

GESTÃO TERRITORIAL, URBANISMO E CORRUPÇÃO –

Anatomia da Insídia

TERRITORIAL MANAGEMENT, URBANISM AND

CORRUPTION – Anatomy of a public damage

Luís Miguel Ferreira de Sousa

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

Coimbra, outubro de 2020

Agradecimentos:

- À Sr.^a Professora Doutora Fernanda Paula Oliveira, pela adesão e disponibilidade que entregou a este exercício.

- Aos profissionais que partilham este caminho.

- Aos que permanecem.

- À minha mãe.

Resumo:

Os instrumentos de gestão territorial em geral e o direito do urbanismo em particular, constituem-se num meio de intervenção administrativa na organização do território e concretamente no uso do solo, contribuindo para a prossecução de fins de natureza iminentemente pública¹, mediante uma atuação do Estado, intervencionista, proactiva, que opera na esfera do particular de forma unilateral, mas também, hodiernamente, sinalagmática². Não obstante, são característicos desta atividade estadual normativos de elevada tecnicidade e complexidade, com múltiplas cláusulas sujeitas à interpretação dos operadores [enquanto agentes da administração], as quais se podem consubstanciar em campo fértil para o surgimento de fenomenologia de índole corruptiva para a qual contribui a frequente “opacidade”³ que lhes é apontada.

A corrupção, enquanto atividade profundamente lesiva das instituições e sociedades democráticas⁴, desvirtua a concorrência, minando os princípios de transparência, eficácia, eficiência e prossecução da causa pública que devem constituir o primado da atuação do Estado, subtraindo recursos económicos e exaurindo, mediamente, um amplo leque de bens públicos. Na sua estirpe urbanística apresenta “*conexão íntima com a concorrência de elevadas margens de lucro apropriáveis pelos particulares, devido a um sistema de controlo ineficaz, na qual a falta de probidade e ética pública miscigenada com condutas típicas operadas pelos representantes do Estado e mais concretamente da Administração é profundamente prejudicial ao interesse público*”⁵.

O presente trabalho pretende efetuar um olhar sincrético sobre as circunstâncias e fatores que propiciam a ocorrência intrínseca de fenómenos de corrupção na gestão territorial e urbanismo, suportado por uma análise interdisciplinar concretizada em factos

¹ FERNANDO ALVES CORREIA, *A nova lei de bases da política de solos, de ordenamento do território e de urbanismo: alguns princípios fundamentais*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 34, fevereiro, 2014, pp. 83 e ss.

² A título exemplificativo, a utilização do instituto dos contratos para planeamento, através dos quais se procuram maximizar as mais-valias resultantes da colaboração público-privada, “*na realização de operações de desenvolvimento que concorram para a necessária qualificação urbanística e ambiental do território, tanto na vertente da expansão como nas vertentes da reabilitação e da reestruturação urbanas*” FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 228.

³ ANDRÉ FOLQUE, *Fatores de Opacidade das Infrações Urbanísticas*, Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira, Procuradoria – Geral da República, outubro 2018, pp. 167 e ss.

⁴ JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 57 e ss.

⁵ JULIO TEJEDOR BIELSA, *La Corrupción Urbanística. Um problema sistémico*, Coletânea La corrupción en España – Ámbitos, causas y remedios jurídicos, Atelier Libros Juridicos, 2016, pp. 301 e ss.

tangíveis, demonstrativos do potencial altamente lesivo das práticas corruptivas neste universo. Partindo da correlação teórica da multiplicidade de fatores de índole diversa que concorrem para a ocorrência de corrupção urbanística e desenhando a mesma no universo do empírico, almeja-se alumiá-las potenciais estratégias a utilizar no combate desta atividade delituosa profundamente prejudicial à comunidade.

Palavras-chave: Gestão Territorial, Urbanismo, Expropriação, Corrupção, Controle, Prevenção

Abstract:

Urban planning law and, broadly speaking, territorial management instruments constitute a means of administrative intervention on the soil, contributing to the pursuit of purposes of an imminently public nature⁶, through a proactive, interventionist State action that operates in a unilateral sphere, but also, today, dialectic⁷. Nevertheless, laws and regulation of high technicality and complexity are characteristic of this state activity, with multiple clauses subject to the operators interpretation [as agents of the Administration], which can be substantiated in a fertile field for the emergence of corruption phenomenology for which contributes some “opacity⁸” that is pointed out to them.

Corruption, as an activity deeply damaging to democratic institutions⁹ and societies, distorts competition, undermining the principles of transparency, effectiveness, efficiency and pursuit of the public cause that must constitute the primacy of the State's action, subtracting economic resources and depleting, immediately, a wide range of public goods. In its urbanistic strain, it presents “*an intimate connection with the competition of high profit margins that can be appropriated by individuals, due to an ineffective control system, in which the lack of probity and public ethics miscegenated with typical conducts operated by the representatives of the State and more specifically, the Administration is deeply damaging to the public interest*¹⁰”.

Privileging the forensic aspect, the present exercise intends to make a syncretic look at the circumstances and factors that propitiate the intrinsic occurrence of corruption phenomena in urbanism and territorial management, supported by an interdisciplinary analysis concretized in concrete facts, demonstrating the highly harmful potential of corruption in this universe. Starting from the theoretical correlation of the multiplicity of

⁶ FERNANDO ALVES CORREIA, The new basic law of soil policy, spatial planning and urbanism: some fundamental principles, Review of the Center for Law, Planning and Urbanism Studies, n° 34, February, 2014 , pp. 83 and ss.

⁷ As an example, the use of the institute of contracts for planning, through which one seeks to maximize the gains resulting from public-private collaboration, “in carrying out development operations that contribute to the necessary urban and environmental qualification of the territory, both in terms of expansion and in terms of urban rehabilitation and restructuring” FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Legal Regime for Commented Territorial Management Instruments, Coimbra, Almedina, 2017, p. 228.

⁸ ANDRÉ FOLQUE, Opacity Factors of Urbanistic Infractions, Ethos Project Studies - Corruption and Economic-Financial Crime, Attorney General's Office, October 2018, pp. 167 and ss.

⁹ JOSÉ MOURAZ LOPES, The Spectrum of Corruption, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 57 and ss.

¹⁰ JULIO TEJEDOR BIELSA, La Corrupción Urbanística. A systemic problem, Coletânea La corrupción en España - Areas, causes and legal remedies, Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 301 and ss.

factors of different nature that contribute to the occurrence of urban corruption and drawing it in the universe of the empirical, it aims to illuminate potential strategies to be used in combating this criminal activity deeply harmful to the community.

Keywords: Territorial Management, Urbanism, Expropriation, Corruption, Control, Prevention

Lista de siglas:

CCDR - Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional

CE – Código das Expropriações

CPA – Código de Procedimento Administrativo

DL – Decreto-Lei

IGF – Inspeção Geral de Finanças

IGAMAOT – Inspeção Geral da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território

PDM – Plano Diretor Municipal

PNPOT – Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território

PMOT – Programas Municipais de Organização do Território

RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

RGEU – Regulamento Geral das Edificações Urbanas

REN – Reserva Ecológica Nacional

RAN – Reserva Agrícola Nacional

TC – Tribunal Constitucional

p. - Página

pp. – Páginas

n.º - Número

ss – Seguintes

cfr. -Conferir

cit. - Citação

Índice	
Agradecimentos: -----	2
Resumo:-----	3
Abstract: -----	5
Lista de siglas:-----	7
Índice-----	8
1. Contextualização e introdução ao tema-----	10
<i>1.1. A sociedade hodierna e a emergência de políticas de ordenamento do território e urbanismo</i> -----	10
<i>1.2. Corrupção Urbanística – síntese jurídico criminológica</i> -----	13
<i>1.3. Crimes estritamente urbanísticos</i> -----	18
1.3.1. Artigo 278.º- A do Código Penal – Violação de Regras Urbanísticas -----	19
1.3.2. Artigo 382.º- A do Código Penal – Violação de Regras Urbanísticas por Funcionário-----	22
1.3.3. Artigo 18.º-A, Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos – Violação de Regras Urbanísticas -----	28
1.3.4. Síntese analítica -----	31
2. Corrupção: mapeamento das áreas e fatores de risco do ordenamento do território e urbanismo-----	33
<i>2.1. Entidades atuantes: competências e fragilidades [os Municípios]</i> -----	33
<i>2.2. Fatores de risco</i> -----	34
2.2.1 Planos municipais de ordenamento do território -----	35
2.2.2. Regime jurídico de urbanização e edificação -----	36
2.2.3 Tutela da legalidade urbanística-----	37

2.2.4 Modelo organizacional e sistema de controlo interno -----	39
2.2.5. As expropriações -----	41
3. A expropriação por utilidade pública e o risco de corrupção, partindo de um estudo de caso: Acórdão do Juízo Central Criminal de Vila Nova de Gaia, Proc. nº 2808/13.8TAVNG -----	42
3.1. Proposta “ <i>de iure condendo</i> ” -----	47
3.2. “Modus operandi” -----	51
4. Considerações finais -----	52
Bibliografia -----	54
Jurisprudência -----	58

1. Contextualização e introdução ao tema

“Dura é a luta contra o desejo, que compra o que quer à custa da alma.”

Heráclito, filósofo pré-socrático

1.1. A sociedade hodierna e a emergência de políticas de ordenamento do território e urbanismo

A segunda metade do século XX observou um processo de desenvolvimento das cidades mediante um vasto aumento das áreas urbanizáveis¹¹ com vista à potenciação da qualidade de vida geral. Assim, surgiu a necessidade de adoção de políticas de ordenamento, com o objetivo singular de *“desenvolver de modo equilibrado as regiões e organizar fisicamente o espaço segundo uma conceção orientadora”*, correspondendo aquele à *“expressão espacial das políticas económicas, sociais, culturais e ecológicas de toda a sociedade”*¹². Nessa conformidade, o ordenamento do território instituiu-se como disciplina científica de cariz interdisciplinar tendente a agregar os múltiplos interesses que convergem naquele, tendente por isso à abrangência e universalidade¹³.

Já, o direito do urbanismo erige-se no *“conjunto de normas e institutos que disciplinam não apenas a expansão e renovação dos aglomerados populacionais mas também o complexo das intervenções no solo e das formas de utilização do mesmo que*

¹¹ JOSÉ RANITO, *Os crimes cometidos no exercício de funções públicas e a tutela do interesse público urbanístico*, Urbanismo, Vertente Penal e Contraordenacional, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pp. 79 e ss.

¹² Referência à Carta Europeia de Ordenamento do Território, aprovada pelo Conselho da Europa em 1983, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3.^a Edição, Braga Aedrl, 2019, p. 11.

¹³ Instrumentos de planeamento vinculados à planificação económica, de âmbito regional e suprarregional.

dizem respeito às edificações, valorização e proteção das belezas paisagísticas, à recuperação de centros históricos”¹⁴.

Constituem-no regimes e regulamentos administrativos que vinculam diretamente os particulares e disciplinam essencialmente o uso dos solos e as condições de edificabilidade, sendo o seu âmbito de aplicação, matricialmente, municipal.

Transversalmente, encontra-se também na esfera do poder local a competência para a elaboração de planos de ordenamento, os quais prosseguem uma estratégia municipal, não obstante, adotando uma visão evolutiva, tal concentração de interesses próprios dos municípios,” *ter de ser compatibilizada com o reconhecimento da “progressiva complexidade da vida social acompanhada por um correlativo aumento de competências estatais à custa das entidades locais, importando um reconhecimento de que os interesses locais não são atualmente, quanto à sua natureza, ao menos necessariamente, exclusivos dos municípios e diferenciados dos assegurados pelas demais Administrações Públicas: inexistem praticamente, hoje em dia, matérias de exclusivo interesse estatal ou local, pelo que o exercício de competências [locais ou nacionais] se apresenta como necessariamente participado*”¹⁵.

A prossecução dos interesses e valores imanentes do ordenamento, gestão territorial e urbanismo, encontram reflexo institucional em diversos serviços do Estado com competências nas áreas supra^{16 17}.

No âmbito da esfera urbanística, *stricto sensu*, naturalmente, as competências estão concentradas nos órgãos municipais¹⁸, quer no âmbito da concessão de licenças e

¹⁴ FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, apud. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3.ª Edição, 2019, Braga Aedrl, 2019, pp. 18 e ss.

¹⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 204.

¹⁶ Com especial relevo para as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, as quais possuem papel de relevo no que concerne ao desenvolvimento das bases técnicas, a nível regional, da política de ordenamento do território, da política de cidades e da política de conservação da natureza, garantindo a elaboração, o acompanhamento e avaliação dos instrumentos de gestão territorial, bem como emitem pareceres nos termos da alínea f) do n.º 3 do art. 2.º do DL n.º 228/2012, de 25 de outubro.

¹⁷ No âmbito da sua miríade de competências, compete ao IGAMAOT, nos termos da alínea f) do n.º1 do art. 2.º da sua Lei orgânica constante do DL n.º 23/2012, de 01 de Fevereiro, proceder a ações de inspeção no âmbito do MAOTE e junto de entidades integradas na administração central e local, de modo a acompanhar e avaliar o cumprimento da legalidade no âmbito do ordenamento do território e conservação da natureza.

¹⁸ Nos termos do art. 5.º do RJUE, por referência ao n.º 2 do art.º 4 do mesmo diploma, os quais atribuem à câmara municipal e ao presidente da câmara competências próprias.

autorizações, bem como na elaboração de regulamentos municipais referentes à urbanização e edificação. Ocorre, igualmente, uma relação de complementaridade entre os municípios e entidades externas, às quais, no âmbito de procedimentos de gestão urbanística, se mostre necessário promover consulta e cujos pareceres assumam natureza vinculativa.

No entanto, resulta da *praxis* administrativa que “os pareceres mesmo quando qualificados como vinculativos apenas o são quando emitidos num determinado sentido [por regra em sentido negativo], correspondendo àquilo que a doutrina designa de pareceres conformes”¹⁹, mantendo a câmara municipal, no exercício de discricionariedade fundamentada, a faculdade de, mesmo que o parecer seja favorável, deferir ou indeferir o pedido de licenciamento ou comunicação prévia.

Nesta conformidade, as comissões de coordenação e desenvolvimento regional territorialmente competentes têm a competência de coordenar a consulta de entidades da administração central, direta ou indireta, no âmbito de pedidos de licenciamento de operações urbanísticas, em razão da sua localização, emitindo aquelas um parecer global e vinculativo de toda a administração central²⁰.

Desta sumária análise, resulta que, no âmbito do licenciamento e legalização de operações urbanísticas, se mostra necessária a intervenção, singular ou concorrente de órgãos municipais²¹, comissões de coordenação e desenvolvimento regional e entidades setoriais.

Ora, a referida pulverização de competências por entidades com características organizacionais e funcionais diversas, frequentemente com âmbitos de atuação amplos, bem como a exiguidade de recursos humanos conduz, necessariamente, a uma precarização da qualidade das informações técnicas produzidas, alicerces fundamentais da correta

¹⁹ “A lei determina quais os pareceres que devem ser classificados como vinculativos, pelo que, a *contratio sensu*, em regra os pareceres são obrigatórios mas não vinculativos, isto é, têm de ser solicitados (quer pela câmara municipal, quer pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional, como entidade coordenadora, quer diretamente pelos interessados), mas não são vinculativos”, FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 249 e ss.

²⁰ Nos termos do n.º 1 do art. 13.º - A, do RJUE.

²¹ Incluindo nesta definição o presidente da câmara municipal, pelas competências próprias de carácter decisório que lhe são atribuídas pela lei. MARIA JOSE L. CASTANHEIRA NEVES, *Governo e Administração Local*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.120 e ss. apud FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 132 e ss.

instrução dos procedimentos e um dos instrumentos mais sensível ao risco de contaminação.

De igual modo, o RJUE preconiza a adoção de regimes que se traduzem no aumento das responsabilidades dos particulares, interessados na realização das operações urbanísticas, por consequência da adoção de uma visão da administração simplificada e desburocratizada²², mormente com a colocação do acento tónico da salvaguarda da observância da legalidade urbanística num momento posterior de fiscalização²³.

