

PREPARAÇÃO DA

NOVA LEI DO SOLO

Documento Técnico DGOTDU 4/2011

A lei do solo: vertente financeira e fiscal

Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo

Carlos Lobo

2011

Ficha Técnica

Título

A lei do solo: vertente financeira e fiscal

Estudo de Enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo

2011

Autoria

Carlos Lobo

Edição

Direcção-Geral de Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano
Campo Grande, 50, 1749-014 Lisboa - Portugal

© Propriedade da DGOTDU – Direcção-Geral de Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, 2011

Reservados todos os direitos de acordo com a legislação em vigor

O conteúdo deste documento é da responsabilidade dos seus autores. Quaisquer pedidos de esclarecimento, observações ou sugestões devem ser dirigidos à DGOTDU, Campo Grande, 50, 1749-014 Lisboa – Portugal, Tel. +351.21.782.50.00, Fax +351.21.782.50.03, novaleidosolo@dgotdu.pt

A LEI DO SOLO: VERTENTE FINANCEIRA E FISCAL

I

INTRODUÇÃO SOLO E REGULAÇÃO

1. A REGULAÇÃO FUNDIÁRIA EM GERAL

A Lei do Solo assume um papel fundamental no ordenamento jurídico do Estado. Da mesma forma, a sua dimensão económica é evidente. Constituindo o solo um recurso raro, o seu modelo de atribuição e exploração a interessados concorrentes integra o cerne da decisão económica.

Da mesma forma, a competitividade de um País depende do aproveitamento pleno dos seus recursos. O solo constitui uma matéria-prima fundamental para o desenvolvimento de uma qualquer actividade económica de natureza material, constituindo-se como imperativa a sua utilização eficiente.

Poder-se-ia pensar que às entidades públicas restaria, neste campo, uma mera função arbitral tendo em vista a composição dos interesses privados em presença¹. Efectivamente, os conflitos de propriedade entre

¹ Cfr., sobre este assunto, Fernando Araújo, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios - O Problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação*, Almedina, 2008. Nesta obra são analisadas as implicações económicas do Direito de Propriedade por via de uma perspectiva inovadora, problematizando-se os problemas de «falta» ou «excesso» de apropriação, tanto privada como colectiva. Estas e outras questões são abordadas através da dicotomia de «Tragédia dos Baldios» e de «Tragédia dos Anti-Baldios», dois pólos aparentemente

agentes que se encontrem numa relação de vizinhança, mais ou menos alargada, são ancestrais cabendo ao Estado um papel de arbitragem na delimitação da circunscrição do direito de propriedade². Tudo o resto, para além da função de administração da justiça e da protecção da propriedade privada, poderia ser deixado ao mercado que, nos termos da mão invisível, comporia os interesses em presença de uma forma eficiente num ambiente de concorrência perfeita.

Porém, um mercado só será plenamente concorrencial quando se encontrem reunidos três pressupostos essenciais³:

(1) a atonicidade, ou seja, a presença no mercado de uma multiplicidade de agentes quer do lado da procura quer do lado da oferta, de forma que seja vedado a qualquer deles determinar individualmente os termos fundamentais que conformam as transacções, *maxime*, o seu preço;

(2) a fluidez, que consiste na existência de mecanismos que propiciem transacções rápidas e eficientes de produtos homogéneos assentes em decisões económicas tomadas na posse de plena informação, estando os agentes totalmente esclarecidos quanto aos termos das

simétricos, com os quais a Análise Económica do Direito procura determinar o nível óptimo de apropriação de recursos: a insuficiente apropriação e o excesso de acesso livre, que conduzem à «Tragédia dos Baldios»; e a excessiva apropriação, com as concomitantes exclusão de acesso e subutilização dos recursos, que conduzem à «Tragédia dos Anti-Baldios».

² *Vide* regime da vizinhança constante no Código Civil.

³ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Tributação do Urbanismo*”, in *XV Aniversário da Reforma Fiscal*, Almedina

opções presentes e das consequências destas num momento futuro;

(3) a existência de liberdade de entrada e de saída, não sentindo os agentes quaisquer entraves excessivos quer à entrada no mercado (inexistência de custos de transacção) quer à saída (inexistência de custos irrecuperáveis).

Ora, perante estes requisitos conclui-se rapidamente que o mercado fundiário não é um mercado plenamente concorrencial⁴. De facto, o solo não é um bem económico típico. A sua natureza (única, não reprodutível⁵) e a organização dos mercados fundiários (falta de atonicidade, falta de transparência e existência de elementos de monopólio⁶ – por via da ocorrência de economias de escala, de gama⁷ e de “externalidades de rede”⁸ -

⁴ Cfr., e.g., Denise DiPasquale e William Wheaton, *Urban Economics and Real Estate Markets*, Prentice Hall, 1996; John McDonald e Daniel McMillen, *Urban Economics and Real Estate, Theory and Practice*, Blackwell, 2008-

⁵ Pelo menos a valores sustentáveis de mercado.

⁶ Note-se, no entanto, que são estes elementos que fundamentam a criação de cidades, atento efeito que decorre da existência de uma densidade mais elevada em termos económicos para a organização espacial da propriedade.

⁷ As economias de escala e de gama no lado da oferta podem revestir naturezas estruturalmente distintas, consoante os mercados em presença. Na sua manifestação mais comum, as economias de escala poderão reduzir os custos dos serviços prestados a todos os participantes da rede. Tal ocorre quando no mercado de produção e distribuição de electricidade e de água a participação de um consumidor adicional reduzir os custos – partilhados – dos serviços prestados a todos os participantes da rede. No entanto, parte da doutrina identifica um outro efeito externo de rede indirecto, directamente relacionado com o valor da diversidade. O mercado das ATM's constitui o exemplo clássico a este propósito. Supondo que um determinado número de bancos constituem uma rede de ATM's, as suas decisões relativas à localização dos distribuidores automáticos assentarão essencialmente nas

expectativas subjacentes ao nível de procura. Uma vez que existem economias de escala relevantes neste mercado, não fará sentido o desenvolvimento de uma estratégia de implantação espacial indiscriminada, pois os custos da sua gestão superariam, inevitavelmente, os ganhos económicos decorrentes da verificação das economias de escala. Porém, se os níveis da procura aumentarem, devido a um aumento populacional na área geográfica relevante, os bancos poderão considerar justificável a implantação de ATM's adicionais que, inevitavelmente, aumentarão os níveis de Bem-Estar dos consumidores, reduzindo os custos de transporte e de negociação para os incumbentes.

⁸ As externalidades de rede ou efeitos externos de rede apresentam-se como fenómenos económicos decorrentes de particularidades do lado da procura (“*demand side effects*”). Em princípio, os efeitos externos de rede constituem uma categoria ampla onde se inserem diversos fenómenos económicos, não se confundindo com as exterioridades tradicionais da teoria económica. Assim, quando ocorrem novas entradas num sector em rede (como é um aglomerado urbano), os utilizadores estabelecidos sofrem sucessivos aumentos de utilidade com a entrada em número crescente de novos utilizadores com os quais se podem relacionar posteriormente. Porém, os utilizadores quando aderem a uma rede, fazem-no unicamente por interesse pessoal, não tomando em consideração que, ao fazê-lo, estão igualmente a beneficiar os utilizadores já estabelecidos. A verificação da existência de exterioridades nos mercados em rede deverá assentar numa contraposição de índole meramente estrutural assente nos conteúdos direccionais dos fluxos transmitidos (ou seja, dos serviços prestados) nas infra-estruturas da rede. Estas redes correspondem a modelos de difusão ou distribuição de produtos, tendo como função prestar um determinado serviço ou fornecer um determinado bem a consumidores finais situados em diferentes áreas geográficas. A arquitectura da rede será determinada pela eficiência na distribuição; será o agente do lado da oferta que, tentando prestar o melhor serviço possível, construirá uma rede que permita atingir o máximo número de consumidores a custos mais reduzidos, numa lógica assente na maximização do lucro. Existirão, sim, economias de escala significativas nos mercados que tendem, no limite, para a sua organização em monopólio natural. Essas economias de escala decorrem da elevada capacidade das infra-estruturas de transporte (estradas, linhas de alta tensão, carris ferroviários, aquedutos e gasodutos de alta pressão, etc.), que permitem o transporte de unidades adicionais a preços decrescentes, dada a estrutura neutra ao nível dos custos marginais da unidade adicional e a amortização sucessiva dos elevados custos fixos de investimento. No entanto, os exemplos não se esgotam nos sectores assentes em infra-estruturas físicas de transporte. As escolas, os hospitais, os centros comerciais assentam a sua localização tendo como base a potencial capacidade de apropriação dos ganhos económicos

e de externalidades negativas – por via de deseconomias de escala (*maxime* os congestionamentos) e de reflexos prejudiciais indirectos no património alheio) obrigam a uma adaptação necessária dos princípios gerais da teoria económica⁹.

Neste quadro, não é de estranhar que diversos autores, nomeadamente os neo-clássicos, advogassem soluções alternativas para a organização do mercado fundiário. Ocorrendo várias distorções nos modelos económicos de organização do mercado que, no limite, impossibilitam a própria avaliação concreta do bem, não será por acaso que a teoria de renda (elemento indirecto de valoração) assuma um papel fundamental nas diversas análises históricas.

Até mesmo Léon Walras, um dos precursores da teoria neo-clássica, que é a base legitimadora das políticas liberais, condenou a propriedade privada do solo, após concluir, por via da modelação matemática, que o preço do mesmo tenderia para o infinito¹⁰.

decorrentes das externalidades de rede. No entanto, nestes últimos casos, esses ganhos serão indirectos. Assim, quanto maior for o número de agentes que procuram um mesmo bem, mais probabilidades têm de o encontrar, pois os impulsos emitidos pelo lado da procura serão naturalmente captados pela oferta que, inevitavelmente, irá ao encontro da procura. Assim, quanto maior for o número de adeptos de um determinado clube, mais probabilidades existirão dos jogos desse clube serem transmitidos na televisão. Ao invés, os aficionados da ópera ou das touradas, dado o seu menor número, terão menos probabilidade de ver os seus programas preferidos. Em nenhuma destas situações o valor individual decorrente do consumo de um bem aumenta em função da adesão de um novo utilizador. Os efeitos externos de rede serão meramente indirectos, tendo por base acções do lado da oferta (obviamente impulsionados pela procura) confundindo-se, neste caso, com os resultados do livre jogo da oferta e da procura ou, no limite, com as economias de gama. Cfr, Carlos Lobo, *Sectores em Rede: Regulação para a Concorrência*, Almedina, 2009, págs. 91 e segs.

⁹ Cfr. Joseph Comby e Vincent Renard, *Les Politiques Foncières*, Presses Universitaires de France, Collection Que sais-je, Paris, 1996, págs. 3 e segs.

¹⁰ Cfr. Léon Walras, *Théorie Mathématique du Prix des Terres et the leur rachat par l'État*, 17 de novembre 1880.

