um interesse simples (de facto), que não tem o efeito de promover o início de um procedimento (embora possa originar um dever de proceder); *cf.* Meloncelli, *ob.cit.*, p. 89 e segs.;

³⁹ Ao contrário do que constitui, em regra, a consequência dos actos de iniciativa procedimental particular.

⁴⁰ Ou de 60 dias, no caso de haver lugar a consulta a entidades externas: artigo 36.º, n.º 3.

Não ocorrendo despacho de aperfeiçoamento nem de rejeição liminar, presume-se que a comunicação se encontra correctamente apresentada e instruída (artigo 11.º, n.º 5).

Após o saneamento e a apreciação liminar, seguem-se as tarefas administrativas de verificação e de controlo prévio – em concreto, de apreciação da legalidade substancial da pretensão em face das normas legais e regulamentares aplicáveis –, que se desenvolvem nos serviços competentes da câmara municipal.

A subsistência do dever de controlo da legalidade substancial da pretensão denota a especificidade da solução adoptada, que, assim, não seguiu o modelo da privatização do controlo prévio das operações urbanísticas. O promotor da operação não assume, pois, uma *responsabilidade acrescida de certificação* da legalidade da sua pretensão⁽⁴¹⁾; da mesma forma, não existe, para este caso específico, um reforço da responsabilidade dos autores dos projectos.

3.3 – Conclusão do procedimento

Nos termos dos arts. 36.º e 36.º-A, o procedimento de comunicação prévia poderá conhecer um dos seguintes desfechos: *a)* rejeição expressa da comunicação; *b)* ausência de rejeição expressa da comunicação⁽⁴²⁾. Vejamos cada um destes casos.

a) Rejeição da comunicação

A rejeição da comunicação deve ocorrer dentro do prazo de 20 (ou de 60 dias) de apreciação da pretensão comunicada (*prazo de rejeição*). A rejeição, que consta de *decisão expressa* do presidente da câmara (ou, por delegação, dos vereadores), será imposta quando a operação urbanística comunicada viola as normas legais e regulamentares aplicáveis (designadamente as constantes de plano municipal de

⁴¹ Embora num outro contexto, recorde-se o Decreto-Lei n.º 83/94, de 14 de Março, estabelecendo o regime jurídico do “certificado de conformidade dos projectos de obras sujeitas a licenciamento municipal”. O certificado, que se previa poder ser emitido por *entidades reconhecidas*, dispensava a intervenção dos serviços técnicos municipais, reduzia para metade os prazos para a deliberação final da câmara municipal sobre o projecto ou projectos certificados, assim como dispensava a apresentação dos termos de responsabilidade dos autores dos projectos certificados. Tratava-se de um regime, nunca posto em prática, que instituiu um modelo de *certificação privada* de projectos (alternativo à verificação da legalidade pelos serviços municipais no âmbito de procedimentos de licenciamento).

⁴² Ao contrário do que sugere o artigo 37.º, n.º 2, não há lugar a um “deferimento da comunicação”; a lei não prevê decisão de deferimento, mas apenas *decisão de rejeição* ou a *não rejeição (a não decisão)*; como, para o direito italiano, observa F. Gaffuri, “La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla L. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell’istituto”, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 381, podemos dizer que o exercício do poder se exprime numa decisão de rejeição ou, então, numa «não decisão», que se segue à verificação da legitimidade da pretensão.

ordenamento do território), as normas técnicas de construção em vigor ou os termos de informação prévia existente.

O acto de rejeição, que tem de ser praticado dentro do *prazo de rejeição*⁽⁴³⁾, constitui, assim, o *acto administrativo* mediante o qual a autoridade competente exerce o seu poder inibitório, interditivo ou de veto, do qual resulta a não remoção da proibição legal de realização da operação urbanística. Embora aparentando o contrário, pelo facto de consubstanciar o exercício de um poder inibitório, a rejeição pode também considerar-se um *acto administrativo negativo*, equiparado, em termos práticos ao acto de *indeferimento* do pedido ou requerimento particular. Sucede, contudo, que esta última qualificação coloca algumas dificuldades no capítulo da reacção contenciosa do interessado (autor da comunicação prévia). Na verdade, não parece que a reacção contenciosa deva seguir a via da *acção administrativa especial* para encaminhar um pedido de *condenação à prática de acto legalmente devido*, uma vez que a Administração não tem, no caso, o dever de praticar um qualquer acto. Por esta razão, afigura-se mais adequado desconsiderar⁽⁴⁴⁾ a configuração da rejeição como *acto negativo* (de indeferimento) e admitir a sua *impugnação* judicial, no âmbito da mesma acção administrativa especial⁽⁴⁵⁾.