1.2. Corrupção Urbanística – síntese jurídico criminológica

Enquanto fenómeno vinculado a uma decisão pessoal²⁴ e concreta do agente em violar a lei usufruindo de especiais qualidades²⁵ e características para obter um lucro ou vantagem de natureza ilegítima, prevalecendo o interesse privado sobre os interesses da comunidade, a corrupção passiva encontra previsão típica no artigo 373º do Código Penal²⁶.

²² Nomeadamente, mediante o reforço do mecanismo de controlo preventivo das operações urbanísticas através de comunicação prévia nos termos do n.º 4 do art. 4.º por referência ao art. 34.º e ss do RJUE.

²³ Nos termos do n.º 8 do art. 35.º do RJUE.

²⁴ No que concerne aos elementos do tipo subjetivo, o tipo de crime de corrupção passiva é doloso, dolo esse que se esgota no conhecimento e vontade de obtenção de uma vantagem ilegítima [patrimonial ou não patrimonial] como contrapartida de um comportamento violador dos deveres do cargo. Assim, desde que o agente solicite ou aceite um tal suborno [ou a respetiva promessa], verifica-se o preenchimento do tipo subjetivo, mesmo que não esteja nas suas intenções praticar o “acto de serviço” que a peita visa remunerar”. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 673.

²⁵ Nesta conformidade, estamos perante um crime específico próprio, na medida em que se exige uma certa qualidade para o agente desse crime, sendo que para efeitos penais releva o conceito de funcionário inscrito no art. 386.º do Código Penal, o qual deve ser entendido em sentido lato, abrangendo também os gestores e os trabalhadores de empresas concessionárias de serviços públicos que não se integram no Estado. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora 2010, p. 880.

²⁶ Doutrinalmente classificado como “crime de dano” quanto ao grau da lesão provocado ao bem jurídico, havendo divergência quanto à forma de consumação. No entendimento de Pinto de Albuquerque tratar-se de um crime “formal ou de mera atividade”. Já Almeida Costa, considera que estamos perante um “crime material ou de resultado”, o qual, na sua forma própria ou imprópria funda a incriminação na qualidade do agente. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora 2010, ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.663.

O bem jurídico protegido pela norma incriminadora é a integridade e probidade do exercício de funções públicas²⁷ pelo funcionário, característica intrínseca e fundadora do ilícito.

Considerando o universo axiológico tutelado pela gestão territorial e urbanismo, apresenta especial acuidade o conceito doutrinal referente aos designados “*valores-meios*”, considerados como bens jurídicos autónomos, que, consubstanciando em si mesmos objetivos organizatórios e funcionais, servem de base à preservação dos designados bens essenciais, assumindo a Administração, nomeadamente a sua autonomia funcional, considerando a relevância dos objetivos que serve, poder, em si mesma, revestir a natureza de bem jurídico criminal, em virtude da sua imprescindibilidade para a realização ou satisfação de necessidades fundamentais, indispensáveis em qualquer sociedade organizada²⁸, *maxime* no âmbito dos valores afetos à gestão territorial e urbanismo, os quais, por natureza estão subjugados à legalidade, objetividade e independência.

No que concerne à definição da *vantagem*, entendida como uma qualquer prestação não devida a um funcionário e que possa provocar alteração na sua esfera pessoal ou patrimonial, a mesma estará intrinsecamente relacionada com a natureza das funções e atribuições do funcionário corrompido, admitindo-se que, num quadro de funções de fiscalização, corresponda maioritariamente a valores de natureza pecuniária / numerário, o que já não se verificará num quadro mais complexificado de corrupção mais afeta à esfera da dinâmica dos instrumentos de ordenamento e gestão territorial.

Os atos contaminados podem traduzir-se, não só em ações e omissões relacionadas diretamente com a atividade²⁹ de um funcionário [ou titular de cargo político], mas também com comportamentos *nebulosos*, estratégias de pressão, e decisões para a obtenção de determinado resultado, cuja concretização pode ocorrer no imediato, mediante

²⁷ Pelo que, “*a interdição da corrupção visa defender a legalidade da atuação dos agentes públicos, a quem está vedada qualquer negociação relacionada com as suas funções, pois só assim se garante a objetividade decisional do Estado*”. CLÁUDIA CRUZ SANTOS et al, *A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 129 e ss.

²⁸ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 660 e ss.

²⁹ O agente pode atuar no âmbito das suas funções e no uso de específicas competências ou atribuições legais, mas encontram-se igualmente abrangidas pela norma incriminadora todas as condutas que decorram da posição “funcional do agente”, ainda que com meros poderes de facto; sendo assim suficiente para preencher a tipicidade do crime a simples circunstância de a atividade em causa se encontrar numa relação funcional imediata com o desempenho do respetivo cargo.

a utilização de *speed money*³⁰, mas também num horizonte temporal tendencialmente mediato, tendo por referência a magnitude dos projetos / operações urbanísticas em causa. Nessa conformidade, a tangibilidade ou intangibilidade da vantagem apresenta íntima conexão com as características daqueles e as funções dos funcionários ou políticos corrompidos³¹.

No que concerne à previsão incriminadora referente à corrupção ativa constante do artigo 374.º do Código Penal, a sua construção típica não exige especiais qualidades ao agente, revestindo a natureza de crime comum. Materializa-se na ação de pessoa singular ou coletiva que oferece ou promete³² uma vantagem de natureza patrimonial ou não patrimonial indevida para que o funcionário pratique uma ação ou omissão no exercício das suas funções, consumando-se na atividade daquela a prática do crime³³.

Na previsão do n.º 1 da norma, o sujeito ativo, de modo próprio ou através de terceira pessoa, pretende que o funcionário pratique ou omita um ato em violação dos deveres do cargo, ocorrendo a consumação do ilícito típico com o conhecimento pelo funcionário destinatário da manifestação de vontade de oferta / promessa da vantagem, não sendo relevante a adesão / não adesão à pretensão do corruptor. Isto porque, considerando a natureza do bem jurídico protegido pela norma incriminadora, ou seja, a imparcialidade, transparência e igualdade da atuação da Administração, estas mostram-se violadas com a mera oferta ou promessa de suborno.

³⁰ Anglicismo que traduz o desejo pelo particular da obtenção de um resultado, que seguindo um princípio equitativo e imparcial no processamento administrativo demoraria mais tempo a obter em condições normais.

³¹ Estamos perante um crime de realização instantânea, a qual “*ocorre no momento do conhecimento da solicitação da vantagem (ou promessa) do agente integrado no conceito jurídico-penal relevante pelo destinatário ou da sua aceitação, quando a iniciativa pertence a terceiro. Isto, independentemente da concretização de vantagem patrimonial ou não patrimonial ou da realização da conduta ilícita mercadejada, circunstâncias que não constituem elementos essenciais do crime de corrupção*”, *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 169/03.2JACBR.C1 de 28.09.2011*, Relator: Belmiro Andrade.

³² O ato de dádiva implica uma transferência na esfera de propriedade do bem ou fruição, mediante a sua natureza concreta. Já a promessa não implica qualquer transferência nem a aceitação por parte do funcionário de uma vantagem indevida.

³³ Assim, “*a lesão do bem jurídico na corrupção ativa coincide com o momento em que a manifestação da vontade de mercadejar o cargo, isto é, a solicitação ou a aceitação de suborno (ou correspondente promessa) por parte do funcionário chegam ao conhecimento do destinatário, pelo que a corrupção ativa consuma-se com o simples oferecimento ou promessa de suborno por parte do agente, independentemente da reação do funcionário se traduzir numa atitude de aceitação ou de repúdio*”. ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 682 e ss.

A previsão típica inscrita do n.º 2 do artigo 374.º apresenta a especificidade da solicitação efetuada ao funcionário³⁴ corresponder à prática ou omissão de ato conforme aos deveres do cargo, podendo, o mesmo, ser anterior ou posterior àquela solicitação, mostrando-se necessário em sede de tipo subjetivo que, além do dolo, se verifique uma conexão do comportamento objetivo do agente com a prática ou omissão dos atos *supra* referidos, compreendidos na competência funcional³⁵ ou nos poderes de facto do funcionário.

Em termos criminológicos, no que concerne às áreas da gestão territorial e urbanismo, quanto à sua frequência e extensão, a corrupção pode ser classificada como estrutural ou sistémica dependendo das características dos atores e circunstâncias específicas. Na doutrina criminológica italiana³⁶ o fenómeno foi categorizado em três níveis:

i) Ocorrência de corrupção ao nível legislativo, a qual estará necessariamente mais próxima das dinâmicas específicas dos instrumentos de gestão territorial e pressupõe necessariamente um perfil de corruptor ativo dotado de elevada capacidade organizacional e recursos, intrinsecamente relacionada com o universo político partidário, na qual se pretende a criação ou alteração de normas com vista a potenciar interesses privados, os quais podem causar um prejuízo direto, patrimonial, ou traduzido no esgotamento / destruição de recursos públicos, ou uma mera distorção nas regras de funcionamento do mercado;

ii) Nível intermédio, onde surge a designada “*corrupção burocrática*”, mais próxima da ocorrência de comportamentos desviantes de funcionários públicos ou equiparados, os quais, mediante conduta delituosa a troco de contrapartidas, podem conformar e promover a emissão de licenças, pareceres ou instrumentos de natureza análoga, através de um exercício viciado da discricionariedade ínsita que é característica dos regimes e regulamentos urbanísticos, promovendo um tratamento diferenciado bem como imprimindo diferentes velocidades à tramitação dos procedimentos; e,

³⁴ É determinante a qualidade de funcionário do sujeito passivo, para se verificar a prática do crime.

³⁵ A título de exemplo: o agente solicita uma tramitação acelerada do seu pedido de licenciamento ao gestor do procedimento, nos termos do n.º 3 do art. 8.º do RJUE.

³⁶ FRANCESCO CHIODELLI, STEFANO MORONI, *Corruption in land-use issues: A crucial challenge for planning theory and practice*. *Town Planning Review*, n.º 86, 2015 pp. 437 e ss.

iii) Nível financeiro, categorizado pela a ilicitude ocorrida na viciação e sobrefaturação de empreitadas de obras públicas.

A corrupção urbanística enquanto mecanismo simbiote, assente num “*iter criminis*” fundado em critérios de oportunidade mediante os *negócios* que surgem, apresenta uma relação próxima com a estrutura administrativa do governo e demais estruturas do poder local³⁷ e conseqüente efervescência política.

Assim, a elevada discricionariedade administrativa, a falta de transparência e burocracia dos procedimentos, o controlo por um pequeno número de indivíduos de dados e informações, o acesso privilegiado às instituições e seus quadros técnicos e dirigentes [o que se traduz uma vantagem em relação ao mercado concorrencial, havendo a possibilidade de “*realizar procedimentos de maneira acelerada, sabendo-se de antemão de futuras mudanças normativas que tornariam empreendimentos irregulares ou menos lucrativos, protocolar projetos construtivos utilizando-se, por exemplo, de coeficientes de aproveitamento mais favoráveis, ou iniciar o parcelamento em áreas que futuramente exigiriam maiores contrapartidas dos empreendedores*”³⁸] consubstanciam efectivos factores de risco.

Por outro lado, a imprecisão normativa potenciadora de ambivalência interpretativa bem como a *privatização* dos aspetos essenciais do planeamento e gestão urbanística, sem instrumentos efetivos de controlo sobre a atividade convencional da Administração e particulares, sem regras claras para a avaliação das respetivas obrigações não potencia a transparência, o direito de participação dos interessados e particularmente o controlo em

³⁷ Tendo por estudo a realidade espanhola, a doutrina realça que o ecossistema urbanístico enquadrado por quadros normativos densos e ambíguos apresenta um perigo de corrupção endémica. Para tal desiderato contribui a fragilidade de um modelo de regulação extremamente complexo baseado na pulverização de competências nos governos autónomos [17 Comunidades Autónomas] e autarquias locais [Municípios], as quais necessariamente regem a sua atividade por objetivos locais e imediatos, conduziu a um enorme aumento da classificação do solo como apto para transformação tendo tal facto contribuído para o aumento de edificação desordenada, considerando a vocação expansiva da atividade imobiliária. JULIO TEJEDOR BIELSA, *La Corrupción Urbanística. Um problema sistémico*, Coletânea La corrupción en España – Ámbitos, causas y remedios jurídicos, Atelier Libros Juridicos, 2016, pp.. 301 e ss.

³⁸ LEONARDO BERALDO DE ORNELLAS BORGES et al., *Corrupção urbanístico em sistemas de planeamento e gestão urbanos: um estudo de caso*. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, 2019, pp. 2 e ss.

concreto da legalidade urbanística, criando um “*caldo de cultivo adequado para a corrupção*”³⁹.

1.3. Crimes *estritamente* urbanísticos

Como decorre do explanado acima, a administração local e regional concentra um vasto leque de competências na área do urbanismo, nomeadamente ao nível da elaboração e revisão dos planos de ordenamento do território e respetiva regulamentação, bem como as atribuições que lhe estão acometidas na definição / alteração do uso dos solos e licenciamento de operações urbanísticas e obras de edificação.

Considerando as especificidades do ecossistema urbanístico e a sua vulnerabilidade a patologias de governação⁴⁰ intimamente conexionadas com fenómenos de índole corruptiva, nomeadamente, à penetração na esfera decisória de interesses contrários à prossecução do interesse público⁴¹, tendo por azimute a elevada rentabilidade dos proventos obtidos na construção civil e respetiva promoção imobiliária, a maioria das vezes, através de opções e projetos que esgotam e exaurem os recursos, a regra é tal reflectir-se prejudicialmente no desenvolvimento ambiental equilibrado e ordenado.

Nesta conformidade, o legislador sentiu a necessidade de convocar a intervenção penal⁴² com vista a condicionar a predisposição para a prática de ilícitos urbanísticos bem como perseguir e punir aqueles que prevariquem.

³⁹ JULIO TEJEDOR BIELSA, *La Corrupción Urbanística. Um problema sistémico*, Coletânea La corrupción en España – Ámbitos, causas y remedios jurídicos, Atelier Libros Juridicos, 2016, pp. 301 ss.

⁴⁰ JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 66 e ss.

⁴¹ Partilhamos da opinião aduzida por António Fernando da Cruz Novo, segundo a qual “os maiores danos / vícios produzidos em sede urbanística não se verificam ao nível das decisões “comuns ou diárias” que se vão tomando no âmbito de processos administrativos de licenciamento, mas sim na realização de acordos “ad hoc” entre os responsáveis políticos e promotores ou outros titulares de interesses imobiliários, através dos quais a operação urbanística / construção é concretizada sem licença tendo como pressuposto o prévio acordo entre o Município e os particulares no sentido da viabilização futura, mediante alteração dos planos de ordenamento, legalizando-se aquilo que até a esse momento era ilegal”. ANTÓNIO FERNANDO DA CRUZ NOVO, *A Violação das Regras Urbanísticas – Reflexão Crítica*, Porto Universidade Católica, 2013, pp. 9 e ss.

⁴² O RJUE, prevê no art. 100.º a responsabilidade criminal perante o desrespeito de atos administrativos que determinem qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística previstas naquele diploma, que constituem crime de desobediência prevista no art. 348.º do Código Penal, bem como “as falsas declarações

Assim, confrontado com a ineficácia da tutela daqueles interesses pelos instrumentos próprios do direito administrativo, no âmbito de uma discussão⁴³ e posterior reforma legislativa⁴⁴ abrangente, dirigida a reforçar os instrumentos jurídicos de combate à corrupção, o legislador nacional procedeu à previsão de novas normas incriminadoras na área do urbanismo, inspirado na técnica legislativa adotada pelo legislador espanhol⁴⁵, representando os *novos* crimes urbanísticos uma tentativa de reforçar a tutela dos múltiplos interesses que envolvem a gestão do território, tanto pelo lado da proteção dos solos⁴⁶, como pela exigência de retidão e probidade nos responsáveis públicos pela sua gestão⁴⁷.