Henry George, em 1879, na obra *Progress and Poverty*, constatou essa realidade. Nessa época, os Estados Unidos não dispunham que quaisquer instrumentos de ordenamento do território nem de impostos sobre o rendimento, no entanto, este autor preocupou-se com o facto da “terra livre” começar a escassear, o que poderia gerar tensões fortíssimas entre os interesses públicos e os interesses privados. Henry George estava essencialmente preocupado com o facto da escassez de terra originar graves desequilíbrios ao nível da igualdade de oportunidade económica que gerariam inevitavelmente confrontações sociais. Assim, como qualquer outro autor clássico, acreditava que os mercados concorrenciais e a propriedade privada gerariam eficiência e produtividade, remunerando os produtores quando fossem de encontro aos interesses dos consumidores. No entanto, o factor de produção terra tinha um comportamento peculiar dado que independentemente do aumento da procura a sua oferta não poderia aumentar. Sendo a capacidade da oferta limitada, a existência de um mercado plenamente concorrencial estava, à partida, afastada. Nesta situação, e verificando-se uma aumento natural do volume da procura decorrente do aumento demográfico, os proprietários imobiliários beneficiariam de elevadas valorizações fundiárias, que se verificariam independentemente do uso que dessem às suas propriedades¹¹.

Além das limitações ao nível da oferta, o mercado de propriedade imobiliária apresenta também dificuldades sensíveis na perspectiva da fluidez. A terra disponível, salvo raríssimas e muito dispendiosas excepções, resulta de uma actividade de criação natural. Por outro lado, sendo imóvel, a sua localização espacial é uma característica única, não podendo existir duas propriedades numa única localização (daí o aforismo avaliativo “*location*,”

¹¹ Cfr. H. James Brown, “*Henry George’s Contributions to Contemporary Studies of Land Use and Taxation*”, in *Land Use and Taxation*, Lincoln Institute of Land Policy, 1997, págs. 1 a 5.

location, location”). Este condicionalismo exclusivo constitui, em consequência, um factor crucial na definição do seu valor, demonstrando igualmente a não sucedaneidade do bem em causa.

A falta de fluidez inerente à terra enquanto factor de produção origina barreiras naturais à entrada e à saída do mercado. As suas características de permanência, quantidade limitada e imobilidade têm inevitáveis efeitos ao nível do processo de decisão privada, dado que qualquer opção terá efeitos muito prolongados no tempo, podendo mesmo ser irreversível. Os prejuízos de uma má opção serão, em diversas situações, irrecuperáveis e os juízos de prognose longa são realizados, muitas vezes, sem a informação necessária, propiciando movimentos especulativos. *É clara, pois a existência de informação assimétrica ao nível da evolução futura dos mercados de propriedade imobiliária que impede a formulação de decisões económicas óptimas*¹². Existem dois exemplos finais deste estado de coisas: o primeiro, mais estrondoso, decorre precisamente da crise financeira de 2008, originada pelo rebentamento da “bolha imobiliária”, insuflada artificialmente por via de uma prática de titularização desregulada, que assentando no pressuposto (clássico) de valorização infinita do imobiliário, o aplicou de forma desadequada ao mundo da *micro-finança*, nomeadamente ao crédito hipotecário de alto risco; o segundo, de base mais estrutural, resulta da tentativa hodierna de captura de renda monopolísticas decorrentes do não desenvolvimento imobiliário dos centros históricos tomando com base a expectativa especulativa de obtenção de ganhos excedentários por via da transacção onerosa da capacidade construtiva.

Porém, para além das falências genéticas sentidas no lado da oferta da propriedade imobiliária e da evidente informação assimétrica nos mecanismos de formação de preços, ocorrem outros fenómenos económicos

¹² Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Tributação do Urbanismo*”, in *XV Aniversário da Reforma Fiscal*, Almedina.

disruptivos decorrentes da especial interacção entre os diversos agentes no mercado urbanístico. Assim, poderão ocorrer exterioridades significativas nestes mercados que ao não serem interiorizadas – contabilizadas enquanto custos ou proveitos na contabilidade individual do agente causador - originarão situações sub-óptimas¹³.

Desta forma, quando as entidades públicas constroem uma nova ponte ou inauguram uma nova estrada, os terrenos envolventes valorizarão sem que os seus proprietários tenham realizado qualquer acção nesse sentido. Estas mais-valias (*windfall gains*) beneficiam proprietários individualmente considerados embora os investimentos públicos tivessem sido efectuados à custa de toda a comunidade, justificando-se, pois, uma socialização desses ganhos (socialização das exterioridades positivas), por via da imposição de contribuições especiais.

Em sentido inverso, quando os agentes privados causem custos reflexos em outros agentes devido ao seu comportamento torna-se essencial a sua interiorização, de forma que o custo privado marginal se equipare ao custo social marginal, eliminando-se conseqüentemente a exterioridade negativa¹⁴. Tal justificaria, na óptica urbanística, que um imóvel degradado sustentasse uma mais carga tributária mais elevada pois constitui um factor de desvalorização na área em redor à da sua localização. No campo florestal,

¹³ Conforme refere António de Sousa Franco, “a interdependência entre as pessoas em sociedade gera situações difíceis de regular: na verdade as decisões de um consumidor ou de um produtor reflectem-se por vezes – positiva ou negativamente – sobre outras pessoas que com elas nada têm que ver: ora proporcionando-lhes utilidades externas (benefícios resultantes de comportamento alheio), ora impondo-lhes desutilidades externas (custos resultantes de comportamento alheio)” in *Manual*, Vol. I, cit., pág. 28.

¹⁴ Cfr. quanto às exterioridades ambientais cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Impostos Ambientais. Análise Jurídico Financeira*” in *Revista Jurídica do Ambiente e Urbanismo*, n.ºs 2 e 3, Almedina, 1994.

um terreno não desbastados deveriam ser mais onerados dado o risco acrescido que provocam ao nível de incêndios florestais.

Adicionalmente, agentes com acesso a informação privilegiada ou com influência nos processos de decisão urbanística poderão actuar como “*rent-seekers*”, originando modelos ineficientes de desenvolvimento urbano, onde o ganho económico resulta unicamente de uma actividade especulativa sem conteúdo material para além da angariação da licença a edificar (um ganho monopolista decorrente da ultrapassagem com sucesso da regulamentação legal) ou do desenvolvimento artificial – mas rentável – de actuações de simples expectativa especulativa, originando situações de enorme degradação nas zonas históricas tradicionais.

A supressão destas falhas de mercado constitui um imperativo para as entidades públicas. No mesmo sentido, e visando-se uma utilização eficiente do solo, não poderão ser toleradas “*falhas de regulação*” ou a concessão arbitrária de privilégios de forma aleatória ou a sujeitos detentores de informação privilegiada. Não existe opção possível a este propósito. Se o mercado não funciona numa área essencial para os cidadãos (o mercado fundiário é essencial para a vida em sociedade já que fornece o suporte básico para a mesma) devem as entidades públicas tomar as medidas necessárias para a sanção dessas incapacidades. Estamos, pois, numa das áreas mais sensíveis do governo público – a gestão da “*polis*” – a “política” no seu sentido mais profundo, que deverá actuar numa óptica de produção de utilidades – o planeamento e a construção de infra-estruturas urbanas – e de redistribuição – distribuição eficiente dos custos de infra-estruturação e de manutenção bem como dos ganhos decorrentes das opções de planeamento. De facto, e num modelo óptimo, o promotor (o proprietário ou o investidor) deverá alcançar a margem de lucro unicamente por via da eficiente aplicação de recursos produtivos na construção e não pela simples obtenção de uma benesse de ultrapassagem de bloqueio monopolista – o licenciamento. Assim, de um paradigma de valor fundiário de mercado (que não se sabe bem o que

é) deverá passar-se para uma óptica de valor justo. Este valor justo não deve ser entendido como valor administrativo ou estatal, mas sim como valor eficiente para o desenvolvimento efectivo da actividade imobiliária, eliminando-se todos os constrangimentos de distorção decorrentes das falhas de mercado e de organização, providenciando-se, igualmente, uma verdadeira e alargada perequação de custos e de benefícios por todos os agentes intervenientes do mercado.

Sendo uma área essencial para o Bem-Estar Social, todas as opções políticas a este respeito devem respeitar os mais profundos mandamentos aplicáveis; e, quanto a isso, não existem quaisquer dúvidas: as entidades públicas competentes devem, a qualquer custo, desenvolver esforços no sentido do aumento dos padrões de eficiência no mercado urbanístico – tal obrigação decorre directamente das alíneas d) e e) do artigo 9.º, do artigo 65.º e das alíneas a), d) e f) do artigo 81.º da Constituição.

O solo adquire, neste enquadramento, as feições de “recurso de interesse geral”¹⁵, o que obriga a uma actuação pública orientadora. Esta

¹⁵ A definição de recurso de interesse económico geral é substantiva e assenta no âmago da decisão financeira pública. De facto, um recurso constitui-se como de interesse económico geral quando o mercado não consegue fornecer de forma totalmente satisfatória as utilidades em causa numa óptica de redistribuição de encargos e de benefícios. As razões para essa insatisfação são diversas das decorrentes de falhas de mercado (que obrigam à acção prestativa pública) e radicam em razões de foro compensatório ou redistributivo. Assim, a definição de recurso de interesse geral depende da sua própria justificação intrínseca. Essa fundamentação implica a presença dos seguintes elementos: i) *a necessidade de desenvolvimento de um serviço universal* (ou seja, um requisito de interesse geral que garanta que certos serviços são disponibilizados, com uma qualidade especificada, a todos os consumidores e utentes de um espaço territorial local, independentemente da sua localização relativa e a um preço acessível); ii) *a necessidade de desenvolvimento da actividade económica numa lógica de continuidade* (ou seja, a necessidade de prever a não interrupção dos serviços quando a estrita lógica de mercado o imponha ou aconselhe); iii) *a necessidade de garantir padrões elevados de qualidade de serviço* (superiores aos que resultariam da

actuação pública deverá assumir uma natureza reguladora, mas não intervencionista. Não estamos no campo da orientação ou da intervenção económica; o que está em causa é uma verdadeira e própria correcção das insuficiências do mercado, tarefa que se inclui no âmbito das mais básicas funções do Estado.

2. CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO QUADRO DA ACTIVIDADE PÚBLICA URBANÍSTICA

A actividade administrativa urbanística (em sentido amplo) do Estado encontra-se sujeita a uma pesada regulamentação jurídica. Essa submissão é justificada pela amplitude das tarefas desenvolvidas e pela abundância de relações inter-subjectivas estabelecidas. Tais relações podem revestir uma natureza estritamente pública ou privada, ou, na grande maioria das ocasiões, uma natureza mista.

Nesta óptica, a lei do solo, condicionante infra-constitucional do ordenamento urbanístico (englobando o rural – agrícola e florestal), deverá assentar numa lógica económica, reguladora do mercado, tendo em vista a composição eficiente dos interesses em presença, e num segundo nível, deverá conter uma lógica programática potenciadora do desenvolvimento e da utilização eficiente dos recursos disponíveis.

óptica prestativa de mercado em matérias de segurança, cobertura territorial, protecção contra cortes de fornecimento, etc.); iv) *a necessidade de garantir uma acessibilidade de preços* (ou seja, a prestação deverá ser norteadada numa óptica redistributiva, tornando acessíveis bens ou serviços a quem tenha menores recursos); v) *a necessidade de desenvolver uma determinada acção privada* (através da nivelção dos níveis de risco ou o desenvolvimento de operações de charneira, e.g., reabilitação urbana).