b) Ausência de rejeição da comunicação: a admissão da comunicação

Decorrido o prazo de rejeição sem que uma decisão de rejeição haja sido tomada, “é disponibilizada no sistema informático (...) a informação de que a comunicação não foi rejeitada, o que equivale à sua admissão” – *cf.* artigo 36.º-A, n.º 1.

A admissão ou, em termos equivalentes, a falta de rejeição da comunicação comporta um efeito permissivo e habilitador, uma vez que, por força da lei, o interessado *pode* – ou seja, fica então *habilitado* a – dar início à execução das operações comunicadas (após o pagamento das taxas devidas).

i) Pressupostos de produção do efeito permissivo ou habilitador

⁴³ Se ocorrer mais tarde, poderá considerar-se um acto (*tácito* ou *implícito*) de revogação da admissão da comunicação.

⁴⁴ Desconsideração desde logo relevante para os efeitos do disposto no artigo 51.º, n.º 4, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*.

⁴⁵ Reconhecemos que essa não é a solução óptima, designadamente por não se afigurar viável a sua articulação com uma tutela cautelar eficaz. O meio mais adequado seria a intimação judicial para a prática de acto legalmente devido, prevista no artigo 112.º do *RJUE*. Sucede que este processo urgente autónomo (especial) só se aplica quando estejam em causa actos que devam ser praticados no âmbito do procedimento de licenciamento – *cf.* artigo 111.º, al. *a*). Sobre este processo, *cf.* F. Alves Correia, “Intimação judicial para a prática de acto legalmente devido no âmbito do procedimento de licenciamento de operações urbanísticas”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 135.º, 2005, n.º 3934, p. 34 e segs..

Como acaba de se afirmar, o efeito habilitador ou permissivo não provém da comunicação, mas da admissão desta, ou seja, da falta de rejeição da comunicação.

Apesar de a lei não se apresentar clara, afigura-se-nos que não é exactamente a informação – pelo sistema informático – de que a comunicação não foi rejeitada que equivale à *admissão*, como sugere o n.º 1 do artigo 36.º-A, mas antes a simples *falta de rejeição* dentro do prazo, como resulta do n.º 2 da mesma disposição: na verdade, aqui se estipula que “na falta de rejeição da comunicação prévia, o interessado pode dar início às obras (...)”.

Nestes termos, se, por qualquer razão, o sistema informático não disponibilizar a informação da não rejeição, não parece que o interessado fique com o ónus da reacção contenciosa (v.g., propondo uma *acção administrativa especial*, com pedido de *condenação à prática de acto devido*, ou, como chegámos a propor, uma *acção administrativa comum*⁽⁴⁶⁾). Na nossa interpretação, apesar da ausência de informação, o mero facto de ter decorrido o prazo de rejeição *habilita* o interessado a executar as operações urbanísticas comunicadas, encontrando-se a Administração obrigada a suprir a falta de informação pelo sistema informático, através da emissão (aqui sim) de um comprovativo da admissão. Mesmo que o comprovativo não seja emitido, o particular pode iniciar a execução da operação urbanística – titulada pelo recibo de apresentação da comunicação (cf., *infra*, 3.4) –, após o pagamento das taxas devidas. A tese contrária à que defendemos – segundo a qual o efeito permissivo resulta, não da falta de rejeição dentro do prazo, mas apenas da informação de não rejeição – comporta uma indesejável situação de maior desfavor para o interessado do que a que resulta da “solução geral” do deferimento tácito, prevista no artigo 111.º, al. c), do *RJUE*. Ou seja, para essa tese, o decurso do prazo de rejeição não teria sequer a força de gerar um acto de deferimento tácito. Conclusão esta que se nos afigura incongruente com o propósito simplificador e, sobretudo, liberalizador inerente à adopção do modelo de comunicação prévia.