1.3.1. Artigo 278.º - A do Código Penal – Violação de Regras Urbanísticas

Integrado no Título IV do Código Penal, insere-se no universo dos crimes contra a vida em sociedade, consistindo num crime de perigo comum⁴⁸, material ou de resultado⁴⁹, permitindo a estrutura típica inferir que o bem jurídico tutelado é a defesa do ordenamento

ou informações prestadas pelos responsáveis referidos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 98.º, nos termos de responsabilidade ou no livro de obra, que integram o crime de falsificação de documentos, nos termos do art. 256.º do Código Penal.

⁴³ Vide Relatório da Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com vista ao seu Combate – acessível em: www.parlamento.pt/sites/com/xileg/ceapfcaisvc/reunioes/paginas/actas.aspx.

⁴⁴ Mediante a publicação das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro e 42/2010, de 3 de Setembro.

⁴⁵ Visão da ordenação do território entendida como um valor fundamental para a sociedade, convertendo-se num bem jurídico constitucionalmente protegido, por referência aos artigos 45, 46 e 47 da Constituição Espanhola. Assim, merece proteção a ordenação do território “*enquanto valor material referente à proteção da utilização racional do solo a fim de satisfazer o interesse público*”, JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRIGUÉZ, *La Protección Penal del Territorio y el Urbanismo*, Barcelona, Bosch Editor, 2015, pp. 71 e ss.

⁴⁶ A previsão típica de delitos com objeto no ordenamento do território assume-se como reflexo da consagração da função social do solo, a qual restringe, mediatamente, o direito de propriedade do particular, que deve abster-se de condutas que violem as normas que regem o ordenamento, nomeadamente, não construindo em locais legal ou administrativamente protegidos pelo seu valor paisagístico, ecológico, artístico, histórico e cultural. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRIGUÉZ, *La Protección Penal del Territorio y el Urbanismo*, Barcelona, Bosch Editor, 2015, pp. 82 e ss.

⁴⁷ No âmbito de punibilidade dos artigos 319 e 320 identificam-se três condutas ilícitas: a sanção por violação de normas de ordenamento que envolvem espaços protegidos ou de afetação específica, a construção / edificação em solo não urbanizável e as condutas ilícitas de servidores públicos ou prevaricação urbanística. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRIGUÉZ, *La Protección Penal del Territorio y el Urbanismo*, Barcelona, Bosch Editor, 2015, pp. 91 e ss.

⁴⁸ Na construção do tipo, o “perigo” constitui elemento que deve resultar da ação, *in casu*, dos proprietários, promotores, construtores e técnicos, cujo resultado se produz em relação a um número «indiferenciado e indiferenciável» de «objetos sustentados ou iluminados por um ou vários bens jurídicos». *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 07P2270*, datado de 12.09.2007, Relator Henriques Gaspar

⁴⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 802 e ss.

do território e interesse comunitário, nomeadamente a utilização dos recursos do solo, promovendo uma gestão do crescimento urbanístico sustentado, mediante o reconhecimento de que a proteção do solo não urbanizável e seus recursos é socialmente relevante, exigindo a sua tutela proteção penal⁵⁰.

Nessa conformidade, na esteira do defendido por Mouraz Lopes, a incriminação representa um reforço da autoridade administrativa do Estado no domínio urbanístico, mas também um tipo de crime com um conteúdo material inequívoco e autónomo⁵¹ referente à tutela do solo e sua gestão racional, articulando uma visão plúrima de urbanismo⁵² como planeamento, ordenamento do território, ambiente e qualidade de vida, através da imposição de regras de ocupação, usos e transformações de solos urbanos, bem como vedando a livre disposição sobre solos não urbanizáveis.

No que concerne ao âmbito subjetivo, configuram a qualidade de autores, quaisquer pessoas que procedam a obras de construção, reconstrução, ou ampliação de imóveis⁵³, nomeadamente proprietário do terreno, dono de obra, o construtor civil ou o promotor imobiliário⁵⁴, que incidam sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, conscientes da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis⁵⁵.

Mostra-se, ainda, necessário para preencher o tipo de ilícito, que, em simultâneo ou contemporaneamente aos atos materiais praticados, o agente tenha conhecimento que a sua conduta colide com as normas urbanísticas vigentes e concretamente aplicáveis à sua

⁵⁰ JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 76 e ss.

⁵¹ Em sentido diverso, Damião da Cunha, considera que *as novas incriminações de cariz urbanístico não têm como desiderato proteger o suposto bem jurídico [reta obediência às regras urbanísticas e defesa do ordenamento do território] mas surgem como uma solução de recurso para enquadrar factos que, de outra forma, não possibilitariam, por exemplo, a condenação por corrupção*. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 107 e ss.

⁵² Traduzindo numa dimensão normativa penal o preconizado nos art. 65.º e 66.º da Constituição da República Portuguesa no que se refere a Habitação, Urbanismo, Ambiente e Qualidade de Vida.

⁵³ No que concerne à natureza das obras a realizar, a sua definição conceptual já se encontra densificada no RJUE: alíneas b), c), d) do art.º 2.º – conceitos de construção, reconstrução, e ampliação, os quais adquirem em sede da incriminação típica em análise relevância criminal.

⁵⁴ Sujeitos com capacidade estrutural e aptidões técnicas para lesar o bem jurídico.

⁵⁵ Exige-se o conhecimento em relação às normas urbanísticas aplicáveis à pretensão em concreto.

pretensão, inibindo esta exigência a possibilidade do crime poder ser punido a título de dolo eventual.

Assim, o tipo é preenchido não só com a aprovação de operação urbanística contrária às normas em vigor, mas sim com a prática de efetivas operações de construção ou alteração da natureza dos terrenos através da aposição de elementos físicos de carácter permanente.

Por oposição, em reflexo do princípio geral da intervenção mínima que rege o direito penal e, *in casu*, numa matiz de subsidiariedade dirigida à sede administrativa, foi consagrado um elemento negativo do tipo mediante a ausência de penalização das obras de escassa relevância urbanística assim classificadas por lei⁵⁶.

Importa ainda referir a solução preconizada no n.º 4 do artigo 278.º- A na qual o legislador prevê a faculdade do tribunal ordenar, na decisão de condenação, a demolição da obra ou a restituição do solo ao estado anterior, à custa do autor do facto⁵⁷. Esta previsão constitui-se numa verdadeira sanção acessória, promovendo a reconstituição à situação *ex ante* à prática dos factos típicos de índole urbanística.

O regime consagra igualmente a responsabilidade das pessoas coletivas nos termos gerais⁵⁸ bem como a existência de um regime premial mediante possibilidade de dispensa ou atenuação de pena⁵⁹.

⁵⁶ Alínea m) do art. 2.º do RJUE, o qual define por obras de escassa relevância urbanística, as obras de edificação ou demolição que, pela sua natureza, dimensão ou localização tenham escasso impacto urbanístico, as quais, por natureza, estão isentas de controlo prévio, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art. 6.º do mesmo Regime. Paulo Pinto de Albuquerque considera esta exclusão uma cláusula restritiva de tipicidade pela efetiva isenção de controlo prévio, nos termos da referida alínea e) do art. 6.º- A do RJUE.

⁵⁷ Na esteira do previsto no artigo 319.3 do Código Penal Espanhol, no qual se prevê também uma sanção acessória e seu pagamento pelo agente, bem como a salvaguarda da possibilidade de indemnizar terceiros de boa-fé afetados pelos factos típicos.

⁵⁸ N.º 3 do art. 278.º- A, por referência ao art. 11.º do Código Penal.

⁵⁹ De carácter facultativo, mediante a análise do caso concreto, sendo necessária uma análise do nível de culpa e ilicitude com que o agente tiver atuado e a inexistência de exigências preventivas nos termos do n.º 3 do art. 74.º do Código Penal. Na hipótese de atenuação especial de pena, prevista no n.º 2 do art. 278.º-B releva a necessidade de o agente reconstituir a situação *ex ante* à prática dos factos até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância.

1.3.2. Artigo 382.º- A do Código Penal – Violação de Regras Urbanísticas por Funcionário

Integrado no Título V – Dos crimes contra o Estado, o crime de violação de regras urbanísticas por funcionário está inserido no universo dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, especificamente, no domínio dos crimes de abuso de autoridade.

O legislador sentiu a necessidade de enquadrar e tipificar os atos da Administração contrários às regras urbanísticas vigentes conformadoras de um correto ordenamento do território, “*assumindo a carência de meios eficazes de combate à opacidade característica da área no que respeita ao relacionamento entre a Administração e os cidadãos, propiciadora de outros ilícitos cometidos com vista à remoção de constrangimentos normativos à exploração do solo*”⁶⁰.

De facto, observamos ao nível do bem jurídico protegido pela norma incriminadora, uma duplicidade consubstanciada na defesa do exercício íntegro de funções públicas, mediante a proteção da imparcialidade da atuação da administração, salvaguardando a sua autonomia intencional e funcional, assim como a transparência exigida à sua atividade e necessária legalidade com que a mesma tem de se conformar⁶¹, com espelho reflexo na proteção específica⁶² do interesse no incremento, potenciação de uma gestão equilibrada e racional da ocupação e uso dos solos, promovendo a equidade

⁶⁰ Não obstante a dificuldade na densificação do conceito de “normas urbanísticas”, considerando a complexidade e dinamismo características deste universo, poder-se-á considerar que são normas urbanísticas todas as disposições legais ou regulamentares relacionadas materialmente com a ocupação, uso e transformação do solo para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água. Já a jurisprudência espanhola adotou um critério amplo, considerando o tipo de ilícito aplicável ao desrespeito de normas com a categoria de lei, de normas subsidiárias daquelas relativas à substância da informação ou da decisão, ou daquelas respeitantes à competência e ao procedimento, dão lugar à ilegalidade urbanística, pois todas constituem o direito urbanístico aplicável. RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, pp. 90, 104 e ss.

⁶¹ ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 774 e ss.

⁶² Proteção do valor material da ordenação do território, em obediência ao preceito constitucional da utilização racional do solo orientada ao fim social, considerando a punibilidade das condutas mais graves e danosas, as quais pressupõem especiais qualidades e estrutura económica dos seus agentes. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRIGUÉZ, *La Protección Penal del Territorio y el Urbanismo*, Barcelona, Bosch Editor, 2015, pp. 90 e ss.

social. Dotado de respaldo constitucional⁶³, o interesse no uso racional do solo através da definição de regras de ocupação e sua transformação, o cumprimento da sua função social, através da promoção do ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico, a valorização da paisagem e a potenciação da qualidade ambiental e patrimonial das povoações e da vida urbana, resultam na definição consistente de um bem jurídico autónomo e diferenciado⁶⁴ e não a mera consagração / enquadramento circunstancial do ambiente normativo no qual opera o agente em funções públicas⁶⁵, constituindo-se assim numa prática delituosa pluriofensiva no que concerne aos bens jurídicos afetados.

Na esfera objetiva, prevê o ilícito típico, uma atuação consciente⁶⁶ do funcionário, no exercício de funções públicas, contra direito [ecossistema normativo do urbanismo e ordenamento do território], enquadrado na tutela de um bem jurídico específico, cuja ação lesa os interesses protegidos pelo referido ecossistema bem como a garantia da atividade da Administração Pública ser transparente, imparcial e conforme à legalidade.

Classificado, em termos doutrinários, como crime específico próprio, por referência ao artigo 386.º do Código Penal⁶⁷, consistindo as características ou especiais qualidades do autor fundamento da sua punibilidade. Assim, mostra-se necessário que o agente reúna a qualidade de funcionário e tenha tido intervenção num dos assinalados procedimentos, ou

⁶³ N.º 4 do art. 65.º e alíneas b) e c) do n.º 2 do art. 66.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁴ JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 74 e ss.

⁶⁵ Em sentido oposto, Damião da Cunha advoga que o legislador não atribuiu uma especial dignidade ou autonomia no que concerne ao bem jurídico tutelado, tratando-se apenas da criação de um novo crime na panóplia existente dos crimes cometidos em funções públicas. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 107.

⁶⁶ Tipo de ilícito doloso, que exige que o agente atue consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas que regulam genericamente o universo urbanístico, sendo necessário que o agente, no âmbito de um processo de licenciamento ou autorização, nele tenha exarado informação sobre leis e regulamentos aplicáveis que sabia não corresponder à verdade, atuando de forma contrária às normas urbanísticas, que conhecia e que, de forma deliberada, contrariou, não se mostrando punível a conduta a título de dolo eventual.

⁶⁷ A remissão para o conceito de funcionário em sentido “lato” considerando a violação dos deveres funcionais do funcionário autárquico não se mostra suficiente, sendo necessário que o mesmo possua “*poderes de cargo*” para intervir no ato concreto que pode integrar o conceito para efeitos penais no que concerne ao crime de violação de regras urbanísticas, estando excluídos os funcionários meramente administrativos. Nesta conformidade, é necessário analisar a tramitação interna dos processos nos serviços municipais, o conteúdo material e a relevância que cada ação do funcionário, superior hierárquico e / ou dirigente tem no decurso dos mesmos. ANTÓNIO FERNANDO DA CRUZ NOVO, *A Violação das Regras Urbanísticas – Reflexão Crítica*, Porto Universidade Católica, 2013, pp. 35 e ss.

seja, funcionário que informe ou decida favoravelmente processo de licenciamento ou de autorização ou preste neste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis⁶⁸.

Nesta conformidade, na esteira do defendido por Damião da Cunha⁶⁹, a construção do tipo de crime de violação de regras urbanísticas por funcionário apresenta uma construção similar à do crime de prevaricação previsto na legislação penal, constituindo-se, contudo, numa prevaricação específica e materialmente dedicada ao âmbito de procedimentos de controlo prévio de operações urbanísticas.

Assim, o âmbito de atuação do funcionário consagrado, cinge-se aos processos de licenciamento⁷⁰ ou de autorização cujo objeto seja uma pretensão ou operação urbanística, nos quais o mesmo informe⁷¹, decida⁷² ou preste informação falsa sobre as normas vigentes

⁶⁸ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, pp. 93 e ss.

⁶⁹ Aponta o referido autor a incoerência sistemática da solução bem como o facto de o legislador nacional ter usado como base matricial da descrição da conduta típica o crime de prevaricação, sobretudo no que se refere à descrição dos elementos subjetivos, concluindo que os novos tipos de crime são “prevaricações” derivadas de menor gravidade, ou em sentido inverso, o crime de violação de regras urbanísticas, consistirá num caso mais agravado de “*abuso de poder*” p. e p. no art. 382.º do Código Penal. Nesta matéria, a solução espanhola consagra uma especial forma de “prevaricação” agravada em relação à simples prevaricação. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 111 e ss.

⁷⁰ Nos termos do n.º 1 do art. 4.º do RJUE, a realização de operações urbanísticas depende do controlo prévio da Administração, em regra, através do licenciamento, comunicação prévia e autorização de utilização. O art. 382.º-A do Código Penal, por remissão, apenas abrange o processo de licenciamento [modalidade de controlo prévio mais exigente, aplicando-se a operações urbanísticas de impacto significativo na gestão do solo [n.º 2 do art. 4º do RJUE]] e a autorização de utilização [modalidade de controlo prévio aplicável a um único tipo de operação urbanística, a utilização de edifícios [art. 66.º a 66.º do RJUE]], mostrando-se excluídas, ainda que em desconformidade com as normas urbanísticas, as condutas adotadas no contexto de outra modalidade de controlo prévio ou de outro ambiente procedimental atinente a esta matéria. De facto, parece não estar abrangido pelo âmbito da norma o procedimento de comunicação prévia, exclusão que, considerando o vasto âmbito de abrangência, pois abarca uma multiplicidade de operações e pretensões urbanísticas [n.º 4 do artigo 4.º e artigo 34.º do RJUE] restringe a eficácia pretendida para a norma penal. No entanto, Damião da Cunha considera que os regimes da “comunicação prévia” e / ou “informação prévia” e respetiva conduta dos funcionários estão abrangidos na expressão “*informar*”, pois o que está em causa é um ato decisório quanto ao processo de licenciamento, a “*informação*” penalmente relevante engloba todos aqueles atos que devem preceder a decisão definitiva [nomeadamente a designada “informação prévia” – art. 14.º e ss do RJUE], pois a informação constitui um ato formal e contém um efeito vinculante em relação à decisão final. RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, pp. 94 e ss.