Não negamos, obviamente, a natureza administrativa de parte do Direito do Urbanismo, entendido com Direito do Planeamento Fundiário, mas que com ele não se confunde atento o seu âmbito mais restrito e limitado (claro está se o entendermos unicamente como normativo ordenador das relações plurisubjectivas que são estabelecidas neste âmbito). Tomando em consideração o elevado número de relações jurídicas de natureza administrativa que são estabelecidas entre as entidades públicas e os particulares é fundamental que se constitua todo um direito substantivo e adjectivo de natureza essencialmente administrativa que defina o conteúdo dos poderes de autoridades detidos pelas entidades públicas e as garantias dos particulares perante estes.

Em consequência, é inegável que a vertente administrativa do Direito do Urbanismo se encontra sujeita aos princípios jurídicos gerais reguladores da actividade administrativa: o princípio da legalidade genérico, o princípio geral da proporcionalidade, o princípio específico do excesso e o princípio da igualdade.

No entanto, a Lei do Solo excede em muito a vertente puramente administrativa, revestindo uma natureza intrinsecamente económica e financeira.

Tal facto é explicitamente reconhecido, embora pela negativa, por Fernando Alves Correia, ao escrever: *“na verdade, a finalidade principal das normas urbanísticas – em especial daquelas que têm assento nos planos – é definir os destinos das várias áreas ou zonas do território, bem como as formas e intensidades de utilização das diferentes parcelas do solo. E uma vez que o tipo e a medida de utilização do solo não podem ser os mesmos independentemente da sua localização, antes devem ser diferentes conforme as zonas em que se situarem os terrenos, verifica-se que o direito urbanístico reveste necessariamente um carácter discriminatório e é fonte de desigualdades em relação aos proprietários – ou aos titulares de outros direitos reais – dos terrenos por ele abrangidos. Estas discriminações, que se*

traduzem muitas vezes na interdição ou na limitação do exercício do vulgarmente designado “jus aedificandi”, exercem uma influência profunda no valor dos solos e são geradoras de graves desigualdades entre os proprietários”¹⁶.

Ou seja, estamos claramente em presença do reconhecimento explícito de uma falha de regulação pública do mercado e que decorre de uma utilização limitada dos recursos normativos ao dispor do Estado para a regulação do mercado fundiário, consubstanciada na criação de limitações e condicionantes à actividade privada sem a competente indemnização ou compensação, ou, em sentido inverso, na outorga de prémios indiscriminados a beneficiários de decisões administrativas favoráveis às suas pretensões (*whistle fall gains*), sem a efectiva redistribuição dos mesmos aos prejudicados.

Assim, o conteúdo discriminatório potencial do direito do urbanismo não é nenhum traço característico que permita a sua autonomização; antes constitui a constatação das suas insuficiências ao não serem tomadas em consideração as vinculações constitucionais que conformam o direito económico enquanto direito ordenador do mercado fundiário. Neste enquadramento, a Lei do Solo torna-se urgente devendo conter os elementos necessários à correcta atribuição dos recursos na perspectiva distributiva e de desenvolvimento. Deverá evoluir-se necessariamente de uma função de simples atribuição (função administrativa) – sem critério substantivo - para uma efectiva função reguladora e distributiva (função económico-financeira) – de eminente alcance material.

De facto, a actividade urbanística do Estado abrange uma ainda maior panóplia de realidades que se situam indiscutivelmente fora do âmbito dos conteúdos normalmente apontados ao direito administrativo.

¹⁶ Cfr. *ob. cit.*, pág. 60.

A necessária submissão da actividade urbanística do Estado – enquanto instrumento de gestão fundiária do território – ao direito económico, e conseqüentemente aos seus princípios, é quase intuitiva. Efectivamente, se considerarmos a vertente substantiva do direito do urbanismo verificamos que esta se traduz, quase integralmente, no condicionamento público do direito de propriedade privada, realizado através do exercício de funções de planeamento genérico e de limitação específica do conteúdo do direito da propriedade privada sobre os imóveis. Ganha, então, uma maior clareza a concepção que integra a actividade urbanística no âmbito do direito económico, quer ele seja entendido como “*sistema resultante da ordenação de normas e princípios jurídicos, em função da organização e direcção da economia*”¹⁷ ou como “*ramo normativo do direito que disciplina, segundo princípios específicos e autónomos, a organização e a actividade económica*”¹⁸.

De facto, sendo o “Plano” o instrumento urbanístico fundamental, é fácil antever uma correlação estrita com os planos económicos que se inserem no objecto típico do direito económico, considerando alguns autores¹⁹, de forma correcta, que estes instrumentos específicos de planeamento técnico urbanístico, com inevitável incidência na actividade económica se constituem como verdadeiros “*planos sócio-económicos*”.

A acção pública de planeamento e ordenamento territorial tem um inevitável fundamento económico. Se o ignorarmos aparecem inevitavelmente as distorções, a ineficiência e a injustiça.

A justificação para o desenvolvimento da actividade reguladora pública de regulação do solo é evidente. Imagine-se os custos de uma negociação individual entre centenas ou milhares de proprietários no sentido

¹⁷ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, AAFDL, 3.ª reimp., 1994, pág. 8

¹⁸ Cfr. António de Sousa Franco, “*Direito Económico/Direito da Economia*”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, IV Vol., pág. 46.

¹⁹ António Carlos dos Santos e outros, *Direito Económico*, Almedina, 2004, págs. 231 e 232.

da conformação do direito a construir de cada um na sua propriedade. Os custos de negociação seriam elevadíssimos, o que a tornaria proibitiva. Por outro lado, os interesses divergentes (nomeadamente a máxima *not in my courtyard* a que assistimos permanentemente quando estão em causa grandes obras públicas) levariam inevitavelmente a concretização de situações sub-óptimas em sede de Bem-Estar geral que adviriam de boleias (*free rides*) ou de bloqueios (*hold out*), consequências inevitáveis se a decisão em causa fosse desenvolvida numa óptica estritamente privada (ou cooperativa, se o bem for considerado como recurso comum).

Essa actividade reguladora pública é fundamental. Não seria possível a elaboração de um plano urbanístico se a decisão assentasse num pressuposto de cooperação (aplicando-se a regra da unanimidade) pois os custos de negociação seriam extraordinariamente elevados, podendo um único agente bloquear a conclusão de um instrumento que beneficiasse milhares. Por outro lado, os juízos de prognose quanto ao desenvolvimento e organização da cidade só podem ser desenvolvidos de forma coerente pelos organismos públicos dado que estes não terão, à partida, quaisquer interesses pecuniários directos decorrentes dessa actividade (partindo-se, claro está, que a estrutura tributária é neutra, o que não ocorre actualmente em Portugal).

O plano urbanístico aparece, então, como um plano ordenador, em quase tudo idêntico aos modernos planos económicos, caracterizados por uma grande flexibilidade.

Por outro lado, e tal como sucede nas restantes áreas do direito económico, o direito urbanístico tem como objecto a conformação do direito de propriedade privada tendo em vista um interesse público superior (“*hierarquia de interesses*”), necessariamente arbitrados por um fundo substantivo de ordem material que permita a realização de opções arbitrais em casos de conflito sensível. Assim, de uma mera argumentação formal – fomentadora de discriminações e arbitrariedades – deverá a Lei do Solo

conter os referenciais de base material que, no caso concreto, permitam alcançar a solução mais eficiente e mais justa.

O estatuto do direito de propriedade assume, assim, uma dimensão fundamental, e conseqüentemente a Lei do Solo enquanto repositório ordinário do conteúdo institucional do mesmo. Longe vão os dias em que o estatuto da propriedade era deixado unicamente aos Direitos Reais.

Em sede de direitos e deveres económicos, a CRP reconhece como direito análogo aos direitos fundamentais (artigo 17.º), no artigo 62.º, o direito à propriedade privada. Este direito tem um inevitável conteúdo económico, já que abrange no seu conteúdo a propriedade de meios de produção, o que fundamenta a sua conformação. Como refere António Carlos dos Santos, “*o direito de propriedade privada não é reconhecido como um direito absoluto, podendo ser objecto de limitações ou restrições, as quais se relacionam com princípios gerais de direito (função social da propriedade, abuso de direito), com razões de utilidade pública ou com a necessidade de conferir eficácia a outros princípios ou normas constitucionais, incluindo outros direitos económicos ou sociais e as disposições da organização económica (...)*”.

Ora, o direito de propriedade privada inclui quatro componentes: o direito de a adquirir, ou seja, o direito de acesso; o direito de a usar e fruir, na óptica do exercício; a liberdade de transmissão e o direito de não ser privado dela²⁰.

São, no entanto, admissíveis restrições ao direito de propriedade privada.

Essas limitações são, normalmente, inseridas no conteúdo da “*função social da propriedade*”. De facto, o Tribunal Constitucional no seu recente acórdão 421/2009 relativo ao procedimento de fiscalização preventiva do

²⁰ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, pág. 332.

Regime Jurídico da Reabilitação Urbana vem, por unanimidade, enunciar mais uma vez a sua posição a este respeito. Refere a importância da garantia do direito à propriedade, salientando que:

“a “garantia” que vai reconhecida no n.º 1 do artigo 62.º tem uma importante dimensão institucional e objectiva, que se traduz, antes do mais, em injunções dirigidas ao legislador ordinário. Por um lado, e negativamente, estará este proibido de aniquilar ou afectar o núcleo essencial do instituto infraconstitucional da “propriedade” (nos termos amplos atrás definidos). Por outro lado, e positivamente, estará o mesmo legislador obrigado a conformar o instituto, não de um modo qualquer, mas tendo em conta a necessidade de o harmonizar com os princípios decorrentes do sistema constitucional no seu conjunto. É justamente isso que decorre da parte final do n.º 1 do artigo 62.º, em que se diz que “a todos é garantido o direito à propriedade privada (..) nos termos da Constituição”.

Salienta, no entanto, de seguida, o seu enquadramento em sede social:

“assim, e apesar de a redacção literal do preceito constitucional não conter, como é frequente em direito comparado, uma referência expressa às funções que a lei ordinária desempenha enquanto instrumento de modelação do conteúdo e limites da “propriedade”, em ordem a assegurar a conformação do seu exercício com outros bens e valores constitucionalmente protegidos, a

verdade é que essa remissão para a lei se deve considerar implícita na “ordem de regulação” que é endereçada ao legislador na parte final do n.º 1 do artigo 62.º, e que o vincula a definir a ordem da propriedade nos termos da Constituição (...). Embora a Constituição lhe não faça uma referência textual, existirá portanto, e também entre nós, uma cláusula legal da conformação social da propriedade, a que aliás terá aludido desde sempre a jurisprudência constitucional, ao dizer que “[e]stá tal direito de propriedade, reconhecido e protegido pela Constituição, na verdade, bem afastado da concepção clássica do direito de propriedade, enquanto jus utendi, fruendi et abutendi – ou na formulação impressiva do Código Civil francês (...) enquanto direito de usar e dispor das coisas de la manière la plus absolue (...). Assim, o direito de propriedade deve, antes do mais, ser compatibilizado com outras exigências constitucionais” (referido Ac. n.º 187/2001, § 14, citando anterior jurisprudência)”²¹.