ii) A admissão da comunicação como efeito automático e ficcionado

Convém ainda esclarecer que, nos termos da lei, a *admissão* da comunicação surge estruturalmente concebida como um *acto ficcionado*, produzido por mero efeito legal (e não por uma pronúncia administrativa). Na verdade, o sistema adoptado não contempla, em rigor – como *acto típico* – a existência de um acto expresso, formalizado, que tenha por objecto a admissão da comunicação. Sem considerar o caso

⁴⁶ Cf. “Controlo prévio...”, *cit.*

de rejeição, a única hipótese contemplada na lei é a da falta de rejeição – uma *não decisão* –, a qual *equivale*, por ficção legal, a uma admissão da comunicação⁴⁷.

Tendemos assim a sustentar que se, por lapso, a Administração emitir, de forma expressa, uma declaração de “admissão da comunicação”, deve considerar-se que se trata: *a)* de um *acto meramente declarativo* sem efeito permissivo (ainda que possa produzir efeitos jurídicos limitados, no plano da boa-fé, quando praticado *antes* do esgotamento do prazo de rejeição); *b)* de um comportamento declarativo desprovido de quaisquer efeitos jurídicos, quando emitido *após* aquele prazo (e após a produção, *ex vi legis*, do efeito permissivo ou habilitador)⁽⁴⁸⁾.

iii) Condições a observar na execução da operação urbanística comunicada

No plano prático, uma das dificuldades do procedimento de comunicação prévia – e que decorre de a admissão da comunicação não se traduzir numa decisão expressa – relaciona-se com o estabelecimento das condições a cumprir na execução das operações comunicadas. Neste capítulo, assumem uma importância central os *regulamentos municipais* (*cf.* artigos 53.º, n.º 1, e 57.º, n.º 1). A lei remete, assim, para o escalão regulamentar a definição (em abstracto) de condições que, até agora, se concebiam como concretas e específicas para cada caso. A concretização das referidas condições deixa de caber à câmara municipal e, em certa medida, passa para a responsabilidade do interessado, como se pressupõe no artigo 35.º, n.º 1, ou nos artigos 57.º, n.º 2, e 58.º, n.º 2.

3.4 – Fase complementar

Diferentemente do que ocorre com a outorga de licença, o procedimento de comunicação prévia não comporta a emissão de alvará, nem de qualquer outro documento equivalente que titule a admissão da comunicação prévia. Nos termos da lei, a admissão da comunicação prévia é titulada pelo “recibo da apresentação da comunicação acompanhado do comprovativo da admissão nos termos do artigo 36.º-A” (*cf.* artigo 74.º, n.º 2) – diga-se, a propósito, que não se alcança o sentido da referência legal ao “comprovativo da admissão nos termos do artigo 36.º-A”, pois esta disposição

⁴⁷ Insistimos na ideia de que a “admissão” não é um acto que deva ser praticado pela Administração; a sua falta não equivale a um deferimento (tácito) – *cf.* artigo 111.º, al. *c)* –, mas a um acto de admissão.

⁴⁸ Situação com outros contornos traduz-se na tomada de uma decisão de rejeição após o prazo de rejeição. Como defendemos já, poderá considerar-se estarmos diante de um acto (*tácito* ou *implícito*) de revogação da *admissão da comunicação*.

não alude a qualquer “comprovativo”; o que aí se prevê é apenas a informação de que a comunicação não foi rejeitada⁽⁴⁹⁾.

Sem embargo, o procedimento de comunicação prévia contempla um momento ou fase complementar, na qual se processa o pagamento das taxas devidas pelas operações urbanísticas a realizar (*cf.* artigo 116.^{o(50)}). Conforme indicação da lei, só após esse pagamento, pode dar-se início às obras (*cf.* artigo 36.^o-A, n.^o 2).

O pagamento das taxas faz-se através de autoliquidação, nos termos previstos (para outra hipótese) no artigo 113.^o, n.^o 3, do RJUE, conforme se dispõe no artigo 117.^o, n.^o 5, do mesmo diploma.