⁷¹ Elaboração de “proposta de decisão” final do procedimento contendo as informações técnicas que fundamentam a decisão, podendo assumir carácter obrigatório, facultativo, de autoria própria, ou mera adesão a informação prestada por terceiro, eventualmente, no âmbito de consultas externas às entidades que, legalmente, devem pronunciar-se sobre o pedido.

no RJUE, RGEU e demais legislação específica própria do ambiente procedimental do direito do urbanismo⁷³. De facto, ocorre um reenvio normativo, remetendo a norma penal para o ordenamento jurídico-administrativo, com o intuito de obter a “*reposição da legalidade urbanística, através da intervenção do direito penal, o qual apesar da sua autonomia, aqui depende da remissão para normas estabelecidas no direito administrativo, numa relação implícita de acessoriedade administrativa ou acessoriedade normativa dinâmica*”⁷⁴.

A construção típica em referência mostra-se lacunar, adotando uma visão estrita do direito do urbanismo e ordenamento territorial, pela não inclusão no âmbito típico a elaboração ou alteração de planos de ordenamento, nomeadamente dos planos municipais⁷⁵, os quais encerram um conceito “*gestionário*” e resultam num instituto fundamental da gestão urbanística hodierna. Assim, a conduta de funcionário que conduza, de forma desconforme às normas de direito do urbanismo, processo de alteração ou revisão material de instrumentos de ordenamento e gestão territorial, distorcendo as premissas de um regular e equilibrado uso, ocupação e transformação do solo, em obediência a

⁷² O funcionário gestor técnico do procedimento ou o chefe de divisão a nível autárquico não são sujeitos ativos para a prática do crime decider previsto no art. 382.º-A e art. 18.º-A da Lei 34/87 de 16 de julho, por incompetência absoluta. Admite-se, contudo, a aplicabilidade, no âmbito da possibilidade legal de delegação e subdelegação de competências decisórias dos titulares de cargos políticos nos titulares de cargos dirigentes quanto ao procedimento de autorização, nos termos do n.º 3 do art. 5.º do RJUE. ANTÓNIO FERNANDO DA CRUZ NOVO, *A Violação das Regras Urbanísticas – Reflexão Crítica*, Porto Universidade Católica, 2013, p. 38 por referência a nota de rodapé 93 daquela obra.

⁷³ No entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque, a norma não prevê comportamentos omissivos, inexistindo no texto legal, qualquer elemento que possibilite a equiparação da ação à omissão. Contudo, é inegável a relevância do comportamento omissivo do funcionário, que intervém no âmbito de uma consulta externa realizada no procedimento de controlo prévio penalmente relevante, de forma omissiva, constituindo-se a referida omissão numa desconformidade com as regras urbanísticas. Indiretamente, o referido comportamento omissivo tem como consequência o deferimento tácito / concordância com a pretensão urbanística formulada, nos termos do n.º 6 do art. 13.º do RJUE, deferimento que, em determinadas circunstâncias, assume carácter vinculativo para os órgãos municipais [Alínea c) do n.º 1 do art. 24.º do RJUE, representando a supra referida “omissão” um fator dominante quanto ao destino final da pretensão urbanística formulada. FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 195 e ss, apud 263 e ss RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 99.

⁷⁴ MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *Breves notas sobre os novos crimes previstos nos artigos 278.ºA (violação de regras urbanísticas) e 382.º A (violação de regras urbanísticas por funcionário)*, disponível www.asjp.pt, pp. 44 e ss.

⁷⁵ Importa referir a especificidade dos planos municipais de ordenamento do território [planos diretores municipais, planos de urbanização e planos de pormenor [vinculam as entidades públicas e os particulares nos termos do n.º 2 do art. 3.º do RJGT], intimamente relacionada com a vulnerabilidade das autarquias locais a fenómenos de índole corruptiva. Tal risco é observável pela tendência de serem alterados ou revistos os planos, tendo em vista regularizar situações ilegais (já consolidadas ou a concretizar) respeitantes, por exemplo, à classificação rural/urbano, ou à qualificação urbanizável/não urbanizável.

pretensões urbanísticas concretas de particulares⁷⁶, desvirtuando, desta forma, a prossecução do interesse público em sede urbanística, não é punível⁷⁷ no âmbito desta norma incriminadora⁷⁸.

Noutro prisma, no domínio do processo de licenciamento, a apreciação e aprovação do projeto de arquitetura nas obras em que a sua entrega é requisito [art. 20.º do RJUE], cuja análise técnica aprecia da conformidade daquele com os planos e demais normas urbanísticas, é objeto de deliberação da câmara municipal nos termos dos n.º 1 e n.º 3 do referido artigo. Esta deliberação *“surge numa fase intermédia, não “decidindo o processo”, pelo que se constitui num momento intraprocedimental – ato prévio do procedimento de licenciamento, definitivo quanto às questões ali suscitadas [arquitetura], mas não quanto ao processo de controlo prévio⁷⁹ da legalidade urbanística da operação na sua integralidade”*.

Considerada a apreciação do projeto de arquitetura um momento matricial de um projeto urbanístico, sendo a sua aprovação um dos atos mais importantes do processo de licenciamento, constata-se a incongruência traduzida na punibilidade do funcionário que preste informação técnica mas não quem decide, pois a *supra* referida deliberação

⁷⁶ Se é certo que os contratos para planeamento previstos nos art. 79.º e ss., do RJIGT materializam uma ideia de composição de interesses público privados na definição dos instrumentos de planeamento, os mesmos, necessariamente, apresentam riscos de contaminação, considerando, de forma lata, o contexto e interesses que se pretendem compatibilizar. De facto, J.Gomes Canotilho e Vital Moreira, não deixaram de reconhecer o contexto do planeamento urbanístico e territorial como um domínio onde o clientelismo, os “lobbies”, os grupos de interesse, a corrupção tendem a converter o território e a cidade num esquema de perequações económicas, não raramente, veiculadas por redes informais de influência. - Comentário ao artigo 65.º da *Constituição da República Portuguesa Anotada* Vol I Livro Artigos 1º a 107º - (4ª Edição Revista - Reimpressão) de J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 840 apud RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 94.

⁷⁷ Em sentido oposto, a reforma do Código Penal Espanhol ocorrida através da Ley Orgânica 5/2010, de 22-06, procedeu a um alargamento da área de tipicidade do crime de prevaricación urbanística, previsto no artigo 320.º, que passou a contemplar como âmbito procedimental típico, a área do planeamento, reconhecendo-a como um objeto sobre o qual se pode projetar a conduta prevaricadora.

⁷⁸ De igual forma, nos termos do n.º 2 do art. 382.º - A do Código Penal, o ilícito típico prescreve uma moldura penal agravada em função dos solos objeto de licença ou de autorização. Contudo, algumas das situações elencadas na norma penal correspondem a solos relativamente aos quais as operações urbanísticas não são objeto de licença ou autorização [a título de exemplo, operações a realizar em áreas sujeitas a servidão administrativa ou restrições de utilidade pública, elencadas na alínea e) do n.º 4 do art. 4.º RJUE] – as quais estão sujeitas à modalidade de controlo de comunicação prévia, pelo que estarão fora do ambiente de relevância típica. Nesta conformidade, a prossecução do preconizado nas alíneas b), c), e d) do art. 66.º da CRP mostra-se fragilizada pela construção típica lacunar.

⁷⁹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 239 e ss.

camarária é um ato de natureza decisória⁸⁰, contudo não decide o processo de licenciamento *in totum*.

No que concerne à consumação do crime de violação de regras urbanísticas por funcionário, a mesma ocorre em qualquer fase do processo⁸¹ de licenciamento ou autorização em que se mostre necessária a elaboração de informação técnica / apreciação da conformidade da pretensão do particular com as leis e regulamentos aplicáveis, a qual deve ter sentido favorável⁸² e propiciar a realização do fim visado pelo particular de concretizar a operação urbanística em conformidade com os termos da sua pretensão, violando assim as normas urbanísticas em vigor⁸³.

Com especial acuidade e dificuldade probatória⁸⁴, importa referir a necessidade de demonstrar que o funcionário, no processo lógico intelectual de elaboração da informação,

⁸⁰ Admitindo que é o funcionário que ocupa a posição de domínio técnico e procedimental, residindo, portanto, na sua conduta o fator idóneo a despoletar uma dinâmica de perigosidade relativamente à sedimentação na ordem na ordem jurídica de direitos subjetivos de natureza urbanística contrários às normas urbanísticas, não são, de per si, tais circunstâncias / argumento, suficientes para justificar a exclusão do âmbito típico do crime de uma situação de afronta ao bem jurídico de intensidade evidentemente maior, já que o ato proferido pelo órgão municipal em causa, determina a consolidação dos termos do projeto de arquitetura no seio do procedimento. RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 102, nota 40.

⁸¹ Ocorre uma antecipação da intervenção penal, punindo uma conduta que coloca em perigo o bem jurídico especificamente protegido, o que classifica o tipo de ilícito como um crime de perigo abstrato – concreto, sendo incriminada uma conduta apenas com a virtualidade de colocar o bem jurídico perante um concreto perigo de vir a ser lesado. Noutro prisma, Damião da Cunha advoga que a mera informação contrária às normas urbanísticas comporta um efetivo dano à legalidade da atuação da Administração e aos deveres a que o funcionário está adstrito em sede de controlo prévio das operações urbanísticas. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 114.

⁸² Mediante a prestação de informação falsa sobre: i) a conformidade da pretensão com as leis e regulamentos aplicáveis, ii) quais as leis e regulamentos aplicáveis, iii) informação incompleta, desatualizada ou deturpada.

⁸³ A análise da desconformidade da informação prestada mostra-se uma tarefa complexa, considerando a atual relação dialética entre os planos urbanísticos a os projetos urbanísticos, os quais não devem ser entendidos como atos de mera execução dos planos, mas sim como atos de integração das previsões do plano. Assim, para que um projeto urbanístico esteja de acordo com as disposições de um plano diretor municipal e, por isso, não o viole, não é necessário que aquele reproduza estrita e rigorosamente o que está previsto neste, bastando que, no conjunto ou no seu todo, o projeto urbanístico licenciado dê cumprimento às exigências significativas ou expressivas constantes do plano ou à utilização nele definida. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2012, apud RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 104.

⁸⁴ Podem apontar-se vários critérios probatórios, contudo, parece-nos mais fiável e objetiva a análise comparativa entre a posição técnica assumida pelo funcionário no processo *sub judice* e aquelas assumidas de

se deixou contaminar por considerações externas à aplicação neutra e objetiva das normas urbanísticas, constituindo aquelas manifestação da desconformidade e objeto do tipo de ilícito.

Da análise da norma, constata-se a incongruência entre a responsabilização penal do funcionário que atue no âmbito de um procedimento de controlo prévio em desconformidade com as normas urbanísticas, por oposição aos mecanismos procedimentais que têm sido adotados em sede administrativa, os quais representam uma simplificação e responsabilização do particular quanto ao destino final do próprio procedimento de controlo prévio em que seja interveniente⁸⁵.

1.3.3. Artigo 18.º-A, Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos⁸⁶ – Violação de Regras Urbanísticas

A construção típica do crime de violação de regras urbanísticas cometidas por titular de cargo político⁸⁷ é idêntica ao propugnado no artigo 382.º-A do Código Penal, apresentando, de igual modo, as deficiências lacunares do âmbito normativo apontadas àquela norma no que concerne à sua aplicabilidade restrita⁸⁸ aos processos de

forma regular e habitual noutros procedimentos de idêntica natureza e conteúdo, de forma a identificar alterações injustificadas de critérios em situações materialmente similares.

⁸⁵ Nos termos dos art. 10.º n.º 1, 63.º e 64.º do RJUE. Assim, Fernando Alves Correia, advoga que “o termo de responsabilidade” constitui uma expressão do fenómeno da privatização de responsabilidades públicas e ativação de responsabilidades privadas, no âmbito dos procedimentos de controlo prévio dos poderes públicos. De facto, por efeito do “termo de responsabilidade”, a tarefa de fiscalização *ex ante* da observância das regras técnicas de construção é devolvida e confiada a peritos contratados pelo interessado (*in casu*, os autores e coordenadores dos projetos), estando-se, por isso, em face de um sistema de controlo e certificação por terceiro: *third party certification* (*Riscos e Direito do Urbanismo*” Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 138.º, Março – Abril 2009, p.204, n.º 26) apud RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 109.

⁸⁶ Art. 2.º e 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho.

⁸⁷ Com especial relevância, os membros de órgão representativo de autarquia local, nos termos da alínea i) do art. 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, por referência ao n.º 4 do art. 386º do Código Penal e art. 33.º da Lei 75/2013, de 12 de Setembro – Regime Jurídico das Autarquias Locais.

⁸⁸ “Não se encontram razões para que outras violações do regime legal vigente no domínio do urbanismo não tenham o mesmo nível de proteção”. Nessa conformidade, Mouraz Lopes não vislumbra causa sistémica para a exclusão do âmbito normativo da norma dos processos de informação prévia [art. 14.º do RJUE] e de comunicação prévia [art. 4.º e 44.º do RJUE]. JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 80 e ss

licenciamento e autorização de operações urbanísticas, enquanto mecanismos de controle administrativo mais relevantes.

Pretende a norma assegurar o respeito e cumprimento das normas urbanísticas e relativas ao ordenamento do território pelo titular de cargo político, propugnando *“uma utilização racional do solo em função do interesse comunitário assegurado pela integridade e transparência da sua atuação, pelo que estamos perante um bem jurídico protegido pela norma incriminadora de cariz supra-individual”*⁸⁹.

Em sede de licenciamento, a competência funcional decisória está originariamente atribuída à câmara municipal, que pode ser delegada no presidente da câmara e subdelegada nos vereadores, nos termos do n.º 1 do art. 5º do RJUE. No que concerne à concessão de autorização a competência pertence ao presidente da câmara, podendo ser delegada nos vereadores, com faculdade de subdelegação, ou nos dirigentes⁹⁰ dos serviços municipais⁹¹.

Nesta conformidade, a punibilidade, considerando as competências decisórias atribuídas aos membros dos órgãos representativos da autarquia local, deve abranger a prática dos atos⁹² com capacidade decisória do procedimento após a realização de consultas e obtida a competente informação técnica, a qual tende a fundamentar a decisão final.

No que concerne à deliberação, enquanto forma de decisão de um órgão colegial, importa a participação dos titulares de cargos políticos que o componham na votação da proposta da decisão nos termos do artigo 55.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro. Assim, alguma doutrina, *“admite que, embora a participação de um titular de cargo político numa decisão colegial não se mostre expressamente prevista como forma típica de atuação, a demonstração de que, no âmbito de um processo de licenciamento, a decisão favorável à pretensão urbanística resultante da vontade do órgão se fundamentou em votações dos seus membros de forma conscientemente contrária às normas urbanísticas*

⁸⁹ CARMO DIAS, Pinto de Albuquerque, José Branco, Coordenação, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, II Volume, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 810 e ss

⁹⁰ Neste âmbito de subdelegação de competências, a conduta de funcionário pode ter abrangência típica no ato de “decidir” previsto no n.º 1 do art. 382.º -A do Código Penal.

⁹¹ N.º 3 do art. 5.º, por referência ao n.º 5 do art.4.º, todos do RJUE.

⁹² Nesta conformidade, o ato decisório pode ser individual [adotando a forma de despacho de deferimento do pedido de licenciamento ou de autorização] ou colegial [tomando a forma de deliberação que aprova o deferimento do pedido de licenciamento ou de autorização].