²¹ Tal vinculação não será, portanto, substancialmente diversa da contida, por exemplo, no artigo 33.º da Constituição espanhola (“É reconhecido o direito à propriedade privada (...). A função social desse direito limita o seu conteúdo, em conformidade com as leis.”); no artigo 42.º da Constituição italiana (“A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina o seu modo de aquisição, gozo e limites com o fim de assegurar a [sua] função social (...).”); no artigo 14.º da Lei Fundamental de Bona (“A propriedade e o direito à herança são garantidos. O seu conteúdo e limites são estabelecidos pela lei (...). O seu uso deve servir ao mesmo tempo os bens colectivos”. Para uma análise comparada, cfr. Andrés Rodriguez e Javier de Diego, “*Sintesis General de Los Estudios Comparados de Las Legislaciones Urbanísticas en Algunos Países Occidentales*”, Ministério de Fomento, CYTET, XXXIII, 127, 2001, págs. 93 a 96.

Assim, e como bem ensina António de Sousa Franco²², no plano constitucional, o direito de propriedade é consagrado e disciplinado de duas formas:

1.º - Como direito fundamental de apropriação dos bens de qualquer natureza (desde que apropriáveis), tanto de produção como de consumo: direito fundamental de conteúdo económico que traduz a base do regime geral do direito de propriedade privada, nas suas diversas manifestações;

2.º - Como direito institucional de propriedade, sendo definida como elemento integrante da organização económica, logo com uma inevitável dimensão social. Neste último sentido, a propriedade do solo é vista como um meio ou bem de produção, integrando os recursos naturais, cuja utilização eficiente se torna imperativa num modelo sustentado de desenvolvimento.

A situação não é muito diversa em outros países, que admitem – ou melhor impõem – uma função social de propriedade, de forma mais ou menos explícita.

Quanto a concepção do direito de propriedade no direito comparado, é de referir que, na Alemanha, o artigo 14.2 do *Grundgesetzbuch* consagra a

²² António de Sousa Franco, *Noções de Direito da Economia*, I vol., AAFDL, págs. 211 e 213

“função social da propriedade” (*Sozialbindung oder Sozialvorbehalt*), em primeiro lugar, através da possibilidade da lei determinar o conteúdo e os limites do direito de propriedade; em segundo lugar, através da obrigação da sua utilização ao serviço do bem comum e, em terceiro lugar, através da ponderação dos interesses gerais em conjunto com os privados, a fim de fixar o montante da indemnização em caso de expropriação. Por outro lado, mais do que proclamar a proibição de especulação, estabeleceu-se, por via legislativa, técnicas destinadas a combater as suas manifestações mais graves: a retenção improdutiva do solo não edificado durante um prazo superior a sete anos poderá ser sancionada com uma perda substancial do direito à indemnização em caso de modificação do planeamento. Para além disso, em caso de escassez de imóveis para habitação, pode o Município forçar o proprietário do terreno a construir em conformidade com o Plano. Resulta do exposto que uma das orientações fundamentais do planeamento urbanístico é, precisamente, garantir uma utilização socialmente justa do solo.

A Constituição Francesa de 1958, por sua vez, não contém nenhuma referência aos direitos e liberdades, considerando-se vigente, por remissão expressa, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946. Segundo esta declaração, o direito à propriedade é um direito inviolável e sagrado. Assim, o Código Civil francês estabelece que “a propriedade traduz-se no direito de gozar e dispor das coisas de forma absoluta, desde que não se faça um uso proibido pela lei ou pelos regulamentos” (artigo 544.º). A propriedade, nesta concepção, inclui a propriedade do subsolo e do espaço aéreo. Nestes termos, o proprietário poderá realizar as construções e escavações que julga convenientes.

Contudo, esta enfática declaração tem sido restringida ao longo dos anos pela vida social e política. O interesse geral estabelece limites e condições gerais, incluindo a expropriação por utilidade pública mediante o pagamento de uma indemnização justa (artigo 545.º). O Código do

Urbanismo, por sua vez, parece recorrer implicitamente à função social da propriedade, de forma a limitá-la no âmbito urbanístico. Como resulta do art.º L.112-1 do referido código, “*o direito a edificar encontra-se ligado à propriedade do solo e exerce-se com respeito pelas disposições legislativas e regulamentares relativas a utilização do solo*”. É hoje pacífica na doutrina francesa a aceitação desta concepção social de propriedade, que se manifesta em diversas matérias nomeadamente no regime do arrendamento e no regime de perequação por via dos coeficientes de ocupação do solo, de base eminentemente redistributiva.

Em Inglaterra, como é sabido, não existe uma Constituição escrita, nem a codificação dos direitos civis. A propriedade é um direito de liberdade susceptível de ser limitado pela lei. Em particular, poderão ser impostos limites ao usufruto do direito e conferir as autoridades públicas o poder de “compra forçosa” por motivos de interesse geral.

A especulação imobiliária, no entanto, não é explicitamente impedida pela lei.

As contrapartidas (*planning gains*) públicas negociáveis em cada caso também não são limitadas pela lei e são aplicadas pelas autoridades responsáveis pelo planeamento, tendo em conta o benefício obtido e os impactos causados pelo plano livremente propostos pelo promotor (não existe plano prévio vinculativo), impondo-lhe maiores ou menores quantias de obras públicas e participando nas mais-valias geradas pela licença, muitas vezes de forma tão extrema que a construção se torna inviável.

Nos Estados Unidos, o reconhecimento constitucional do direito de propriedade não impede o reconhecimento de uma função social e a subordinação do mesmo ao interesse geral. Esta função social é implementada através de técnicas precisas. São de referir os chamados “*taking*” que concedem à administração a faculdade de expropriar o direito a fim de satisfazer uma finalidade pública. Porém, tal como no sistema inglês, não existe nenhuma norma expressa que impede a especulação no mercado,

não existe um direito a urbanizar quando o mesmo não se encontra expressamente previsto no plano e não existem outras limitações às contrapartidas públicas exigíveis.

Em Espanha, segundo a Constituição de 1978, a propriedade deve cumprir uma função social que legitima a sua própria existência e que delimita o seu conteúdo em cada uma das leis existentes, com exceção de um conteúdo essencial do direito que não se encontra a livre disposição do legislador, devendo o proprietário ser indemnizado quando é expropriado com base num interesse social ou com base em utilidade pública. Segundo o Código Civil de 1889, “a propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa sem outras limitações do que as estabelecidas por lei” (artigo 348.º). A faculdade de edificar ou de urbanizar um terreno apenas poderá ser exercida quando a lei em geral, e o plano municipal em concreto, a estabelecem e quantificam expressamente. As limitações gerais ou, inclusive, a proibição de edificar estabelecida pelo plano urbanístico de ordenação do solo rústico não dá direito à indemnização.

A especulação imobiliária é expressamente proibida pela Constituição Espanhola, estabelecendo como um dos princípios basilares da política social e económica que os poderes públicos promovem a legislação urbanística pertinente, “regulando a utilização do solo de acordo com os interesses gerais de forma a impedir a especulação” (artigo 47.º da CE). Os mecanismos e instrumentos existentes para assegurar a função social da propriedade encontram-se estabelecidos na legislação estatal do regime do solo e concretizados nas leis autónomas.

A intervenção reguladora do Estado é portanto essencial no mercado fundiário. Mesmo exemplos mais recentes (v.g. o caso de Colorado Springs) demonstram a inequívoca necessidade de ordenação pública neste campo, tendo em vista a resolução eficiente das falhas de mercado e a definição de modelos de organização espacial. Por seu lado, a doutrina e a jurisprudência

reconhecem de forma unânime a dimensão social da propriedade tal como consta na Constituição da República Portuguesa.

A Lei do Solo deverá conter os princípios orientadores deste modelo regulador conformando de forma sintética os princípios gerais de actuação. Porém, a regulação fundiária não se pode confundir com intervenção ou intervencionismo fundiário de base fundamentalmente ideológica. Pelo contrário, o princípio geral de actuação neste mercado deverá ser a do primado da iniciativa privada, conformada, no entanto, por um conjunto de regras financeiras que visem a concretização de resultados óptimos ao nível social.

Para ser economicamente eficiente, uma Lei do Solo deverá ser doutrinariamente neutra, preocupando-se unicamente com a correcção das falhas de mercado ao nível da estrutura produtiva e com a redistribuição justa dos encargos e dos benefícios patrimoniais decorrentes da actividade urbanística.

Para tal, a Lei do Solo deverá prever uma orientação geral ao nível do exercício dos instrumentos financeiros por parte do Estado. De facto, decorrendo as insuficiências do mercado fundiário das incapacidades específicas do tecido económico geral, a forma mais adequada de as suprir será a actuação directa ao nível das estruturas económicas institucionais. Neste quadro, a emissão de regulamentação administrativa ou o intervencionismo casuístico só introduziria mais factores de distorção.

Advoga-se, portanto, a adopção de um princípio geral de organização económica ao nível da actividade que tem de suporte o solo tendo em vista o desenvolvimento eficiente das respectivas actividades no quadro económico nacional: a actividade florestal deverá estar sujeita a um regime imperativo, tendo em consideração a escala necessária para o desenvolvimento eficaz da mesma e a eliminação das externalidades (*maxime*, os incêndios florestais); a actividade agrícola deverá estar sujeita a um regime facultativo, permitindo-se o acesso de terceiros interessados a solos que o proprietário opte por não

explorar por via do arrendamento rural; e, a actividade urbanística deverá estar sujeita a um regime excepcional, só sendo desenvolvido o direito a edificar quando for efectivamente provado a sua necessidade e viabilidade, garantindo-se a cobertura dos custos públicos na infra-estruturação e a redistribuição das mais-valias que decorram da alteração da classificação dos usos do solo.

Neste quadro, a dimensão financeira reveste uma importância decisiva. Não existe política sem instrumentos. A emissão de directrizes administrativas ao nível fundiário tem de ser necessariamente acompanhada por um conjunto integrado de acções que actuando na perspectiva financeira, moldam a realidade económica tendo em vista a eliminação das falhas de mercado visando a concretização de soluções eficientes de mercado.

3. A ACTIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO NO QUADRO DA REGULAÇÃO DO MERCADO DO SOLO

Face às incapacidades de mercados existentes no mercado da propriedade imobiliária, a acção reguladora do Estado é, conforme demonstrámos, mais do que justificada. No limite, poderá mesmo considerar-se essa função correctora como obrigatória [alíneas a), b) e f) do artigo 81.º da CRP].