4 – A admissão da comunicação prévia como acto administrativo

4.1 – Apreciação da opção legislativa

Expostos os momentos ou fases do procedimento de admissão da comunicação prévia, é altura de analisar o ponto dogmáticamente mais apelativo, relacionado com os contornos jurídicos da opção legislativa de configurar a admissão da comunicação como *acto administrativo* (artigo 36.^o-A).

Como premissa inicial, que atende à experiência de ordenamentos estrangeiros (em especial, na Alemanha e na Itália), afigura-se-nos ter sido correcta a opção da lei portuguesa. Com algumas variações, naqueles ordenamentos, seguiu-se, em geral nas leis urbanísticas, um modelo de *abdicação da decisão administrativa*, baseado em procedimentos de comunicação de início de actividade que põem em marcha uma tramitação silenciosa em cujo âmbito a autoridade administrativa deve efectuar, num certo prazo, a verificação da legalidade da intenção do particular. Em regra, no decurso desse prazo, em que dispõe de uma “reserva de reacção”, a Administração pode opor-se à realização da pretensão privada, se entender que a actuação projectada é ilegal (“poder de veto”). Nada fazendo, o procedimento conclui-se “con un silenzio” – mas com um silêncio sem o valor de acto jurídico, uma vez que o particular não dirige qualquer pedido à Administração: o silêncio não desencadeia qualquer efeito habilitador, não havendo, por isso, lugar à *ficção jurídica* da existência de um *acto administrativo*.

⁴⁹ Acrescente-se que, nos termos do artigo 82.^o, é já a “admissão da comunicação prévia” (sem referência a qualquer comprovativo e esquecendo-se do recibo da apresentação) que constitui título bastante para a instrução de pedidos de ligação às redes públicas.

⁵⁰ O artigo 116.^o remete para as taxas a que se refere a Lei n.^o 53-E/2006, de 29 de Dezembro – apesar do lapso da indicação legal. Sobre este lapso, *cf.* J. Pereira Reis/Margarida Loureiro/R. Ribeiro Lima, *ob. cit.*, p. 314.

Ora, como a doutrina tem acentuado, o processo de simplificação consistente na abolição do acto administrativo de controlo prévio não tem sido isento de “perturbações” ou de “complicações”. Desde logo, estas surgem no capítulo da *certeza jurídica*. A falta de um acto administrativo a “oficializar” a actuação privada cria uma situação de incerteza⁽⁵¹⁾ para o interessado directo, que fica “por sua conta e risco”⁽⁵²⁾, privado de um acto público que titule a sua actuação⁽⁵³⁾. Mas, além disso, surgem também complicações e dificuldades para a situação jurídica dos terceiros, que *perdem* uma decisão pública que poderiam atacar, remetendo para a tutela (insuficiente) do direito privado uma questão que, conformada por um acto administrativo, pertenceria ao direito administrativo⁽⁵⁴⁾.

Pois bem, ao contrário dessas experiências, a reforma do *RJUE* não adoptou o modelo do procedimento de comunicação prévia sem *decisão administrativa*⁽⁵⁵⁾.

Eis o que resulta claro da epígrafe do artigo 36.º-A – isto, apesar de os números em que o artigo se desdobra omitirem qualquer alusão à noção de acto administrativo. A conclusão segundo a qual a admissão da comunicação prévia constitui acto administrativo não resulta apenas da epígrafe do artigo 36.º-A; aquela está também em perfeita consonância com as disposições sobre a validade (artigos 67.º e 68.º) ou sobre a revogação (artigo 73.º) da admissão das comunicações prévias.

Parece-nos, assim, que, por força da lei, a *admissão da comunicação prévia* (com os efeitos já analisados) corresponde ou tem a natureza de um *acto administrativo*; trata-se, pois, de um *acto administrativo ficcionado*, criado por uma *ficção legal*.

A referência à admissão da comunicação prévia como acto administrativo ficcionado aproxima-a da figura do *deferimento tácito*⁽⁵⁶⁾. Mas aquele não se confunde com esta. Com efeito, no procedimento de admissão da comunicação prévia, a ausência de decisão formal da Administração surge como a situação típica configurada pelo legislador: a falta de decisão dentro do prazo disponível para o efeito não traduz

⁵¹ Cf. Gaffuri, *ob. cit.*, p. 371.