*determinará, entende-se, a comissão, por cada um deles, em co-autoria, do crime de violação de regras urbanísticas, previsto no artigo 18.º A da Lei 34/87, de 16 de julho*⁹³. Tal hipótese, não obstante a possibilidade da construção teórica, apresenta-se de elevadíssima dificuldade probatória, provando o empírico que a colegialidade das decisões, ainda que suportadas, na maioria das ocasiões, nos votos da maioria representada no órgão e / ou com abstenção de outros membros é uma das grandes circunstâncias / fatores justificativos apresentados para validar decisões, por vezes, de duvidosa legalidade.

No que concerne ao momento da consumação do crime, a decisão do processo consubstancia-se no deferimento do pedido de licenciamento ou autorização, sendo essa decisão / deliberação o momento constitutivo do procedimento administrativo de controlo prévio⁹⁴.

Merece realce como aspeto particular do regime em análise comparativamente com a norma do Artigo 382.º-A, a moldura penal agravada, nomeadamente no seu patamar mínimo, representativa da intenção do legislador penal realçar a necessidade de tutela constitucional da boa governação exigida a quem exerce cargos políticos e que se evidencia na “imposição constitucional” de criminalização estabelecida para os titulares de cargos políticos prevista no n.º 3 do artigo 117.º da Constituição da República Portuguesa⁹⁵.

Noutro prisma, o legislador, no universo dos titulares de cargos políticos, consagrou igualmente mecanismos de direito premial, previstos no artigo 19.º-A da referida Lei, mediante atenuação ou dispensa de pena. Considerando que o artigo em causa está construído para tipos criminais que envolvam corrupção, admite-se em sede de violação de normas urbanísticas a aplicação da alínea a) do n.º 2 deste artigo⁹⁶.

⁹³ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 100 e ss.

⁹⁴ FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 276.

⁹⁵ JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 79.

⁹⁶ JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011, pp. 83.

1.3.4. Síntese analítica

A adoção de uma visão expansiva do direito penal, traduzida na definição de novos bens jurídicos, fruto de valoração renovada de riscos preexistentes, nomeadamente a vulnerabilidade das autarquias a fenómenos de índole corruptiva na área do urbanismo, e uma consciência social evolutiva que avalia por graves os riscos da falta de ordenamento do território e proliferação de urbanismo desregrado, enquanto ameaça para o bem estar comunitário e desenvolvimento sadio das condições de vida das gerações futuras, traduziu-se, no ordenamento jurídico português, num, *aparente*, reforço da tutela dos interesses que envolvem a gestão territorial, mediante a introdução das normas incriminadoras mencionadas.

Contudo, transcorrida cerca de uma década da introdução dos tipos de ilícito estritamente urbanísticos, mostra-se possível efetuar uma avaliação da eficácia e impacto das mesmas, a qual, é, necessariamente, negativa. Na génese desta estará o, já referido, reduzido âmbito de aplicação aos processos de licenciamento e autorização, com especial relevância para a exclusão da previsão típica do regime da comunicação prévia.

Concorrente e manifestação de uma visão redutora, considerando as características do ecossistema urbanístico em sentido lato, traduz-se a exclusão do âmbito de normatividade típica dos processos de formação, alteração e revisão dos instrumentos de planeamento e gestão territorial, mormente, não contemplando os planos municipais e a sua função de regulamentar o regime de uso do solo, definindo modelos de ocupação territorial e de organização de redes e sistemas urbanos e, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo, bem como de garantia da sustentabilidade socioeconómica e financeira e da qualidade ambiental.

Nesta conformidade, não permitem as normas em causa perseguir ou enquadrar comportamentos de agentes que, através de estratégias sub-reptícias tendentes à venalidade da Administração e mais concretamente do poder autárquico, subvertam os princípios de uma utilização racional e equitativa dos solos, admitindo esquemas perniciosos que conduzem a equações viciadas dos mecanismos de perequação compensatória, profundamente prejudiciais à comunidade em favor de alguns particulares / corporações, titulares dos grandes interesses no mercado imobiliário.

Importa referir em termos de construção típica, a especial dificuldade probatória ao nível do elemento subjetivo, considerando a necessidade de existência de dolo direto do agente na consumação dos crimes em análise, bem como a brandura das molduras penais previstas para os mesmos⁹⁷, a qual reduz a, já de si, diminuta eficácia persuasora e apresenta uma enorme disparidade com os magnos proventos económicos que resultam da atividade imobiliária, eventualmente, criminosa.

Considerando que “*as estatísticas nacionais mostram uma quase inexistência de crimes de violação de regras urbanísticas*”⁹⁸, julgamos por verificados os receios daqueles que consideraram que “*a formulação típica, ainda que referenciada a um bem específico bem jurídico, corre sérios riscos de remeter a incriminação em causa para o âmbito do direito penal simbólico, de aplicabilidade reduzida e, assim, de eficácia preventiva e sancionatória quase nula*”⁹⁹.

Contudo, não terá sido apenas a correlação e integração deficiente entre as normas penais criadas e os mecanismos administrativos do urbanismo que pretendiam abarcar ou as dificuldades probatórias dos elementos do tipo que permitem concluir pela ineficácia deste processo de neocriminalização na proteção do bem jurídico específico que se pretendia acautelar. Assim, é nosso entendimento, que os valores protegidos pelos instrumentos de ordenamento do território em geral e do direito do urbanismo em particular não são passíveis de proteção sem uma visão integrada e poligonal, fortemente centrada na atuação dos municípios, enquanto principais atores funcionais do quadro axiológico regulamentar em causa.

⁹⁷ A título de exemplo: Sentença proferida em primeira instância, pelo Juízo Criminal de Ponte da Barca, Comarca de Viana do Castelo - “o arguido A., como autor de um crime de violação de regras urbanísticas p. e p. no artigo 278.º-A, n.º 1, do C. Penal, na pena de 180 dias de multa, e de um crime de falsificação de documento, p. e p. no artigo 256.º, n.º 1, als. d) e e), do C. Penal, ex vi artigo 100.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, na pena de 180 dias de multa e, em cúmulo jurídico da tais penas parcelares, na pena única de 280 dias de multa, à taxa diária de € 7, perfazendo o montante de € 1.960 (mil e novecentos e sessenta euros)”

⁹⁸ JOSÉ MOURAZ LOPES, *Fragilidades do discurso criminalizador na corrupção: entre o populismo e a ineficácia*, Revista Julgar, N.º 32, Coimbra, 2017, pp. 125 e ss.

⁹⁹ RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013, p. 114.

2. Corrupção: mapeamento das áreas e fatores de risco do ordenamento do território e urbanismo

2.1. Entidades atuantes: competências e fragilidades [os Municípios]

Pela magnitude de competências e pulverização territorial, os municípios, configuram entidades de profusa relevância, nas quais se concentram diversas competências na área do planejamento do território¹⁰⁰ e urbanismo¹⁰¹.

No que concerne à gestão urbanística, surgem como relevantes os instrumentos preconizados no RJUE¹⁰². Contudo, a consanguinidade evolutiva entre programação e gestão atribui especial relevância às formas de execução sistemática dos planos por intermédio da delimitação de unidades de execução¹⁰³, por oposição a uma visão tradicional da gestão urbanística assente, meramente, na verificação casuística da conformidade dos projetos para concretização de operações urbanísticas com os instrumentos e regulamentos em vigor¹⁰⁴.

O universo plúrimo de competências dos municípios constitui-se também nos domínios da fiscalização¹⁰⁵, instrução de processos de contraordenação¹⁰⁶ e aplicação de medidas de tutela da legalidade urbanística¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Elaboração de planos municipais nos termos dos art. 95.º, 98.º e 101.º do RJGT.

¹⁰¹ Existe uma relação umbilical entre a elaboração de planos municipais e gestão urbanística, sendo esta dinâmica considerada um *processo contínuo* com gênese na elaboração programática e sua concreta execução. Assumem os municípios “*uma nova lógica de gestão urbanística na qual “programam, coordenam e controlam operações que, de forma integrada, executem planos, em vez de se limitarem a controlar, por intermédio dos procedimentos legalmente previstos, operações casuísticas e desgarradas com o único intuito de garantir que não contrariem os planos”*”. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, Aedrel, 2019, p. 141.

¹⁰² Art. 4.º do RJUE – no qual estão previstos atos administrativos de gestão urbanística como a emissão de licenças e autorizações.

¹⁰³ Art. 146.º e ss do RJGT, nos quais se preconiza uma ação do município ao nível da programação, coordenação e controlo das operações privadas em que se traduz a execução do plano de pormenor.

¹⁰⁴ Execução designada por “assistemática”, traduzindo uma visão tradicional de planeamento e gestão territorial, com elevado risco de promover uma ocupação dispersa do território, irracional expansão de infraestruturas que consubstanciam um crescimento fragmentado e disperso. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, Aedrel, 2019, p. 141.

¹⁰⁵ Com especial relevância a fiscalização sucessiva no âmbito do regime de comunicação prévia – n.º 8 do art. 35.º e regime geral nos termos dos art.95.º e ss do RJUE.

¹⁰⁶ Art. 98.º do RJUE.

¹⁰⁷ A título exemplificativo, art. 102.º, 102.º -B e ss do RJUE.

2.2. Fatores de risco

Concorrem para a verificação de fenómenos de corrupção urbanística a dimensão patrimonial dos interesses privados que afluem no mercado de construção e promoção imobiliária, cuja estimativa e quantificação de proventos económicos está umbilicalmente relacionada com a classificação do solo^{108 109} ou mediante atribuição de vantagens aos promotores de operações urbanísticas [nomeadamente atribuição de capacidade edificatória]. Efetivamente, o sector da construção e imobiliário tem na sua matriz de atividade essencial a matéria-prima “*solo*”, constituindo-se num setor poderoso a nível local, procurando submeter ao interesse privatístico e comercial a dimensão pública que deve condicionar a sua utilização.

Adicionalmente, a concentração de competências nas autarquias, cujos executivos municipais estão condicionados pelo sufrágio autárquico, tende a direcionar e conformar o exercício das suas atribuições numa perspetiva de continuidade e perpetuação nos cargos em detrimento de projetos e decisões de planeamento sistémico, cujos frutos apenas são visíveis em horizontes temporais superiores aos dos mandatos autárquicos.

Em paralelo, as assembleias municipais, no exercício da sua função de fiscalização da ação do executivo municipal, mostram-se desprovidas de assessoria técnica para avaliar a probidade das decisões complexas decorrentes do universo do ordenamento do território e urbanismo, constituindo-se, maioritariamente, numa extensão do executivo considerando as maiorias obtidas nesse órgão pelos partidos políticos.

Os fatores supra, enquadrados num quadro organizacional municipal, em que os quadros técnicos e respetivos cargos dirigentes, cuja seleção, não obstante tentativas

¹⁰⁸ Em 1999, a Direção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano comparou a evolução da área urbanizável nos Planos Diretores Municipais e o índice de crescimento da população em 20 Municípios, tendo verificado:

- Almada: População – crescimento 2,77% / Área Urbanizável + 248%

- Mesão Frio: População – crescimento 13% / Área Urbanizável + 121% - JOSÉ RANITO, *Os crimes cometidos no exercício de funções públicas e a tutela do interesse público urbanístico*, Urbanismo, Vertente Penal e Contraordenacional, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

¹⁰⁹ O sobredimensionamento de áreas urbanas gera riscos de dispersão de urbanização, com reflexos na sobrecarga do erário municipal, cuja utilização é afeta à realização das infraestruturas urbanísticas necessárias, contrariando o princípio de consolidação dos núcleos urbanos existentes e da limitação das áreas de expansão, face à evolução demográfica estimada.

recentes de formalizar procedimentos concursais de recrutamento e seleção, está invariavelmente próxima da subjetividade volitiva do executivo municipal, agregados a um nível de remuneração insuficiente, concorrem para elevados níveis de risco de ocorrência de fenomenologia corruptiva.

Partindo da “*praxis*” da atividade municipal correlacionada com a natureza dos instrumentos de planeamento e gestão territorial, identificam-se infra os quadros de risco mais relevantes.

2.2.1 Planos municipais de ordenamento do território

Enquanto instrumentos conformadores que operam a dialética entre os interesses gerais e supramunicipais e os concretos objetivos de desenvolvimento e composição da urbe, apresentam como fatores primaciais de risco à ocorrência de ilícitos corruptivos o mecanismo de classificação do solo e a definição e quantificação de índices de edificabilidade.

Enquadrados por regulamentos lacunares ou de interpretação ambivalente, podem conduzir a um aumento dos perímetros urbanos e respetivos índices de construção desregrados e sem corresponsabilidade proporcional às necessidades da comunidade, mediante a aprovação de operações urbanísticas sem obediência a critérios uniformes.

Tais circunstâncias concorrem para o sobredimensionamento de áreas de expansão urbana definidas nos planos diretores municipais face à evolução demográfica, ocorrendo recorrentemente a aprovação das operações urbanísticas com base na aplicação direta do plano diretor municipal em detrimento da prévia elaboração de planos de urbanização ou planos de pormenor, os quais são de elaboração facultativa.

De facto, constata-se o desrespeito das reservas de urbanização delimitadas nos planos diretores municipais, onde a urbanização e construção está sujeita à prévia elaboração de plano de urbanização ou plano de pormenor, mas onde as autarquias têm prescindido / omitido a elaboração daqueles planos, permitindo o licenciamento a partir do plano diretor municipal.

2.2.2. Regime jurídico de urbanização e edificação

No quadro normativo do RJUE, a aprovação da realização de operações urbanísticas merece especial referência, mormente quanto se constitui na possível aprovação de projetos em desconformidade com os instrumentos de gestão territorial em vigor, mediante a utilização dissimulada de *interpretações* desconformes à legalidade ou pela omissão de formalidades essenciais e práticas dolosas de irregularidades consequentes na aprovação final da operação urbanística.

A ambivalência e imprecisão sistemática da atuação das autarquias permite a inserção de operações de loteamento e de edificação avulsas em zonas de expansão urbana, sem estarem condicionadas em planos específicos eficazes ou integradas em unidades de execução.

No domínio concreto da apreciação técnica dos projetos de arquitetura¹¹⁰ e operações de loteamento¹¹¹ mostra relevo a celeridade [ou a sua falta] que é imprimida à tramitação burocrática, verificando-se a imposição aos quadros técnicos de critérios de prioridade / oportunidade na apreciação, subjetivos e imprecisos, mediante solicitações inopinadas e não reduzidas a escrito, que subvertem a tramitação segundo um padrão cronológico que, tendencialmente, se pretende objetivo.

Noutro prisma, a inexistência de critérios objetivos de prioridade ou ordem de tramitação dota os técnicos de um “*bem*” fortemente transacionável no mercado corruptivo.

Pantanosa mostra-se também no terreno da avaliação técnica dos projetos de arquitetura, a apreciação pela câmara municipal do cumprimento genérico dos regimes existentes e a apreciação da sua inserção urbana e paisagística¹¹² bem como sobre o uso

¹¹⁰ A câmara municipal delibera sobre o projeto de arquitetura no prazo de 30 dias nos termos do n.º 3 do art. 20.º do RJUE.

¹¹¹ Nos termos da alínea a) do n.º 1 art. 23.º do RJUE a câmara delibera sobre o pedido de licenciamento no prazo de 45 dias.

¹¹² De facto, a apreciação do projeto de arquitetura pela câmara municipal implica o exercício de uma atividade de controlo vinculada [verificação da conformidade e cumprimento genérico dos normativos existentes] e uma atividade de controlo discricionária de avaliação da valia de inserção urbana e paisagística, apreciação que deve ser efetuada numa perspetiva formal e funcional, considerando o edificado existente bem como o espaço público envolvente e as infraestruturas existentes e previstas. FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 305 e ss.

proposto, não resultando dúvidas que impera um domínio de discricionariedade administrativa¹¹³ na apreciação destes vetores do projeto de arquitetura.