Esta função de regulação e ordenação dos mercados, essencial na configuração económico-financeira dos Estados modernos enquanto Estados Reguladores²³ deve ser exercida com prudência dado que pode originar “falhas de regulação”, que aparecerão inevitavelmente no caso das entidades públicas se entrencharem no conforto dos normativos de ordem meramente formal, bloqueando iniciativas de desenvolvimento por via de argumentos de

²³ Cfr., por todos, Eduardo Paz Ferreira, *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 2001, págs. 393 e segs.

base estritamente burocrática, não se efectuando os necessários “balanços económicos” exigidos pelo princípio da eficiência e próprios da função política de gestão do território. Neste quadro, se exercidas de forma não cuidada, as políticas públicas para além de não corrigirem as falhas ou os desequilíbrios do mercado, poderão mesmo agravá-las. A ineficiência será, então, dupla: a decorrente da organização ineficaz do mercado adicionada da falha de governação.

Um ordenamento urbanístico que não tome em consideração os imperativos de direito económico, e no limite, o princípio da igualdade económica origina fatalmente desigualdade e injustiça.

Nesta óptica, assumindo o solo como um recurso de interesse geral, e qualificando a Constituição da República Portuguesa o valor social da propriedade, a Lei do Solo deverá prever, na perspectiva financeira, um conteúdo regulador que inclua o estatuto jurídico da propriedade privada e a sua relação intrínseca com o interesse público, tomando em consideração a preocupação de ordenamento urbano eficiente, a introdução de transparência na avaliação fundiária e a consequente regulação das metodologias de formação de preços, a composição eficiente das infra-estruturas em rede de suporte à propriedade imobiliária numa óptica de redistribuição de encargos e, claro está, a redistribuição eficaz dos ganhos ou mais valias fundiárias num quadro tributário assente na teoria da organização fundiária óptima.

O mercado fundiário, na sua perspectiva mais ampla, é inevitavelmente influenciado pelas opções urbanísticas desenvolvidas pelas entidades públicas no campo das potencialidades construtivas.

É, portanto, essencial, aprovar uma nova Lei do Solo que tome em consideração os critérios de repartição dos benefícios e dos encargos decorrentes da actividade urbanística, numa óptica que respeite o princípio da igualdade na sua vertente material e a lógica própria da utilização óptima dos recursos disponíveis.

Efectivamente, sendo o modelo de organização eficiente do solo decorrente de princípios de organização económica, deverão as entidades públicas utilizar instrumentos com tipologia idêntica para a resolução das suas insuficiências. Os instrumentos económico-financeiros, *maxime*, os instrumentos tributários adquirem, neste enquadramento, uma função primordial, que transcende, em larga medida, os puros interesses recaudatórios.

E, neste ponto, identificamos uma outra insuficiência. Em Portugal, e numa perspectiva financeira, a actividade urbanística tem sido considerada fundamentalmente uma fonte de receitas públicas municipais. O mesmo verificava-se em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no francês, merecendo especial destaque o denominado “*platfond légal de densité*”, estabelecido discricionariamente pelos planos. Tinha como finalidade fixar um tecto máximo – apenas para efeitos valorativos de solo urbanizado, não do direito de propriedade – ultrapassado o qual, segundo o plano de ocupação do solo (*Plan d’Occupation des Sols*, que, em 2001, foi substituído pelo *Plan Local d’Urbanisme*), tinha o promotor que pagar ao município uma contribuição compensatória complementar pelo excesso, uma vez solicitada a licença de construção, o que gerava receitas consideráveis para as entidades públicas mas que não beneficiava os privados não beneficiados pelo plano de ordenamento nem era recanalizada para efeitos de regulação fundiária.

Efectivamente, em Portugal, o resultado financeiro da actividade pública de urbanização tem sido de tal forma considerável que os organismos públicos responsáveis²⁴ ignoram os verdadeiros fundamentos da actividade

²⁴ Tendo em consideração o princípio da descentralização, a actividade urbanística é historicamente cometida aos municípios pois serão essas entidades que estarão em melhores condições para o seu desenvolvimento dada a relação de extrema proximidade com as populações e com o território. No entanto, actualmente, e atendendo ao desenvolvimento factual de áreas metropolitanas, deverão ser criados organismos de coordenação urbanística sob pena das disfunções actuais se continuarem a agravar em resultado da falta de percepção

financeira urbanística, funcionalizando a actividade urbanística à maximização dos proveitos financeiros daí decorrentes.

Esta visão, limitada e viciada, tem um impacto extremamente gravoso no desenvolvimento eficiente da própria actividade administrativa subjacente.

O resultado destas disfunções é visível aos olhos de todos. Não será necessária a realização de uma investigação empírica aprofundada para verificar as consequências da política de urbanismo assente no primado da receita.

Desta situação resultam diversos problemas ao nível da organização eficiente do mercado atento o seu comportamento pró-cíclico. Numa situação de estagnação, os níveis de receitas directas provenientes das actividades de implantação urbanística reduzir-se-ão drasticamente, o que coloca enormes problemas aos municípios que se encontram totalmente dependentes deste tipo de receitas²⁵.

atempada da necessidade de criação dessas entidades centralizadas (de coordenação ou, mesmo, integradas) que resolvessem as disfunções resultantes de decisões autárquicas individualizadas em grandes massas urbanas. Efectivamente, o princípio da descentralização na decisão pública advoga, por razões de eficiência, que a decisão seja tomada o mais próximo possível dos seus destinatários, permitindo ao decisor sintetizar mais fielmente as reais necessidades dos cidadãos minimizando eventuais distorções que influenciem negativamente a sua decisão. No entanto, se a decisão for mais eficiente num nível mais elevado atendendo aos condicionalismos mais abrangentes que a condicionam, então, deverá ser tomada nesse grau. Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.^a edição, Almedina, 2004, págs. 74 e segs; Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, vol. II, 2.^a edição, Almedina, 2004, págs. 1040 e segs; Richard e Peggy Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 5nd edition, McGraw-Hill, 1989, págs. 87 e segs..

²⁵ As autarquias locais sentem actualmente constrangimentos financeiros gravíssimos que podem colocar em causa a sua solvabilidade num futuro muito próximo e que as tornam particularmente sensíveis a todas as possibilidades de maximização dos níveis de receita de curto-prazo. A demonstração deste verdadeiro “estado de necessidade” ao nível da despesa é bastante fácil, dado: (1) o aumento da despesa autárquica proveniente do alargamento de

A dependência das autarquias locais relativamente às receitas provenientes da actividade urbanística originou uma propensão à maximização desregrada de carga urbanística de baixa qualidade a nível concelhio, na maioria das vezes desproporcionada face às necessidades reais do mercado e quase sempre excessiva considerando as capacidades de edificação ópticas no espaço em causa. Não se condena estas opções municipais; de facto, e atendendo ao modelo de desenvolvimento que nesse quadro se deparava esta era a única opção racional a desenvolver. Porém, o Mundo mudou e, nesta perspectiva, estes padrões decisórios têm inevitavelmente de o acompanhar.

No entanto, a dependência estrutural dos municípios em relação às receitas das actividades urbanísticas e a sua desadequação dogmática não constituem os únicos factores de desequilíbrio que obstam à criação de uma situação economicamente óptima na perspectiva territorial.

Efectivamente, existe um efectivo desequilíbrio entre as potencialidades de edificação dos diferentes municípios sem que se encontre

competências autárquicas; (2) o aumento da despesa autárquica proveniente do aumento da dimensão dos corpos administrativos de suporte à decisão autárquica; (3) o aumento da despesa autárquica decorrente do enorme esforço de investimento realizado nos últimos anos na criação de infra-estruturas públicas que agora necessitam de manutenção; (4) o desenvolvimento e implementação de um princípio de descentralização alargado; (5) o aumento de exigência por parte dos munícipes ao nível da prestação dos serviços pelos municípios; (6) a redução do investimento público por parte da Administração Central que necessita de ser compensada por investimento autárquico. No entanto, este movimento de expansão da despesa depara-se com uma tendência totalmente inversa do lado da receita decorrente: (1) do esgotamento do modelo tradicional de financiamento autárquico; (2) da redução significativa da taxa de crescimento dos impostos locais (Contribuição Autárquica/IMI, Impostos Municipal de Sisa/IMT, Imposto sobre os Veículos); (3) da limitação da possibilidade de endividamento por via das sucessivas Leis do Orçamento do Estado desde 2002; (4) da redução das transferências proveniente do Orçamento do Estado.

prevista qualquer modalidade de compensação intermunicipal²⁶ minimamente operacional²⁷. O mesmo acontece na sustentação do custo com infra-estruturas urbanísticas, sensivelmente mais baratas *per capita* em zonas de elevada densidade, atentas as significativas economias de escala presentes.

As falhas de regulação fazem-se sentir, igualmente, numa vertente intra-plano. É inconcebível, nos termos do princípio da igualdade económica, que a definição de zonas edificáveis e não edificáveis seja efectuado numa lógica totalmente discricionária (arbitrária) que se traduz na concessão de benesses a poucos e na imposição de sacrifícios a muitos, sem a necessária compensação.

²⁶ Essa desigualdade decorre de duas razões essenciais: 1) do ponto de vista estrutural, existem áreas municipais de baixa densidade e de alta densidade. Ora, em situações de baixa densidade, por exemplo, em áreas de montanha, os custos de construção de infra-estruturas urbanísticas são bastante elevados, incompatíveis com os valores de mercado dos imóveis, o que inviabiliza liminarmente a aplicação de um qualquer mecanismo de repartição perequativa dos investimentos se tal for efectuado num âmbito estritamente intra-municipal. Desta forma, a solução para esta falha estrutural de mercado dependerá da acção das autoridades públicas centrais que deverão desenvolver mecanismos de compensação intermunicipal entre os municípios propensos à criação em larga escala de solo urbano (os municípios do litoral) e os municípios do interior, de reduzida densidade urbana e que sustentam custos infra-estruturais proibitivos; 2) do ponto de vista legal e atendendo as características morfológicas do território nacional, as áreas da RAN, da REN bem como as áreas protegidas, não poderão ser tomadas como encargos dos municípios onde se situam mas sim de toda a colectividade. O benefício social decorrente, por exemplo, da existência do Parque Nacional do Litoral Alentejano e da Costa Vicentina transcende as vantagens directamente incorridas pelos cidadãos residentes nas áreas municipais abrangidas estendendo-se a todos os cidadãos nacionais e, no caso das áreas englobadas na rede Natura 2000, igualmente aos cidadãos comunitários.

²⁷ A Lei n.º 2/2007 (Lei das Finanças Locais) contém embriões de um modelo que deve ser desenvolvido, nomeadamente, a compensação positiva dos municípios com o território abrangido, em larga escala, pela REN e outras áreas protegidas.

Esses sacrifícios traduzem-se, no plano urbanístico na compressão desigual do *jus aedificandi* inerente ao direito de propriedade detido por diferentes sujeitos económicos. Os efeitos destas práticas administrativas são evidentes:

- ao não existir compensação entre os diversos agentes desigualmente afectados pelas imposições administrativas, sujeitos em posição semelhante são tratados de forma diferenciada, o que constitui uma negação do princípio da igualdade material;
- as instâncias administrativas, ao comprimirem de forma intensa o *jus aedificandi* em determinadas propriedades, sem que estas beneficiem de uma compensação por parte dos beneficiados, originam uma elevação artificial e especulativa dos preços das propriedades não afectadas por esses constrangimentos, dado que a oferta, já escassa, é ainda mais restringida.