⁵² Cf. Margarida Cortez, “A inactividade formal da Administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, p. 412.

⁵³ Como observa Filippi, “La nuova Dia e gli incerti confini com il silenzio-assenso”, *Rivista giuridica di urbanistica*, 2006, p. 357, nesse modelo, a legitimação do privado deixa de se fundar no consenso da Administração, convertendo-se numa legitimação *ex lege*.

⁵⁴ Por isso mesmo, em Itália, uma parte da doutrina e alguma jurisprudência acabaram por considerar acto administrativo a própria *comunicação do interessado* – sobre isso, cf. o nosso *Entidades Privadas*, *cit.*, p. 204²⁸¹, e, por último, L. Martinez, *ob. cit.*, p. 355 e segs.

⁵⁵ Não ocorreu, assim, a “deprovvedimentalizzazione” de que fala Gaffuri, *ob. cit.*, p. 381.

⁵⁶ Sobre a figura do deferimento tácito em geral, e, em particular, como acto ficcionado, cf. João Tiago Silveira, *O Deferimento Tácito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 94 e segs..

qualquer inércia, nem uma situação de incumprimento (de dever ou obrigação de decidir) da autoridade competente; pelo contrário, e como se disse, a lei define a falta de decisão como a *situação típica e normal* de produção de efeito permissivo; ao contrário, o deferimento tácito surge como *remédio* para uma “apatia da Administração”, numa situação em que a lei não só exige a realização de um controlo prévio como ainda reclama a tomada de uma decisão expressa⁽⁵⁷⁾. A falta de decisão consubstancia, neste caso, o incumprimento de um dever legal de decidir.

A *ficção legal* do acto administrativo de admissão da comunicação prévia introduz o factor de certeza e de segurança que, em geral, se encontra ausente nos procedimentos de comunicação prévia, permitindo, do mesmo modo, a adequada defesa do interesse público e dos interesses de terceiros.

4.2 – Regime do acto administrativo de admissão da comunicação prévia

Na linha do que se vinha afirmando no fim do ponto anterior, a ficção legal do acto administrativo de admissão da comunicação apresenta ainda a vantagem de submeter esse acto ao regime geral dos actos administrativos, *v.g.*, em matéria de impugnação⁽⁵⁸⁾ ou de validade – quanto ao regime da nulidade, bem como quanto aos poderes administrativos de declaração de nulidade ou de revogação (esta última a efectuar nos termos estabelecidos no Código do Procedimento Administrativo para os *actos constitutivos de direitos*; *cf.*, contudo, o artigo 73.º, n.º 2).

Pela sua importância neste contexto, destaca-se em particular o *poder administrativo de autotutela anulatória* (de revogação com fundamento em invalidade), permitindo que a autoridade administrativa proceda à revogação (anulatória) – nos termos do artigo 141.º do Código do Procedimento Administrativo – dos actos de admissão de comunicação prévia que sejam ilegais (que padeçam de ilegalidades não detectadas na fase de instrução do procedimento de admissão de comunicação prévia)⁽⁵⁹⁾.

⁵⁷ *Cf.* Margarida Cortez, *ob. cit.*, p. 409.

⁵⁸ O acto de admissão é impugnável pelos interessados nos termos gerais, aplicando-se, pois, em matéria de prazo de impugnação ou de legitimidade processual, as regras gerais de impugnação de actos administrativos.

⁵⁹ No direito italiano, antes da reforma de 2005, a doutrina e a jurisprudência dividiam-se sobre a questão de saber se, após o decurso do prazo de reacção, em que poderia proibir a actividade comunicada, a Administração continuava a dispor de um poder repressivo, de interditar a actividade comunicada, mas exercida em infracção à lei; sobre o assunto, *cf.* A. Liberati, *L'autotutela amministrativa*, Milão, Giuffrè, 2006, p. 267, salientando que não poderia haver autotutela anulatória por falta de um acto administrativo que pudesse constituir objecto de anulação administrativa. Sobre o assunto, *cf.* ainda V. Cerulli Irelli, *ob.*

cit., p. 134. Hoje, como já vimos, a situação está resolvida em termos positivos, mas por indicação legal expressa.