Num plano díspar, a possibilidade de inexatidão no cálculo e cobrança de taxas e os critérios a utilizar no cálculo de compensações¹¹⁴ devidas ao município, bem como a aplicação de juízos de perequação desequilibrados em prejuízo do interesse público no âmbito das áreas de cedência obrigatória ao município¹¹⁵ também surgem como potenciais focos de corrupção urbanística.

2.2.3 Tutela da legalidade urbanística

O exercício da função fiscalizadora e punitiva pelas autarquias no que concerne à verificação e legalidade urbanística é profundamente subjetivo pela comum inexistência de planos de fiscalização elaborados mediante critérios objetivos, nomeadamente territoriais ou fundados na seleção das operações urbanísticas devidamente licenciadas em curso.

Constata-se nas orgânicas internas de muitas autarquias¹¹⁶ a existência de serviços de fiscalização, normalmente integrados em departamentos de urbanismo e ambiente, cuja

¹¹³ Por referência a diligência processual, citando autor de perícia efetuada em autos de inquérito crime referentes a investigação criminal com génese em denúncia na qual era colocada em crise a aprovação de um projeto de arquitetura: *No que concerne ao item 4.2 Edificabilidade – índice de impermeabilização, declara que o que referiu neste item resulta da sua interpretação, contudo admite que a solução adotada, partindo de pressupostos diferentes, é passível de ser enquadrada no regulamento do PDM em vigor. Ou seja, não obstante não se mostrar cumprido o índice de impermeabilidade de 70% conforme referiu, a solução de arquitetura é “muito engenhosa”, admitindo a utilização da exceção prevista no regime legal, pois a norma é muito abrangente e ambígua.* Isto é, concretamente, admite a legalidade da solução urbanística.

Quando refere que a intervenção proposta é “manifestamente desajustada”, esclarece que a zona em causa está inserida numa área de interesse urbanístico e arquitetónico, no entanto, em virtude de a norma ser vaga e aberta, tal qual referiu na perícia, julga que a solução adotada tem enquadramento legal, referindo que neste âmbito, a redação do PDM é perfeitamente discricionária.

¹¹⁴ Em obediência aos princípios de legalidade e da igualdade no que respeita à imposição de encargos urbanísticos [...] existência de regulamentos municipais, que, por exigências de determinabilidade, determinem e explicitem os valores para efeitos de apreciação da equivalência económica das prestações” FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 402 e ss.

¹¹⁵ Art. 44.º do RJUE. No entanto, no domínio do concreto, verifica-se a cedência de parcelas de terrenos, ao domínio público municipal, para espaços verdes e equipamentos, que pela sua morfologia e características não permitem o seu aproveitamento, importado um evidente prejuízo ao património municipal.

¹¹⁶ A título de exemplo: <https://www.cm-stirso.pt/viver/municipio/organograma>
<https://www.cm-matosinhos.pt/municipio/organizacao-dos-servicos-municipais>

dialética deficiente com as divisões de obras particulares potencia a ineficácia¹¹⁷ e / ou introduz um fator de aleatoriedade nas operações a fiscalizar. A referida hermeticidade¹¹⁸ daqueles serviços contribui para um quadro de potencial risco¹¹⁹ de ocorrência de corrupção.

Verifica-se a tendência dos serviços municipais de fiscalização atuarem de forma reativa e, invariavelmente, por fatores de motivação externa¹²⁰, com quadros de recursos humanos diminutos e nem sempre devidamente especializados. Tal ecossistema conduz a um juízo de impunidade na comunidade, agravado pelo protelamento da tramitação e decisão de processos de contraordenação bem como a aplicação de coimas leves em razão da gravidade das infrações cometidas.

Colateralmente, é indesmentível a tónica e influência política nesta cultura de laxismo perante as infrações urbanísticas, cuja perseguição rigorosa é tida como potencial fator de diminuição de popularidade junto dos eleitores, o que justifica a inação e protelamento na aplicação de medidas de reposição da legalidade urbanística,

¹¹⁷ No âmbito de ação de controlo promovidas pela Inspeção Geral de Finanças, apurou aquela, relativamente ao Município de Amarante:

- Insuficiências registadas no teor das notificações dirigidas aos arguidos para o exercício do direito de audição e defesa relativas à admissibilidade, prazo e forma de impugnação;
- Atrasos verificados no registo das participações efetuadas pela fiscalização municipal (dilação temporal superior a 30 dias);
- Atrasos generalizados na instrução dos processos (dilação temporal superior, em alguns casos, a 60 dias), incluindo a instrução de processos paralisada a partir da apresentação da defesa (arguido), registando-se a falta de diligências durante períodos superiores a 24 meses;
- Ausência de numeração e rubrica de todos os elementos documentais, fator que potencia a ocorrência de eventuais extravios de peças do processo. [Relatório n.º 2017/944], disponível em:

<https://www.igf.gov.pt/publicacoes12/resultados-de-auditorias/relatorios-administracao-local-autarquica.aspx>

¹¹⁸ Não é incomum quadros técnicos integrantes de serviços de fiscalização invocarem a existência de um elevado número de operações a fiscalizar bem como “desconhecimento” de operações em curso para justificarem um quadro de inexistência de fiscalização.

¹¹⁹ No âmbito de ação de controlo promovida pela Inspeção Geral de Finanças, apurou aquela, relativamente ao Município de Caminha:

- Fiscalização Processos de Contraordenação

“Constatámos a existência de várias participações de ilícito urbanístico elaboradas pela fiscalização municipal, as quais, passado mais de um ano sobre a sua elaboração e ao contrário das demais, não tinham sido objeto de instauração de processo de contraordenação. Apesar das diligências efetuadas no decurso desta ação de controlo, não foi possível apurar, com segurança as razões dessa omissão, nem identificar os responsáveis, tendo em conta o circuito dos autos de notícia até à instauração dos processos de contraordenação [Fiscalização Municipal, Divisão de Urbanismo e Planeamento, Obras e Edifícios, e Vereador com competências delegadas nesta matéria], o que é revelador das insuficiências de controlo interno nesta matéria” [Relatório n.º 2017/945] - <https://www.igf.gov.pt/publicacoes12/resultados-de-auditorias/relatorios-administracao-local-autarquica.aspx>

¹²⁰ Participações apresentadas por cidadãos, denúncias efetuadas em sede de inquérito crime que conduzem à interpelação dos serviços municipais de fiscalização.

constituindo-se a determinação da demolição¹²¹ de edificações com génese ilegal uma verdadeira e rara exceção, adotando a administração um uso lato do princípio de proporcionalidade e exigibilidade no sentido de determinar a demolição¹²².

2.2.4 Modelo organizacional e sistema de controlo interno

O dinamismo da área urbanística coloca em diálogo próximo proprietários, promotores imobiliários, quadros técnicos¹²³ das autarquias e, não raras vezes, membros do executivo municipal.

Nessa conformidade, mostra-se necessária uma rigorosa política de controlo e conflito de interesses¹²⁴ ¹²⁵ fundada em princípios de igualdade e transparência, que promova e assegure o direito de participação dos interessados em particular e da comunidade em geral, e assegurem a imparcialidade da administração.

Assim, o modelo organizacional dos municípios, nomeadamente a conexão deficiente entre os serviços de fiscalização e as demais divisões com competências na área da gestão urbanística, bem como, num quadro macro urbanístico, a existência de grande disparidade entre o valor económico dos projetos sobre os quais se decide e o nível de remuneração dos quadros técnicos e políticos envolvidos, constitui a gestão urbanística

¹²¹ Art. 102.º e 106.º do RJUE.

¹²² “A ordem de demolição deve posicionar-se sempre como uma medida de ultima ratio”. FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 684 e ss.

¹²⁴ Admite-se a possibilidade de subscrição obrigatória de declaração de inexistência de incompatibilidades e impedimentos dos funcionários e políticos intervenientes na instrução e aprovação de processos de autorização e emissão de licenças, à imagem dos normativos que regem a contratação pública [nos termos do artigo 55.º do Decreto – Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro – Código dos Contratos Públicos]. No entanto, duvida-se da efetividade de tal obrigatoriedade formal na diminuição do risco de ocorrência de práticas corruptivas.

¹²⁵ Com as devidas adaptações ao universo em questão, julgam-se aplicáveis a generalidade das recomendações constantes da Recomendação do Conselho Nacional de Prevenção da Corrupção sobre a gestão de conflitos de interesses no setor público, de 8 de Janeiro de 2020, nomeadamente no que concerne:

c) Implementação de medidas adequadas a prevenir e gerir situações de conflitos de interesses reais, aparentes ou potenciais, quer envolvam trabalhadores que deixaram o cargo público para exercer funções privadas quer trabalhadores que transitam do setor privado para o exercício de cargos públicos e sejam detentores de interesses privados que possam vir a colidir com o interesse geral no exercício de cargo público.

num espaço de especial vulnerabilidade à ocorrência de focos de corrupção¹²⁶, pelo que, só a adoção de procedimentos transparentes, e um sistema de fiscalização programado e sistemático, garante eficácia na mensagem a enviar à comunidade da necessidade e rigor na observação das normas que regem o urbanismo.

Paralelamente, mostra-se de extrema relevância a adequação e atualização pelas autarquias locais dos mecanismos de controlo interno, com vista à parametrização e imunização dos procedimentos, considerando a especial vulnerabilidade da área. Nessa conformidade, devem as autarquias dotar-se dos instrumentos e definir com transparência:

i) competências e funções dos dirigentes e indicação transparente das áreas e atos sujeitos a delegação, bem como adoção de processos de especialização funcional dos quadros técnicos com vista à produção de informações técnicas consistentes e devidamente fundamentadas;

ii) implementação de sistema de informação para acompanhamento da execução dos programas municipais de ordenamento territorial comunicante com idêntico sistema de controlo das operações urbanísticas mediante a desmaterialização dos procedimentos e utilização de sistemas de gestão documental eficientes¹²⁷; e,

iii) instituição de um sistema de conferência independente no que se refere ao cálculo de taxas.

Adotando uma perspetiva evolutiva dos modelos organizacionais das autarquias locais, propugna-se a construção de modelos de “*public compliance*” adaptados às especificidades e características próprias da atividade de planeamento territorial e gestão

¹²⁶ No universo urbanístico “os crimes de corrupção são praticados por indivíduos revestidos de autoridade pública, eletiva ou laboral, com uma aparência de legalidade e com um nível de sofisticação que tornam muito difícil a sua investigação e as fases subsequentes do processo penal. Aqui não há confissão do crime, nem prova do mesmo por prova pessoal ou documental direta e tratando-se de matéria de natureza técnica, quer em si mesma quer pela sua ligação ao complexo funcionamento dos órgãos da entidade pública, a mesma apresenta-se difícil e dúbia, como convém a quem pesca em águas turvas.” ORLANDO NASCIMENTO, *A acumulação do exercício de funções públicas com a atividade privada enquanto fator potenciador de práticas corruptivas*, Urbanismo, Vertente Penal e Contraordenacional, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014

¹²⁷ Nos termos do preconizado no art. 8.º - A do RJUE e Portaria 216 – A / 2008, de 03.03.

urbanística, *lato sensu*, mediante a adoção de normas e protocolos de procedimentos [códigos de conduta] internos para as áreas de especial risco¹²⁸.

Opera-se nesta sede uma transição maximizadora dos objetivos propugnados pela implementação dos planos de gestão de riscos de corrupção e infrações conexas¹²⁹, os quais permitem identificar os riscos de fenomenologia corruptiva ínsitos a cada área e as medidas a adotar no que concerne à prevenção daqueles¹³⁰.

2.2.5. As expropriações

As expropriações, enquanto instrumento estadual para a concretização de projetos e e fins de interesse público, considerando o forte impacto financeiro nos cofres do Estado, têm ínsito um fator de permeabilidade (como se comprovará no capítulo seguinte) e fator de risco da ocorrência de patologia de índole corruptiva.

¹²⁸ ANDRÉ LAMAS LEITE, *Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas colectivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e "compliance" - breves notas*, Porto, Revista do Ministério Público 161, 2020.

¹²⁹ Nos termos da Lei n.º 54/2008, de 04 de Setembro, foi criado o Conselho de Prevenção de Corrupção enquanto entidade administrativa independente, a funcionar junto do Tribunal de Contas, que desenvolve uma actividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas.

¹³⁰ Recomendação do Conselho Nacional de Prevenção de Corrupção de 1 de julho, 2009, sobre “Planos de Gestão de Risco e Infrações Conexas”.

3. A expropriação por utilidade pública e o risco de corrupção, partindo de um estudo de caso: Acórdão do Juízo Central Criminal de Vila Nova de Gaia, Proc. nº 2808/13.8TAVNG

O instituto da expropriação por utilidade pública, enquanto “ferramenta” para a operacionalização de projetos com desiderato público que contêm com o exercício do direito de propriedade privada, reveste um dinamismo específico¹³¹ por reflexo da função social da propriedade que legitima a expropriação.

Radicada no princípio da legalidade¹³², enquanto ato administrativo definitivo e executório que conduz à ablação do direito de propriedade sobre um imóvel, a expropriação [prevista na lei ou em regulamento administrativo] deve individualizar os “bens a expropriar¹³³” e o “fim da expropriação”, o qual deve radicar num fim de utilidade pública específica, constituindo para parte da doutrina e posição recorrente da jurisprudência¹³⁴ que a emissão da declaração de utilidade pública é o verdadeiro ato constitutivo da expropriação¹³⁵.

Enquanto ato ablativo, tem ínsita a obediência ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, necessidade e suficiência, devendo bastar-se, unicamente com o

¹³¹ Para Alves Correia, “conceito de interesse público ou de utilidade pública é um conceito elástico, de natureza abstrata e indeterminada, que permite o abarcamento de múltiplas situações. É por isso, um conceito «evolutivo e transitório», dependente dos costumes e das próprias transformações sociais, não sendo, conseqüentemente, possível uma determinação do seu conteúdo válida para todos os tempos e todos os países”, FERNANDO ALVES CORREIA, “As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública”, Coimbra, Almedina, 1982, p.104, apud ANA ISABEL PACHECO et al., *Código das Expropriações, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 19 e ss.

¹³² Nos termos do n.º 2 do art. 62.º da CRP.

¹³³ N.º 2 do art. 13.º, por referência ao n.º 2 do art. 10.º do CE, que preconiza que as parcelas a expropriar são identificadas através da menção das descrições e inscrições na conservatória a que pertencam e das inscrições matriciais, se não estiverem omissas, ou de planta parcelar contendo as coordenadas dos pontos que definem os limites das áreas a expropriar, reportadas à rede geodésica, e, se houver planta cadastral, os limites do prédio, desde que situados a menos de 300 m dos limites da parcela, em escala correspondente à do cadastro geométrico da propriedade ou, na falta deste, em escala graficamente representada não inferior a 1:1000, nas zonas interiores dos perímetros urbanos, ou a 1:2000, nas exteriores.

¹³⁴ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 9570/12, datado de 15.03.2018 – Relatora: Helena Canelas. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte n.º 01102/04.0BEBRG, datado de 28.09.2018 – Relator: Rogério Martins, Acórdão da Relação de Guimarães n.º 28/13.0TBCBC, datado de 20.02.2020 – Relatora: Anizabel Pereira. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 046819, datado de 12.12.2002 – Relator: Adelino Lopes.

¹³⁵ “É a declaração de utilidade pública que consubstancia o ato expropriativo, ato de autoridade “aniquilador ou destruidor do direito de propriedade privada de conteúdo patrimonial com base em motivos de utilidade pública ou de interesse geral”, FERNANDO ALVES CORREIA, “As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública”, Coimbra, Almedina, 1982

sacrifício dos direitos estritamente necessários à realização do fim de utilidade pública prosseguido pela expropriação, evitando-se assim eventuais abusos da Administração, a qual apenas deve recorrer a este instituto quando não se mostre possível adquirir os bens pela via do direito privado¹³⁶.

Não obstante, tal obrigatoriedade mostra-se dispensada se, aquando da declaração da utilidade pública, for atribuído carácter urgente à expropriação, o qual deve ser fundamentado e confere, de imediato, a posse administrativa dos bens à entidade expropriante¹³⁷.