São, pois, abundantes as razões que nos levam a concluir pela vertente económica do direito do urbanismo. Os corolários desta constatação são evidentes: o direito do urbanismo não pode compactuar com a criação de desigualdades; o bem público não pode justificar o bem privado de alguns, arbitrariamente concedido e o mal privado de muitos, injustificado e não compensado. Nestas condições, as funções de regulação do Estado no mercado imobiliária são exercidas de forma inconstitucional, e em consequência, são totalmente intoleráveis.

Nesta perspectiva, os instrumentos tributários aplicados no campo urbanístico deverão ser redireccionados tendo em vista a concretização de

situações eficientes em sede de organização fundiária, quer numa óptica de produção quer numa óptica de redistribuição.

Esta reorganização não significa uma menor ou maior receita. A perspectiva é diversa, o que se propugna é a angariação de uma receita eficiente e justa: *eficiente* na óptica da sustentação dos encargos urbanísticos incorridos pelas entidades públicas; *justa* na óptica da redistribuição de benefícios entre agentes abrangidos pelos mandamentos de planeamento urbano.

Mais do que uma perspectiva meramente quantitativa, a receita tributária decorrente da actividade urbanística deverá assentar numa lógica qualitativa funcionalizando-se os instrumentos financeiros disponíveis à concretização de situações fundiárias óptimas. Nesta perspectiva, as entidades públicas deverão utilizar os instrumentos financeiros disponíveis (taxas, tarifas, contribuições especiais e impostos) tendo em vista a composição eficiente de um modelo de organização territorial óptimo, de onde decorrerá, conforme demonstraremos, uma superior legitimidade na decisão política.

O regime jurídico-económico do solo decorre da integralidade do regime administrativo, urbanístico e fiscal aplicável ao imobiliário. Os planos territoriais, na medida em que determinam e legitimam as alterações dos usos do solo e os índices de construção, têm repercussões de monta sobre a formação do valor do solo e sobre o comportamento do mercado imobiliário.

De igual forma, o regime fiscal aplicável condiciona as opções dos agentes económicos alterando de forma decisiva os seus comportamentos. Neste último caso, o IMT tem um impacto extraordinariamente negativo ao inserir uma rigidez adicional no sector, atenta a sua natureza de imposto de transacções em cascata.

Porém, poderá referir-se que qualquer sistema fiscal que não tome em consideração as preocupações de regulação eficiente do mercado fundiário mas que unicamente vise a angariação de receita pública (numa óptica de

pura tributação do capital) originará distorções significativas no mercado com os inevitáveis impactos negativos em sede de Bem-Estar Social.

Esta relação entre os instrumentos do urbanismo, a fiscalidade e o mercado fundiário tem sido ignorada por uns, escondida por outros e profusamente utilizada numa prática especulativa generalizada suportada por operações de engenharia financeira, de tal forma criativas e abstractas que se tornam insustentáveis, incompreensíveis na sua irracionalidade e que estão em boa parte na origem da crise do sistema financeiro internacional, e actualmente, inserem padrões de desconfiança no mercado.

Conforme refere Sidónio Pardal, os planos territoriais não são inocentes ao fazerem crer que os seus conteúdos são o resultado de conclusões científicas quando, em boa verdade, traduzem opções políticas e económicas intersubjectivas e de exercícios de desenho e composição que remetem para o foro da criatividade urbanística. Ora, esta realidade não é negativa se os benefícios e os encargos inerentes forem correctamente distribuídos e se os próprios planos contiverem um normativo de execução minimamente eficaz para a sua implementação, quer ao nível da produção de utilidades (v.g. expansão de redes) quer ao nível da redistribuição (v.g. compensação perequativa de encargos e benefícios) quer ao nível do desenvolvimento (v.g. aposta em sectores municipais ou regionais estratégicos como por exemplo a reabilitação urbana).

Outro aspecto relevante a considerar na crítica ao sistema actual de planeamento do território é a espantosa ausência de informação sobre a razoabilidade dos preços do solo e sobre a dinâmica das relações entre a oferta e a procura. A opacidade do mercado e a inexistência de cartas de preços enquadradas numa regulamentação anti-especulativa constituem falhas que marcam negativamente os planos territoriais e que permitem que estes sejam utilizados de uma forma perversa pelo sistema financeiro.

É natural que, com a turbulência do sistema financeiro ligado à sobreavaliação de activos imobiliários (actualmente subavaliação), à gestão

monopolista das redes de infra-estruturas (que, já por si, são monopólios naturais) e ao urbanismo que, de forma irresponsável tem dado cobertura à criação oculta e desprocedimentalizada das mais-valias simples, venha a estar na ordem do dia a questão da reformulação da Lei dos Solo.

Espanha reviu a sua *Ley de Suelo* em 2008²⁸, devendo salientar-se alguns dos seus pressupostos: «*Independientemente das vantagens que possa ter a técnica da classificação e categorização do solo pelo planeamento (...) a classificação contribuiu historicamente para a inflação dos valores do solo, incorporando expectativas de revalorização muito antes de se realizarem as operações necessárias para materializar as determinações urbanísticas dos poderes públicos e, por fim, fomentou também as práticas especulativas, contra as quais devemos lutar por imperativo constitucional*»; «*racionalmente, o solo urbanizável só será necessário para a satisfação de necessidades reais e a sua localização deve evitar a dispersão e a criação de novos núcleos populacionais, imprimindo mais eficiência ao desenho e implantação das redes de infra-estruturas e serviços*»; (...) «*a presente lei integra-se de um modo natural no conceito estatutário do direito da propriedade formulado pela jurisprudência e pela doutrina especializada, considerando as diferentes classes básicas de usos do solo, e onde a classificação, a qualificação e a atribuição pormenorizada de usos e intensidades não produzem quaisquer direitos a indemnização, significando que a urbanização e a transformação jurídica e factual dos usos do solo é uma faculdade exógena ao direito da propriedade que só pode efectuar-se naquelas zonas ou terrenos que gozem previamente da classificação adequada*».

A questão da função social da propriedade volta a ser tratada como um conceito «*que às vezes não é claramente entendido*» e que o legislador

²⁸ Sánchez Goyanes, Enrique (dir.), 2009. *Ley de Suelo. Comentario Sistemático del Texto Refundido de 2008*. Edições La Ley, Madrid.

esclarece que significa «ter em conta a contribuição insubstituível do solo não urbanizável no ciclo dos recursos hídricos e na qualidade dos mesmos; o papel do solo como suporte imprescindível de todos os ecossistemas, cujo valor resulta de difícil tradução em termos monetários e que o solo não urbanizável deve associar-se à qualidade de vida e à igualdade de oportunidades no meio rural, objectivos sociais que não podem ser excluídos de qualquer acção pública com incidência no território; quer dizer que o solo não é um elemento de especulação mas o sustento de uma actividade, de um desenvolvimento (...)».

Assim, a nova Ley 8/2007 introduziu alterações profundas no sistema até aí vigente, desvinculando a classificação da valorização, passando a partir da situação básica do solo, isto é, rural ou urbanizado, comparando o imóvel em questão a outro imóvel semelhante na mesma situação, tentando, desta forma, eliminar a especulação imobiliária e promover a função social da propriedade.

De igual modo o legislador nacional deve, de forma urgente, proceder à estabilização dos usos do solo e à procedimentalização das dinâmicas das alterações de uso, com cálculo e explicitação das mais-valias, assim como a definição dos critérios para a sua parametrização e redistribuição.

De igual forma, deverá determinar os modelos óptimos de fixação tarifária dos diversos serviços prestados sobre infra-estruturas gerais e inserir uma componente de eficiência na tributação urbanística (quer nas taxas urbanísticas, nas tarifas dos serviços de interesse geral quer nos impostos).

A limitação do solo urbanizável ao estritamente necessário para satisfazer as necessidades reais implica um protagonismo quase absoluto do Estado e dos municípios na promoção das novas urbanizações, à semelhança do que ocorre na Holanda, na Alemanha e mesmo nos Estados Unidos. Por outro lado, obriga a assegurar uma distribuição do produto final, de modo a garantir uma relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Este equilíbrio pressupõe que se assegure a produção suficiente de solo devidamente

adaptado para as actividades produtivas (agrícola e florestal) e para a habitação, o que só é possível com uma parte em regime de oferta pública, numa óptica de proximidade.

Tal como refere Sidónio Pardal²⁹, é necessário, para efeitos de maximização do desenvolvimento económico nacional, estabelecer uma base conceptual lógica para a taxonomia dos usos do solo, onde se distinga meio urbano e meio rústico:

- o meio urbano corresponde ao território que está dentro dos perímetros urbanos, observando que dentro de um perímetro urbano podem existir prédios rústicos, prédios urbanos e o domínio público;

- o meio rústico corresponde ao negativo dos perímetros urbanos e compõe-se de prédios rústicos, prédios urbanos e espaços que são do domínio público. É importante observar que, ao contrário do que por vezes se pensa, o meio rústico não é nada homogéneo, sendo o uso agrícola muito diferente do regime do uso florestal e este, por sua vez, é também diferente do estatuto das áreas classificadas.

²⁹ Sidónio Pardal, *Apontamentos para uma Lei dos Solos*, 2009

A relação entre o meio rústico, os perímetros urbanos, os prédios urbanos e os prédios rústicos implica um processo de classificação taxonómica regressiva.

A análise do território trabalha sobre a interpretação da sua base geográfica, informada sobre a estrutura geológica e geomorfológica, mas, para efeitos de classificação em planeamento urbanístico, é fundamental distinguir e separar claramente as competências e responsabilidades inerentes à classificação analítica e à classificação prepositiva. Se a primeira é eminentemente técnica, a segunda é essencialmente política e encontra-se regulada de acordo com princípios de eficiência económica e de justiça redistributiva. É, portanto, necessário devolver o território aos decisores políticos: são estes que devem definir, no âmbito da sua legitimidade democrática, as opções de desenvolvimento.

De acordo com Sidónio Pardal³⁰, esta operação de ordenamento compósito do mosaico territorial e paisagístico deve ser acompanhada de uma gestão fundiária que neutralize os interesses dos proprietários relativamente a eventuais mais-valias ou menos-valias geradas por alterações de uso ou de utilização do solo contempladas na classificação prepositiva. A procedimentalização que assegura esta neutralização dos interesses económicos e financeiros em sede de mais-valias é uma questão-chave que a Lei dos Solos não pode deixar de tratar.

A obrigação do Estado de estabelecer critérios de determinação do valor fundiário para as diferentes classes de uso do solo decorre da sua competência em matéria de declaração de utilidade pública, o que implica o direito à expropriação, com justa indemnização. Paralelamente, tem também o Estado responsabilidades na regulação do mercado imobiliário e, constitucionalmente, estão-lhe cometidas as tarefas de:

³⁰ *Idem.*

- *«assegurar o direito à habitação», com base numa «política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar»;*
- *definir «regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística».*
- *promover o «combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas».*

O processo de reclassificação do uso do solo apresenta-se como uma das principais questões da Lei dos Solo, concretamente no que diz respeito ao controlo das mais-valias, às garantias de expropriação e à racionalização da distribuição e composição dos espaços urbanos em contraponto com a compartimentação das unidades agro-florestais.

Para que a Lei dos Solo possa alcançar alguma clarividência, deve reconhecer que acima do direito da propriedade e sobrepondo-se a ele estão os seguintes direitos:

- O direito das famílias à habitação, a preços razoáveis e sempre comparados com o seu rendimento médio, tendo em vista a

garantia de padrões mínimos de qualidade de vida;

- O dever de organização eficiente dos padrões de ocupação territorial, eliminando as falhas de mercado existentes e promovendo a correcta aplicação dos factores;

- O dever de promoção de condições para o desenvolvimento eficiente de actividades económicas que impliquem risco acrescido e escalas de produção (actividade agrícola e florestal);

- A competência do Estado para proteger e gerir racionalmente os recursos naturais;

- A competência do Estado para estabelecer usos do solo imperativos no que diz respeito às áreas classificadas, ao uso florestal e ao uso urbano (o uso agrícola tem um carácter indicativo).

A procura de solo para utilização directa, visando satisfazer necessidades primárias de habitação e de produção, deve merecer uma atenção destacada em todo o processo de regulação territorial.

A questão complica-se quando se constata que, para haver regulação do mercado pelo próprio mercado, é necessário que cerca de 20% do parque imobiliário (dirigido a todas as utilizações e a todos os segmentos da procura) seja gerido em regime de oferta pública para arrendamento, constituindo-se com uma alternativa apetecível sempre que a oferta para venda esteja a praticar preços especulativos. Com este nível de oferta pública – existente em todos os países civilizados – os preços de mercado estabilizariam

naturalmente, sem que fosse necessário impor qualquer medida redistributiva discricionária – como o congelamento de rendas que mais não traduz que o desenvolvimento de uma política de redistribuição sem encargos para o Estado, e que, no longo prazo, tem efeitos extremamente nocivos na qualidade do parque habitacional.

O planeamento deve impossibilitar a prática da procura de imóveis para entesouramento passivo, isto é, para serem deixados em estado de abandono e de ruína, apostando na inflação dos preços no mercado ou na configuração de desenvolvimentos virtuais que sirvam para legitimar operações de crédito hipotecário com activos sobreavaliados.

Assim, e em jeito de conclusão, para além do regime de planeamento urbanístico *proprio sensu*, a Lei do Solo deverá integrar um conteúdo prepositivo estruturante, que abarque a vertente produtiva e a vertente redistributiva tendo em vista a composição eficiente do mercado fundiário e a sanção das situações de distorção actualmente existentes. Esse conteúdo material terá um valor infra-constitucional mas conterá os elementos essenciais para a construção de um novo modelo de organização fundiária, aplicando-se a toda a panóplia de instrumentos financeiros e fiscais disponíveis.

II

LEI DO SOLO

VERTENTE PRODUTIVA

1. VERTENTE FINANCEIRA DA ACTIVIDADE DE PRODUÇÃO DE INFRA-ESTRUTURAS URBANÍSTICAS

Atendendo ao relevo das receitas tributárias provenientes da tributação estática e dinâmica do património imobiliário nas suas diversas modalidades (impostos, contribuições especiais, tarifas e taxas) estas tornam-se essenciais para uma qualquer análise sustentada e compreensiva do sistema tributário nacional.

O urbanismo tem, pois, vertentes extra-financeiras importantes, que transcendem a simples lógica de arrecadação de receita pública.

Assim, uma casa só satisfará de forma eficiente as necessidades do seu proprietário se existir toda uma rede de infra-estruturas urbanísticas que suporte a propriedade imobiliária individual. Os arruamentos, os parqueamentos, as redes de água, gás, telecomunicações, energia, iluminação pública, recolha de lixos, esgotos constituem equipamentos que são essenciais, estando o valor do imóvel condicionado à sua existência e à sua qualidade. No entanto, além das redes de serviços em rede básicos, outros equipamentos, como as escolas, os espaços verdes, as piscinas, os hospitais são, hoje, essenciais. A estes equipamentos físicos poderão acrescentar-se serviços como a segurança pública e a animação cultural.

Na grande maioria das ocasiões, este tipo de utilidades só é eficientemente fornecida por uma entidade pública. Tal resulta da

qualificação deste tipo de utilidades enquanto revestindo a qualidade de bens públicos³¹, ou colectivos, dadas as suas características de satisfação passiva (prestam, pela sua própria natureza, utilidades indivisíveis, independentes da procura em mercado), de consumo não exclusivo (o consumo de um sujeito não exclui, em regra, consumos subsequentes de outros sujeitos relativamente ao mesmo bem), e de não emulatividade (os utilizadores não entram em concorrência para conseguir a sua utilização)³².

No caso da actividade urbanística, o conjunto de normas jurídicas destinadas a garantir o correcto ordenamento do território, a construção de infra-estruturas básicas de suporte à propriedade imobiliária e a melhoria do nível da vida nas cidades, na medida em que visam suprir incapacidades do mercado e salvaguardar o interesse geral, correspondem claramente a bens públicos ou colectivos mas que, além disso, satisfazem as necessidades e interesses de todos quantos se aproveitam das utilidades geradas pela intervenção do agente público, compreendendo pois um elemento de

³¹ Como se sabe, na sequência dos estudos dos economistas neo-clássicos, designadamente Pareto, Marshall e Pigou (cfr. Joseph Schumpeter, *History of Economic Analysis*, London, George Allen & Unwin, 1954, págs. 833-440, 858-861 e 1069-1072; João Lumbrales, *História do Pensamento Económico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, págs. 181 e ss e 217 e ss. e Jorge Costa Santos, *Decisão Financeira e Bem Estar Social*, Almedina, 1994. 37 e ss.), e da moderna teoria das finanças públicas ou da economia pública (cfr. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 4.ª ed., cit., págs. 17 e ss.; Richard A. Musgrave e Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 4th ed., McGraw-Hill, 1984, págs. 48 e ss.; Anthony B. Atkinson e Joseph E. Stiglitz, *Lectures on Public Economics*, McGraw-Hill, 1987, págs. 482 e ss. e Jorge Costa Santos, *ob. cit.*, págs. 61 e ss.), o funcionamento puro do mercado (sem interferências de qualquer ordem) não gera, por si só, eficiência na afectação dos recursos, nem bem-estar e justiça social.

³² Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, Almedina, 2004, págs. 26 e 27

divisibilidade que lhes adiciona uma componente mista ou de utilização individual³³.

Todas estas situações obrigam a que as entidades públicas desenvolvam uma actividade urbanística, apesar da determinabilidade dos sujeitos beneficiários da mesma e da possível divisibilidade das prestações públicas.

Nessa óptica, e adoptando uma perspectiva abrangente, poderemos incluir nessa função prestativa de infra-estruturas³⁴, o fornecimento de:

- *espaço público de circulação e de estar*, pedonal e automóvel, incluindo vias, praças, estacionamento, espaços livres e verdes;
- *infra-estruturas em rede*: água, esgotos domésticos e pluviais, energia e iluminação pública, gás, telefone e recolha de lixo;
- *equipamentos sociais de suporte*: educação, desporto, saúde, cultura, segurança social, protecção civil e lazer.

Por sua vez, poderemos subdividir as infra-estruturas consoante a dimensão da sua área de implantação e as necessidades que prestam. Assim existirão:

- *Infra-estruturas locais*, ou de proximidade, que incluem os arruamentos, estacionamentos e pequenos

³³ Todas essas actividades proporcionam aproveitamentos específicos a favor de sujeitos certos e determinados e, portanto, cabem amplamente naquilo a que Teixeira Ribeiro chama de **bens semi-públicos** (cfr. *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra, 1987., pág. 28).

³⁴ Seguimos a classificação de Jorge Carvalho “*Os custos do urbanismo*” in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, Almedina, 2002, págs. 17 a 23

espaços livres e verdes e as correspondentes redes básicas que se articulam directamente com um conjunto edificado ou a edificar;

- *Infra-estruturas gerais* (municipais e intermunicipais), que serão de competência dos municípios, constituídas a jusante ou a montante das infra-estruturas locais, tais como a adução, tratamento e depósito de águas; os emissários principais e o tratamento de esgotos domésticos; as vias sem construção adjacente; as zonas verdes de maior dimensão; a generalidade dos equipamentos sociais;

- *Infra-estruturas supramunicipais* (nacionais ou regionais), que incluem, entre outras, as estradas nacionais e regionais, aeroportos, os caminhos de ferro, zonas amplas de protecção da natureza, universidades, tribunais, etc.

A actividade de realização pública deste tipo de infra-estruturas é, pois, totalmente justificada. A existência de falhas de mercado, a insuficiência dos mecanismos de decisão privada e a presença de significativas economias de escala e de externalidades de rede obrigam ao exercício de uma actividade pública prestativa tendo em vista a manutenção de padrões satisfatórios de Bem-Estar Social

Neste âmbito, e de forma a obter a melhor solução possível, em sede de justiça e eficiência, importa analisar as estruturas de financiamento público aplicáveis e os termos da sua repartição.

Efectivamente, o financiamento da actividade pública urbanística constitui uma questão de extraordinária complexidade.

Conforme se referiu anteriormente, o legislador encontra-se constitucionalmente vinculado na opção de afectação de recursos financeiros à satisfação das necessidades colectivas (e o urbanismo é uma das mais intensas) bem como à adopção da solução mais justa em sede de perequação de encargos e mais eficiente na óptica dos resultados atingidos: efectivamente, não pode a solução de financiamento contribuir para uma maior distorção das condições do mercado urbanístico; tal opção padeceria de inconstitucionalidade.

Ora, neste ponto haverá que efectuar duas considerações essenciais. Em primeiro lugar é necessário proceder a uma construção eficiente das redes em causa. Como vimos, a utilização do imóvel, e grande parte do seu valor intrínseco, depende da rede de infra-estruturas de suporte. Porém, as entidades públicas devem efectuar uma gestão criteriosa dos recursos públicos, aplicando de forma eficiente e justa o dinheiro dos impostos.

Não é eficiente a extensão de uma rede eléctrica e de abastecimento de água para uma habitação isolada. De facto, se uma empresa de *utilities* efectuar uma extensão de rede em 10 quilómetros para fornecer um único utilizador, o seu custo nunca será recuperado pelos resultados da operação. Dado que o resultado financeiro deverá ser no mínimo nulo, essa extensão terá de ser financiada pelos restantes utilizadores, ou, em última instância, pelas entidades públicas, o que configura uma situação de relativa injustiça.

Por outro lado, também se configura como injusta uma situação em que os custos de instalação e de operação se repercutam directa e integralmente sobre os seus utilizadores directos. De facto, o custo *per capita* de um metro linear de rede de abastecimento de água é bastante menor em Lisboa do que em Paços de Ferreira. Assim, não será legítimo que o habitante da Paços de Ferreira suporte, em custo de fornecimento de água, um montante duas vezes superior do que o habitante de Lisboa ou do Porto;

porém, com a legislação actual, e sem a criação – essencial - de um fundo de compensação tarifário, é isso que obrigatoriamente acontece.

Assim, e em prol da eficiência na construção das redes, é essencial que se proceda a uma configuração óptima na construção e operação das redes infra-estruturais de suporte à propriedade imobiliária.