Importa referir que, quando o carácter *urgente* resulte diretamente da lei, o dever de fundar a urgência basta-se meramente com essa qualificação legal. Pretende-se com a atribuição de carácter urgente à expropriação possibilitar a entrada dos bens a expropriar na disponibilidade da expropriante em ordem ao cumprimento dos prazos previstos no programa / cronograma dos trabalhos.

A indemnização releva enquanto elemento integrador e pressuposto da expropriação, sendo que aquela “*só poderá ser considerada justa se, para além de satisfazer o interesse particular do expropriado, tiver igualmente em consideração a realização do interesse público*”¹³⁸, mediante a utilização de critérios indemnizatórios¹³⁹ que operacionalizam o preceito constitucional.

¹³⁶ Nos termos do art. 11.º do CE, salvo nos casos de expropriações com carácter de urgência, a entidade expropriante deve diligenciar pela tentativa de aquisição dos bens mediante apresentação de proposta de aquisição, por via de direito privado, que terá como referência o valor constante do relatório do perito – cfr. n.º 2 do referido artigo. Esta tentativa integra o designado pré procedimento administrativo, representando a manifestação do princípio da necessidade em sentido instrumental, aludindo-se a esta tentativa como um caminho de aquisição “por via negocial”, ainda que com salvaguarda da posição do particular face à administração, considerando que perante o insucesso daquela diligência será promovido um procedimento de carácter público e coativo para a sua aquisição.

¹³⁷ N.º 1 e n.º 2 do art. 15.º do CE.

¹³⁸ Em síntese, deverá a justa indemnização corresponder ao valor adequado que permita ressarcir o expropriado da perda que a transferência do bem que lhe pertencia para outra esfera dominial, devendo consubstanciar-se numa compensação integral, séria e adequada do dano suportado pelo expropriado, a mesma terá de ter um carácter reequilibrador em benefício do expropriado. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, Aedrel, 2019, p. 190 e 201.

¹³⁹ Alves Correia, radica constitucionalmente o conceito e “justa indemnização” na proibição de uma indemnização meramente nominal, irrisória ou simbólica [aparente]; no respeito pelo princípio da igualdade de encargos; e a consideração do interesse público da expropriação” *De facto, a indemnização deve compensar adequadamente o dano imposto ao expropriado, constituindo o ressarcimento do expropriado numa obrigação que se pretende equitativamente suportada por todos os cidadãos*”.

Assim, estatui o artigo 23º do CE o fim da justa indemnização¹⁴⁰, mediante a adoção / aplicação de um critério referente ao valor de mercado¹⁴¹, consistindo este no apuramento da quantia que teria sido paga pelo bem se este fosse objeto de livre contrato de compra e venda, descontados os valores especulativos^{142 143}, classificando o CE os solos em *aptos para construção*¹⁴⁴ e *aptos para outros fins*¹⁴⁵, definindo fatores de cálculo tendo por referência essa classificação.

Nesta conformidade, efetuada a síntese do enquadramento legal, enuncia-se *infra* a descrição factual que permitiu a ocorrência de fenomenologia corruptiva em sede de processo expropriativo de natureza urgente por classificação legal¹⁴⁶, partindo dos factos apurados em relação a uma parcela a expropriar [conforme descrição efectuada no Acórdão do Juízo Central Criminal de Vila Nova de Gaia, Proc. nº 2808/13.8TAVNG]:

¹⁴⁰ Entendida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consistindo, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, em anotação à CRP., págs. 807 a 809, Vol. I, numa “*expressão particular do princípio geral, insito no princípio de Estado de direito democrático, de indemnização pelos atos lesivos e causados a outrem*”.

¹⁴¹ Nas palavras de Alves Correia, “*o dano material suportado pelo expropriado é ressarcido de forma integral e justa se corresponder ao valor comum do bem expropriado ou, por outras palavras, ao respetivo valor de mercado ou ainda ao seu valor de compra e venda*”. FERNANDO ALVES CORREIA, “*As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*”, Coimbra, Almedina, 1982, p.104.

¹⁴² FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, Aedrel, 2019, p. 203.

¹⁴³ N.ºs 2 e 3 do art. 23.º do CE, que impõem a proibição de valorizações imobiliárias de natureza especulativa, nomeadamente as mais-valias que resultam da própria declaração de utilidade pública, em virtude de representarem um acréscimo de valor exógeno à atuação dos proprietários. Não devem também ser consideradas as mais-valias de obras e empreendimentos públicos concluídos há menos de cinco anos, no caso de não ter sido liquidado encargo de mais-valia pelo proprietário do bem valorizado.

¹⁴⁴ Nos termos de jurisprudência do Tribunal Constitucional, a não consideração na lei da potencial aptidão edificatória dos solos expropriados violará os princípios constitucionais da justa indemnização e da igualdade dos cidadãos perante a lei, pelo que “*o jus aedificandi, sem embargo de não possuir tutela constitucional direta no direito de propriedade, deve ser considerado como um dos fatores de fixação valorativa, na indemnização que advém do acto expropriativo, ou seja, a potencialidade edificatória do terreno, quando verificada em concreto*”. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, Aedrel, 2019, p. 203.

¹⁴⁵ Art. 25.º do CE no que concerne à classificação dos solos, sendo preconizados nos art. 26.º a 30.º critérios de avaliação dos bens / direitos, instrumentais em relação ao critério do valor de mercado dos bens.

¹⁴⁶ No caso concreto em estudo, nos termos do artº 161º do Estatuto das Estradas Nacionais, aprovado pela Lei 2037, de 19 de Agosto de 1949, as expropriações de bens imóveis para construção, alargamento ou melhoramento de Estradas nacionais consideram-se urgentes.

Parcela 162

- a) *Em 13.11.2009 a empresa.. endereçou missiva aos proprietários, subscrita pelo arguido, na qual consta a identificação da DUP (19.05.2009), a área a expropriar (5060 m2) e o valor da proposta apresentada pela expropriação amigável (€ 64.200,00) e a data da vistoria ad perpetuum rei memoriam (25.11.2009)*
- b) *Em 25.11.2009 foi realizada vistoria à parcela a expropriar.*
[...]
- c) *No dia 02.02.2010 foi elaborado auto de posse administrativa da parcela a expropriar e subscrito pelo arguido, tendo sido remetida aos proprietários cópia do auto de posse da parcela em 05.02.2010.*
[...]
- d) *No dia 28.09.2010 foi elaborado auto de posse administrativa da parcela a expropriar, subscrito pelo arguido e remetida cópia aos proprietários no dia 01.10.2010.*
- e) *Os proprietários, negociaram a venda de terreno, onde se inseria a parcela reconhecidamente em processo expropriativo, com terceiros arguidos.*
- f) *No dia 19.05.2011, os proprietários celebraram escritura pública de compra e venda com terceiros arguidos [imobiliária A] pelo valor escriturado de 8.000,00 euros, não tendo sido possível apurar o valor real da transação.*
- g) *No dia 01.06.2011 o arguido subscreveu proposta de aquisição amigável da parcela pelo preço global por si avaliado de € 400.000,00, tendo a mesma sido aprovada por superior hierárquico em 08.06.2011, sendo € 273.200,00 pela aquisição da parcela com a área de 5580 m2, € 109.305,00 pela aquisição da parte sobrança com a área de 2429 m2, € 9.000,00 por um furo artesiano com 50 m de profundidade e € 8.475,00 por um muro em pedra (170 m2).*
- h) *No dia 15.07.2011, a imobiliária A [nova proprietária] celebrou escritura pública de expropriação amigável e vendeu à entidade expropriante o terreno designado por parcela 162 nos termos acima descritos.*
[...]
- i) *A indemnização justa devida pela expropriação da parcela é de € 42.825,17, sendo € 23.946,95 resultantes da capacidade construtiva, € 8.447,67 resultantes dos rendimentos decorrentes da exploração florestal, € 5.022,34 pela aquisição da*

parte sobranete de 470 m² e € 5.408,21 pela depreciação da parte sobranete com a área de 1959 m².

O quadro infra demonstra a disparidade dos valores apurados em sede pericial realizada no âmbito do inquérito crime e posteriormente valorada em julgamento, *versus* funcionário da empresa... a título de indemnização pela expropriação da parcela em causa. Tal disparidade tem por base o enquadramento deficiente dos seguintes fatores;

- classificação do terreno expropriado na planta de ordenamento integrando o plano diretor municipal eficaz à data da publicação da declaração de utilidade pública; e,

- classificação do terreno expropriado tendo em conta o disposto no artigo 25.º do Código das Expropriações

Nessa conformidade, considerou-se, em sede pericial, que o terreno expropriado / Parcela 162, se classifica como “solo apto para construção” na parte da parcela afeta à categoria de “perímetros urbanos” e subcategoria de “área de transição”, e como “solo para outros fins” na restante área.

Parcela n.º 162	A	A	A	B
DUP	2009	2010	2012	
Área do terreno	7186 m ²	8010 m ²	8009 m ²	
Área expropriada	3633 m ²	5075 m ²	5580 m ²	
Área de parcelas sobranetes	a) 2226 m ² ; b) 1327 m ²	c) 1959 m ² ; d) 976 m ²	b) 1959 m ² ; c) 470 m ²	
Adquiridas	-	-	c)	PU2 - b) 1959 m ² e c) 470 m ²
Não adquiridas	b)	d)	-	
Indemnização por depreciação	a)	c)	b)	
Classificação do solo				
Apto para construção	1121 m ²	1736 m ²	2241 m ²	PU1 - 1700 m ² PU2 - 3880 m ²
Para outros fins	2512 m ²	3339 m ²	3339 m ²	
Benfeitorias	Não existiam	Não existiam	Não existiam	Furo artesiano Muro em pedra
Valor de expropriação*	17494,70 €	25698,24 €	32394,62 €	
Valor da justa indemnização**	23111,51	42825,17 €	42825,17 €	400000,00 €

A – avaliação pericial¹⁴⁷

B – avaliação efetuada pelo funcionário

¹⁴⁷ Efetuada no âmbito do inquérito crime.

3.1. Proposta “*de iure condendo*”

Analisado o *modus operandi*, constata-se a existência de um esquema criminoso constituído por indivíduos, travestidos em diversas pessoas singulares e coletivas¹⁴⁸, que, adquirem terrenos alvos de expropriação aos proprietários originais e, em conluio com o funcionário, lesam o erário público através da viciação por este do procedimento expropriativo, mediante a sobrevalorização das parcelas de terreno a expropriar. Para atingir esse desiderato, as parcelas são classificadas, indevidamente, como potencialmente urbanizáveis, são adquiridas injustificadamente áreas sobrantes e consideradas benfeitoras inexistentes.

Ocorrem duas fases / momentos cronológicos particularmente frágeis à germinação de fenomenologia corruptiva no âmbito dos factos em análise:

- o momento da definição do traçado definitivo dos lanços de autoestrada a construir;
- o momento da publicação das declarações de utilidade pública dos terrenos / parcelas a expropriar.

O primeiro momento, consideramos que se constitui na data da outorga do contrato de concessão, no qual a proposta vencedora¹⁴⁹ apresenta um traçado e respetivo projeto de custos para a construção da via, por lanços [definição física da concessão], onde estão integrados, entre outros, os custos referentes às necessárias expropriações.

Fazendo uma revisão do regime jurídico que enforma o procedimento ablativo que, necessariamente, ocorrerá a jusante, parece-nos que nesta antecâmara fáctica não será possível introduzir no âmbito do CE algum normativo apto a diminuir a suscetibilidade da prática de atos corruptivos, considerando o regime jurídico das expropriações por utilidade pública na sua globalidade, sem restringir gravemente o direito de propriedade dos proprietários das parcelas / terrenos selecionados. A sugestão normativa que avançaremos infra, teria admirável eficácia, caso se admitisse a possibilidade de aplicar uma cláusula de

¹⁴⁸ Vulgos “testas de ferro”.

¹⁴⁹ BAFO – “Best and Final Offer”

intransmissibilidade de propriedade das parcelas identificadas, desde a data de outorga do contrato de concessão.

No entanto, consideramos que tal opção representaria uma restrição especialmente intensa e desproporcional do direito de propriedade, ainda que potencialmente afeto ao seu fim social, considerando as várias vicissitudes de natureza contratual ou de verificação da legalidade do próprio concurso que podem ocorrer em confronto com a prevenção da ocorrência de fenómenos de corrupção e criminalidade conexas.

Não desconsideramos que, é neste momento, ou, admite-se, em momento anterior, que o valor da designada “*informação privilegiada*” revela especial importância, admitindo-se que indivíduos com qualidades específicas, competências e organização, possam, idealizar e estruturar desde logo um esquema criminoso com vista a lesar o Estado na sede dos consequentes processos expropriativos.

No segundo momento cronológico, ocorrem as publicações em Diário da República dos despachos de declaração de utilidade pública das parcelas a expropriar, necessárias à execução da obra em concreto, nas quais constam as plantas parcelares e o respetivo mapa de áreas das parcelas de terreno, bem como o nome e moradas dos proprietários atuais e outros interessados.

Considerando os factos analisados, estamos no âmbito de um processo de expropriação ao qual é atribuído carácter de urgência, por *mera* qualificação legal, sendo, consequentemente, dispensada a necessidade de fundamentação da mesma. Tal qualificação tem como reflexo objetivo mais evidente a possibilidade de restrição imediata [após a publicação do despacho de declaração de utilidade pública] do direito de propriedade dos proprietários das parcelas a expropriar, permitindo à entidade expropriante a imediata tomada de posse administrativa dos bens expropriados.

Salvo melhor opinião, é unânime que a expropriação se traduz num ato, em que o Estado [ou entidades análogas], determina a afetação de determinados bens ou direitos à prossecução de um determinado interesse público, ocorrendo uma mudança, privação ou subtração de um direito de conteúdo patrimonial [em regra a propriedade plena], o qual se extingue e é transferido para o património da pessoa coletiva pública expropriante ou para

o de uma outra pessoa coletiva, pública ou privada, mediante o pagamento de prévia ou contemporânea justa indemnização.

De tal forma é determinada a finalidade e utilidade da “*coisa*” expropriada, que se mostra necessário o depósito prévio do montante indemnizatório definido na previsão dos encargos com a expropriação, em instituição bancária à ordem do expropriado. Nesta conformidade, não restarão grandes dúvidas da destinação final do bem objeto da expropriação, havendo apenas a considerar o “*quantum indemnizatório*” que deverá ser entregue ao expropriado.

Partindo da situação fáctica em análise, identificou-se um momento fundamental, a declaração de utilidade pública, e um ato intrínseco e fundamental na eventual prática delituosa: a possibilidade de transmissão do direito de propriedade sobre o bem expropriado após a declaração de utilidade pública, qualificada como urgente e respetiva tomada de posse administrativa.

Ora, qual será o interesse de um terceiro em adquirir um bem, cujo procedimento expropriativo está em curso, do qual, eventualmente, o proprietário originário está subtraído da posse, que não revista, *ad minimum*, um interesse especulativo, *ad maximum*, um interesse de natureza ilícita?

Os preceitos do CE parecem sanar o primeiro mediante as cláusulas de correção, mas, salvo melhor opinião, mostram-se insuficientes para prevenir o segundo. Isto porque advogamos a posição que, se, à data da publicação da declaração de utilidade pública, fosse determinada a intransmissibilidade¹⁵⁰ dos direitos, ónus ou encargos sobre o bem expropriado a partir daquele momento, muito dificilmente seria possível viciar, de forma sistémica, procedimentos de expropriação por utilidade pública, intrínsecos e recorrentes na evolutiva perspectiva de planeamento e ordenamento do território, os quais, normalmente, envolvem dezenas ou centenas de proprietários, estando na discricionariedade da administração a verificação de fundamento para lhe ser atribuído o carácter de urgência, quando tal classificação não decorre de qualificação legal.

Na adoção de uma perspectiva geral e abstrata que deve revestir a génese normativa, gravitando a presente situação fáctico jurídica numa dialética de confronto e

¹⁵⁰ Com exceção dos casos de transmissão por sucessão hereditária.

restrição¹⁵¹ de direitos garantidos constitucionalmente, não se vislumbra que a hipótese supra aventada contenda ou aumente a intensidade da restrição do direito de propriedade, verdadeira e intrínseco pressuposto da expropriação.

De facto, o fim último do bem foi gizado mediante a publicação da declaração de utilidade pública, à qual a atribuição de carácter de urgência, o que intensifica e consolida o âmbito da restrição. Logo, a cláusula de intransmissibilidade da propriedade¹⁵² revestiria apenas a qualidade de mecanismo de salvaguarda de eventuais processos especulativos, os únicos que parecem justificar a entrada de um terceiro adquirente do bem a expropriar nos termos supra, representando aquela cláusula um aperfeiçoamento dos mecanismos previstos no n.º 2 do art. 23.º do CE.

Assim, na nossa perspetiva, a adoção de uma cláusula de intransmissibilidade da propriedade do bem após a declaração de utilidade pública qualificada como urgente e consequente posse administrativa não restringe com maior profundidade o direito de propriedade, antes, antecipando / imobilizando a sua vinculação ao fim público que sempre prosseguirá, imunizando o trato sucessivo entre expropriado e expropriante.

Colateralmente, a admissão de aplicabilidade de tal cláusula encontra enquadramento enquanto mecanismo preventivo da prática de atos corruptivos, no âmbito das expropriações supra referidas, e cujo regime jurídico existente parece não precluir. Assim, a salvaguarda da probidade administrativa e proteção dos valores ínsitos ao ecossistema urbanístico / planeamento territorial mostrar-se-iam reforçados pela adoção de uma cláusula de intransmissibilidade de propriedade, que, considerando o enquadramento normativo, só, muito tenuemente, poderia intensificar a propugnada restrição operada ao direito de propriedade que já se encontra preconizada no regime das expropriações por utilidade pública, às quais é atribuída urgência no âmbito do respetivo regime jurídico, não ferindo assim os necessários juízos de proporcionalidade, adequação e necessidade consagrados constitucionalmente que já matizam aquele regime.

¹⁵¹ Art. 18.º da Constituição da República Portuguesa.

¹⁵² Mediante averbamento no registo predial nos termos do art. 88.º do Código do Registo Predial

3.2. “Modus operandi”

Analisado o *modus operandi*, não se conclui pela verificação de especial originalidade no ideário criminoso. Observa-se o natural esquema de indivíduos, travestidos em diversas pessoas singulares e coletivas, os quais, em conluio com o funcionário, lesam o erário público mediante a viciação por este do procedimento expropriativo, através da sobrevalorização das parcelas de terreno, classificando-as indevidamente como potencialmente urbanizáveis, adquirindo injustificadamente áreas sobrantes e considerando benfeitoras inexistentes.

Contudo, releva flagrante concorrência para a prática delituosa o déficit de controlo interno da empresa em causa. Não obstante, ser titular do titular de certificação própria, auditada e apta a conduzir a realização e condução de processos expropriativos, a realidade veio a demonstrar da inocuidade desses instrumentos certificativos para a prevenção da ocorrência de riscos de corrupção.

De facto, como justificar *“a formalização de operações de transmissão de propriedade, cujas escrituras, por vezes, ocorriam no mesmo dia, nos mesmos serviços registrais, entre os proprietários originais, os “intermediários” e a empresa concessionária”*, que não com a inexistência de mecanismos formais de controlo interno, observando-se a concentração de funções de natureza diversa num mesmo funcionário, o que lhe permitiu o controlo dos diversos estádios do processo expropriativo bem como a faculdade de intervir nas escrituras de compra e venda amigável em representação da empresa concessionária.

A mera obrigatoriedade de autorização pelo conselho de administração de operações a partir de determinados montantes não constitui em si mesma um mecanismo adequado de controlo conforme a realidade demonstrou.

4. Considerações finais

No universo do planeamento, gestão territorial e urbanismo, pela dimensão dos interesses envolvidos e sua corresponsabilidade económica, o risco de contaminação da probidade administrativa é muito elevado¹⁵³. Assim, partindo do caso prático supra referido, foi dada como provada, em 1.ª Instância, a existência de uma desconformidade entre o quantum indemnizatório calculado pelo funcionário corrompido¹⁵⁴ e o *quantum* indemnizatório apurado em sede pericial, no montante de 10.317.307,71 euros resultante da avaliação de meras 140 parcelas no total de 3045 parcelas expropriadas. Ou seja, aparentemente, só neste caso concreto, o Estado mostrou-se lesado em montante superior a 10 milhões de euros. Noutra vertente, não obviando o dinamismo e pluralismo de valores que enformam o quadro axiológico urbanístico, os quais implicam a existência de espaços de discricionariedade administrativa na prossecução dos valores comunitários, mostra-se necessário a criação de quadros procedimentais transparentes, onde impere o princípio genérico de necessidade e publicidade traduzido em ritos claros, dotados de simplicidade e documentados em sistemas de gestão documental eficientes e sindicáveis¹⁵⁵ a cada momento.

Mostra-se necessário promover uma cultura autárquica que conduza a produção regulamentar coerente e génese de certeza jurídica quanto à sua aplicação, permitindo, dessa forma, a sua efetiva aplicação e fiscalização. Tal desiderato só é alcançável com municípios dotados de organogramas que permitam a coordenação interdepartamental, no que concerne à prossecução das múltiplas competências que detêm, promovendo economias de escala positivas, com maximização dos recursos existentes.

¹⁵³ Nos termos do n.º 2 do art. 7.º da Lei n.º 54/2008, de 04 de Setembro, que cria o Conselho de Prevenção de Corrupção, a atividade administrativa em sede de ordenamento de território e gestão territorial é uma atividade de risco, designadamente para a ocorrência de fenómenos de natureza corruptiva, estando classificada como atividade de risco agravada

¹⁵⁴ No âmbito do acórdão proferido nos autos com registo n.º 2808/13.8TAVNG, o arguido principal, funcionário, foi condenado ao pagamento da quantia global de € 9.854.680,48 (nove milhões oitocentos e cinquenta e quatro mil seiscentos e oitenta euros e quarenta e oito cêntimos) em sede de pedido de indemnização civil.

¹⁵⁵ Considerando a especial permeabilidade das normas urbanísticas, permite aliviar da necessidade da realização de análises de risco preventivas no ato de criação legislativa ou regulamentar, mormente, na elaboração de planos municipais de ordenamento do território, com vista a potenciar a neutralidade da Administração e salvaguardar o interesse público - Recomendação do Conselho Nacional de Prevenção de Corrupção, de 4 de maio de 2017, sobre “Permeabilidade da Lei e riscos de fraude, corrupção e infrações conexas”.

Nestes termos, indiretamente, ocorre uma maximização da higienização dos diversos processos de natureza urbanística, com definição e identificação clara das responsabilidades de cada interveniente nos mesmos, mostrando-se inevitável a adoção e reforço¹⁵⁶ dos mecanismos de controlo e prevenção¹⁵⁷. Assim, pensamos ter evidenciado as causas e fatores que concorreram para a ineficácia no controlo e repressão do fenómeno através da singular previsão típica de crimes de natureza urbanística, os quais, pelas imprecisões, lacunas de tipificação e omissão de abrangência na esfera do planeamento e ordenamento territorial se traduzem num reflexo meramente etéreo da tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas em causa.

Por fim, não obviamos a relevância e necessidade de regimes de incompatibilidades claros e exigentes, bem como adequada formação e imposição de códigos de ética e conduta aos agentes em representação do Estado. Contudo, aderimos às palavras de António Henriques Gaspar, segundo as quais “*cada sistema político cria e combina estruturas de oportunidade próprias para a corrupção*”¹⁵⁸, pelo que tais medidas, por profiláticas e declarativas, carecem de dimensão temporal e cultural para surtir efeito numa *doença* cujos efeitos perniciosos urge estancar.

¹⁵⁶ Pela adoção de sistemas de prevenção primária, que contribuam para eliminar, bloquear ou enfraquecer os fatores de emergência do fenómeno e incidir sobre os contextos de oportunidade.

¹⁵⁷ Na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 - 2024, prevêem-se, entre outros, a criação de mecanismos de deteção do incumprimento, nomeadamente através de canais de denúncia interna e a ocorrência de investigações internas, o que pode considerar-se uma intenção de reforçar os sistemas de fiscalização. Não obstante a tónica do documento adere predominantemente a mecanismos de prevenção situacional, mediante a utilização sistémica e integrada de informação proveniente de diversas fontes com vista a promover o conhecimento do fenómeno.

¹⁵⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *Combater a corrupção: Entre o imperativo da res publica e a razão instrumental*, Intervenção na última sessão do ciclo de conferências “ O MP e o Combate à Corrupção”, - Lisboa, 11 de Janeiro de 2012, Fundação Gulbenkian.

Bibliografia

ALÍPIO GUEDES, “*Valorização de bens expropriados*”, Coimbra, Almedina, 2008

ANA ISABEL PACHECO et al., *Código das Expropriações, Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 2013

ANDRÉ FOLQUE, *Fatores de Opacidade das Infrações Urbanísticas*, Estudos Projeto Ethos – Corrupção e Criminalidade Económico-Financeira, Procuradoria – Geral da República, outubro 2018

ANDRÉ LAMAS LEITE, *Fundamentos político-criminais da responsabilidade penal das pessoas colectivas em Direito Criminal clássico, penas de substituição aplicáveis e "compliance" - breves notas*, Porto, Revista do Ministério Público 161, 2020

ANTÓNIO ALMEIDA COSTA et al., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

ANTÓNIO FERNANDO DA CRUZ NOVO, *A Violação das Regras Urbanísticas – Reflexão Crítica*, Porto Universidade Católica, 2013

ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, *Combater a corrupção: Entre o imperativo da res publica e a razão instrumental*, Intervenção na última sessão do ciclo de conferências “O MP e o Combate à Corrupção”, -Lisboa, 11 de Janeiro de 2012, Fundação Gulbenkian

CARMO DIAS, Pinto de Albuquerque, José Branco, Coordenação, *Comentário das Leis Penais Extravagantes, II Volume*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010

CLÁUDIA CRUZ SANTOS et al, *A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al. “*Perequação, expropriações e avaliações*”, Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 12, Ano VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação, Comentado*, Coimbra, Almedina, 2018

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *40 anos de Urbanismo em Portugal: plus ça change, plus c'est la même chose?*, Revista Questões Atuais de Direito Local, n.º 02, abril/junho 2014

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, 3.^a Edição, Braga Aedrl, 2019

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES, *Implicações Notariais e Registrais das Normas Urbanísticas*, Coimbra, Almedina, 2005

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Práticas corruptíveis e direito do urbanismo, Interloquções Jurídicas Luso – Brasileiras – Interloquções sobre Direito – Volume I*, Braga, 2015

FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, Coimbra, Almedina, 2017

FERNANDO ALVES CORREIA, *A Nova Lei de Bases da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo: alguns princípios fundamentais*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 34.º 2014

FERNANDO ALVES CORREIA, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, Almedina, 1982

FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Vol. I*, Coimbra, Almedina, 2008

FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Vol. II*, Coimbra, Almedina, 2010

FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1982

FRANCESCO CHIODELLI, STEFANO MORONI, *Corruption in land-use issues: A crucial challenge for planning theory and practice*. Town Planning Review, n.º 86, 2015

JOÃO PEDRO DE MELO FERREIRA, *Código das Expropriações, Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

JORGE CARVALHO et al. (Coordenação), *Ocupação Dispersa: Custos e benefícios à escala local*, Lisboa, Direção Geral do Território, 2012

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRIGUÉZ, *La Protección Penal del Territorio y el Urbanismo*, Barcelona, Bosch Editor, 2015

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção, Uma análise crítica das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e 41/2010, de 3 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

JOSÉ MOURAZ LOPES et al., *Os Novos Crimes Urbanísticos no Código Penal, As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, Coimbra Editora, 2011

JOSÉ MOURAZ LOPES, *Fragilidades do discurso criminalizador na corrupção: entre o populismo e a ineficácia*, Revista Julgar, n.º 32, Coimbra, Almedina, 2017

JOSÉ MOURAZ LOPES, *O Espectro da Corrupção*, Coimbra, Almedina, 2011

JOSÉ RANITO, *Os crimes cometidos no exercício de funções públicas e a tutela do interesse público urbanístico*, Urbanismo, Vertente Penal e Contraordenacional, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014

JOSÉ VIEIRA DA FONSECA, “*Principais linhas inovadoras do Código de Expropriações de 1999*”, Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente, n.º 14, Coimbra, Almedina, 1999

JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Apuntes políticocriminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español*”, Nuevo Foro Penal n.º 93, Cadiz, Universidad Eafit, 2019

JULIO TEJEDOR BIELSA, *La Corrupción Urbanística. Um problema sistémico*, Coletânea La corrupción en España – Ámbitos, causas y remedios jurídicos, Atelier Libros Juridicos, 2016

LEONARDO BERALDO DE ORNELLAS BORGES et al., *Corrupção urbanístico em sistemas de planeamento e gestão urbanos: um estudo de caso*. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, 2019

LUÍS DE SOUSA, Revista *Corrupção* n.º 13, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011

MANUEL COSTA LOBO, SIDÓNIO PARDAL et al., *Normas Urbanísticas: princípios e conceitos fundamentais*, 2ª ed., Vol. 1, Lisboa: Direção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, Universidade Técnica de Lisboa, 1995

MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *Breves notas sobre os novos crimes previstos nos artigos 278.ºA (violação de regras urbanísticas) e 382.ºA (violação de regras urbanísticas por funcionário)*, www.asjp.pt

NUNO MAURÍCIO, *Breves notas sobre a investigação dos crimes de corrupção, administração danosa e participação económica em negócio*” Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2006

ORLANDO NASCIMENTO, *A acumulação do exercício de funções públicas com a atividade privada enquanto fator potenciador de práticas corruptivas*, Urbanismo, Vertente Penal e Contraordenacional, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal, À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora 2010

RICARDO JORGE BRAGANÇA DE MATOS, *O crime de violação de regras urbanísticas por funcionário: uma perspetiva (necessariamente) dirigida ao direito do urbanismo*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, I-2013

Jurisprudência

Acórdão do Juízo Central Criminal de Vila Nova de Gaia, Proc. n.º 2808/13.8TAVNG, Tribunal Coletivo, Juízas de Direito; Maria Silva Martins, Amélia Dias Teixeira, Virgínia Correia Martins

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra 169/03.2JACBR.C1 de 28.09.2011, Relator: Belmiro Andrade

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul n.º 9570/12, datado de 15.03.2018, Relatora: Helena Canelas

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte n.º 01102/04.0BEBRG, datado de 28.09.2018, Relator: Rogério Martins

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães n.º 28/13.0TBCBC, datado de 20.02.2020, Relatora: Anizabel Pereira

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 046819, datado de 12.12.2002, Relator: Adelino Lopes

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 02433/18.7 BEPRT-B, datado de 20.02.2020, Relatora: Ana Paula Portela

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra n.º 364/05.0TBVIS, de 15.11.2011, Relator: Falcão Magalhães

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Proc. 0831654, de 17.04.2008, Relator Fernando Baptista

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. 4001/08.2TBVIS, de 21.12.2010,
Relator Gregório Jesus

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2017, datado de 11.05.2017, Relator:
Abrantes Geraldês

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 46/12.6TBRSD, datado de 09.01.2018,
Relatora: Maria João Areias

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 4002/08.0TBVIS, de 12.04.2011, Relator:
Francisco Caetano

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 1176/06.9TBVIS, de 29.06.2010, Relator.
Fontes Ramos.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 1197/05.9TBGRD.C, de 31.05.2011,
Relator: Carlos Querido

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 797/18.1T8FNC, datado de 17.12.2019,
Relatora: Micaela Sousa.