Note-se que, nos últimos anos, os fundos comunitários permitiram uma construção desregrada de infra-estruturas já que estas eram financiadas até 85% por subsídios comunitários a fundo perdido. Essa subsidiação permitiu uma expansão urbana desregrada, já que os custos efectivos de expansão das redes não eram suportados pelos seus beneficiários, com as inevitáveis consequências urbanísticas, como o abandono dos centros históricos e a expansão desregrada para as periferias.

Esta configura uma situação preocupante já que a operação e manutenção destas infra-estruturas configura custos cada vez mais significativos, sem que a subsidiação se mantenha.

Neste quadro, torna-se fundamental analisar o que seria uma configuração eficiente de um sistema tarifário, coordenado com o sistema fiscal actualmente existente.

2. VINCULAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO URBANÍSTICO: O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA

A Constituição da República Portuguesa consagra o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (n.º1 do artigo 13.º da CRP), afirmando que *«ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social»* (n.º 2 do

artigo 13.º da CRP). A igualdade surge assim, e antes do mais, como uma manifestação do princípio da justiça enquanto postulado de tratamento igual do que é igual (*justiça comutativa*) e de tratamento desigual do que é desigual (*justiça distributiva*)³⁵.

Os corolários desta concepção de igualdade no plano tributário são evidentes: numa perspectiva horizontal, todos devem estar sujeitos às imposições públicas (*igualdade formal*); numa perspectiva vertical, cada um deve pagar na medida das suas possibilidades (*igualdade material*) – no limite, quem estiver no limiar de sobrevivência poderá nem pagar, mas quem tiver recursos financeiros avultados não poderá ser alvo de um “confisco” fiscal, ou de um nível de tributação tal que se constitua como um “fardo excessivo” (*excess burden*), causador de perdas absolutas de Bem Estar.

No entanto, numa sociedade moderna, o plano da igualdade tributária não se pode limitar à enunciação de corolários reflexos assentes num princípio da equivalência geral ou alargado válido unicamente para a fundamentação dos sistemas tributárias anteriores ao Estado Social de Direito.

O desenvolvimento de micro-mercados e a sofisticação do tráfego económico permite hoje o desenvolvimento de sistemas de contabilidade analítica na óptica dos custos públicos bem como a concreta identificação do beneficiário, fundamentando o estabelecimento de padrões de igualdade concretizados em relações de correspondência entre o que o Estado presta e o que o particular deve pagar. Relações de equivalência restrita ou casuística

³⁵ Cfr. António de Sousa Franco e Sérgio Gonçalves do Cabo, “*O Financiamento da Regulação e Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários*” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina, 2003, págs. 425 e segs.

tornam-se, então, possíveis. A emergência do princípio utilizador/pagador não é mais do que uma mera manifestação desta realidade³⁶.

Adoptando uma perspectiva geral, a actuação financeira do Estado, quer do lado da despesa, quer do lado da receita imposta por acto de autoridade, encontra-se constitucionalmente conformada pela obrigação de “*promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal*” (alínea b) do artigo 81.º da CRP) sendo a “*repartição justa do rendimento e da riqueza*” um objectivo constitucionalmente atribuído ao sistema fiscal (n.º 1 do artigo 103.º da CRP)³⁷ e a promoção do “*bem-estar e da qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais*” uma das tarefas fundamentais do Estado (artigo 9.º, alínea d) da Constituição). Consequentemente, e como bem notam António de Sousa Franco e Sérgio Gonçalves do Cabo, a nossa Constituição não estabelece uma hierarquia ou

³⁶ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Contributo para uma Nova Teoria Geral das Taxas*” in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Almedina, 2006.

³⁷ Note-se que a noção constitucional de sistema fiscal (contida no n.º 1 do artigo 103.º da Constituição) é uma noção funcional ou finalística, cuja razão de ser abrange todas as espécies tributárias na medida em que as mesmas possam ser objecto de uma consideração integrada face aos resultados constitucionalmente desejados: a *satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas e a repartição justa do rendimento e da riqueza*. Atente-se aliás em que “*a satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas*” corresponde ao fim imediato de todas e quaisquer receitas coactivas (tributos). Cfr. Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974, págs. 35 a 55.

um quadro de prioridades entre a função financeira e a função não financeira do sistema fiscal³⁸.

Noutros termos, poderá sustentar-se que a Constituição impõe ao legislador uma configuração infra-constitucional do sistema fiscal que tenha em conta o fim da obtenção de receitas para fazer face aos encargos públicos, mas também o fim genérico da promoção da justiça social, entendida como redução das desigualdades na distribuição do rendimento e da riqueza, e de promoção de eficiência, tendo em vista a optimização na satisfação das necessidades dos cidadãos.

Numa perspectiva mais específica, não podemos esquecer a inserção dogmático-ideológica do nosso tecido constitucional. O modelo europeu de Estado Social de Direito, que resulta tanto do nosso texto constitucional como do direito comunitário primário [*maxime* do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE)] tem implicações directas na configuração do sistema de angariação de receita pública. Assim, numa perspectiva macro-financeira não é legítimo ao Estado tributar (logo causar desutilidade na esfera patrimonial privada) numa intensidade tal que supere as prestações públicas que fornece (fornecimento de utilidades pública), já que daí decorreria uma perda absoluta de Bem-Estar Social, situação que é proibida pela alínea d) do artigo 9.º e pela alínea a) do artigo 81.º da Constituição³⁹.

Temos pois um primeiro corolário macro-financeiro: a acção prestativa pública é subsidiária da acção prestativa privada, só se justificando

³⁸ Cfr. António de Sousa Franco e Sérgio Gonçalves do Cabo, “*O Financiamento da Regulação e Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários*” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Almedina, 2003, págs. 425 e segs.

³⁹ As preocupações de redistribuição não invalidam esta constatação básica, já que a utilidade marginal do consumo de uma prestação pública de assistência por parte de um cidadão mais desfavorecido é em muito superior ao custo marginal de tributação do montante equivalente a um cidadão mais favorecido. Pelo exposto, a redistribuição económica aumenta os níveis de Bem Estar Social. Cfr. Nazaré Cabral, *A Redistribuição Económica*, AAFDL, 2002.

a primeira quando da acção do Estado resulte a produção de um maior volume de utilidades⁴⁰ na satisfação das necessidades dos cidadãos do que o decorreria de uma acção privada, ou quando o mercado seja geneticamente incapaz de satisfazer determinado tipo de necessidades públicas⁴¹.

Só assim se justifica que ocorra uma canalização de recursos financeiros extraídos à iniciativa privada (por via da imposição de tributos) no sentido do financiamento da acção pública. Não faria sentido que, numa perspectiva agregada, se admitisse a ocorrência de perdas absolutas de Bem-Estar só para se justificar acções prestativas públicas ineficientes⁴².

Em determinadas situações, como é o caso do sector urbanístico, a acção prestativa pública é sempre justificável. Assim, se o mercado for incapaz – em termos genéticos – de satisfazer determinado tipo de necessidades que o Estado considera relevantes, então não resta outra opção de acção senão a que assenta na função prestativa pública⁴³, e, para tal,

⁴⁰ Quer na perspectiva quantitativa (maior quantidade de bens produzidos) quer na perspectiva qualitativa (melhor qualidade de bens produzidos). No entanto, na perspectiva qualitativa, o Estado tem optado por regular a actividade prestativa privada, estabelecendo obrigações de “interesse económico geral” ou de “serviço universal”, visando a boa satisfação das necessidades dos seus cidadãos, de acordo com padrões de qualidade ou imperativos éticos. Cfr. Eduardo Paz Ferreira, *Direito Económico*, AAFDL, 2003.

⁴¹ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Contributo para uma Nova Teoria Geral das Taxas*” *cit.*.

⁴² É esta a justificação para o movimento de privatização económica, quer dos mercados quer das empresas. Efectivamente, se o mercado é eficiente na satisfação de um determinado tipo de necessidades dos cidadãos não caberá ao Estado arrogar-se a essa função. No limite, se a iniciativa privada e a iniciativa pública forem capazes de satisfazer a necessidade com igual nível de eficiência, deverá deixar-se essa função à iniciativa privada pois da canalização dos recursos financeiros para a unidade pública de prestação da utilidade resultariam encargos administrativos significativos (os custos administrativos de cobrança de tributos).

⁴³ António de Sousa Franco apresenta como causas de incapacidade de mercado a existência de bens públicos (bens colectivos, na sua terminologia), os custos decrescentes e o efeito de monopólio, a ocorrência de exterioridades e a existência de incerteza e risco na actividade económica, ou seja, precisamente as incapacidades identificadas no mercado urbanístico.

necessita da necessária receita. Neste campo, como em todos outros nas finanças públicas, deve existir uma correlação directa entre despesa e receita.

Este juízo de eficiência ou de “proporcionalidade” deve igualmente ser efectuado numa óptica micro-financeira. Assim, se às entidades públicas se depararem diversas propostas de tributação num determinado mercado, elas deverão adoptar a solução mais eficiente no caso concreto. Essas preocupações de inserção de padrões de eficiência na decisão pública concreta encontram-se presentes no texto constitucional: por exemplo, a alínea c) do artigo 81.º da CRP estabelece claramente que incumbe ao Estado, “*assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público*”; por sua vez, a alínea e) do mesmo preceito constitucional refere que lhe compete “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados*”.

Note-se que a preocupação do Estado no sentido de assegurar a plena satisfação das necessidades dos cidadãos é inerente à sua própria definição. A acção pública não pode, em consequência, ser geradora de situações ineficientes do ponto de vista social⁴⁴.

Em princípio, o princípio que norteia o dever de contribuir assenta na capacidade contributiva. Este referencial, que toma em consideração o rendimento ou o património, visa a correcta repartição dos encargos públicos entre os diversos contribuintes.

Existem, no entanto, limites para esta liberdade de definição do montante quantitativo da prestação: o limite superior deverá ser necessariamente ponderado tomando em consideração o *princípio da proibição do excesso* – se o montante for manifestamente desproporcionado não existirá qualquer fundamentação para a tributação dado o desfasamento

Cfr. António de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. I, 4.ª ed., págs. 25 a 33.

⁴⁴ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*Contributo para uma Nova Teoria Geral das Taxas*”, *cit.*

entre a prestação particular e a contraprestação pública -; o limite inferior deverá atender ao conteúdo substancial da prestação pública que, no limite, poderá justificar o seu fornecimento de forma gratuita quando estejam em causa bens essenciais para a subsistência humana ou para a vida em sociedade – *limiar de sobrevivência*.

Esta liberdade (balizada) que é concedida à entidade que tem a competência para a criação do tributo na definição do montante a pagar quando não existam fins extra-financeiros relevantes deverá respeitar integralmente o princípio da igualdade nesta vertente geral.

No entanto, quando esteja em causa a prestação de bens indivisíveis – bens públicos ou recursos comuns como acontece no mercado urbanístico – a beneficiários determinados ou a beneficiários indeterminados em concreto mas determinados numa óptica de grupo, o critério de definição dos termos da proporcionalidade alteram-se significativamente, ressurgindo o princípio da equivalência ou do benefício.

O mesmo já não acontece quando estiverem em causa prestações divisíveis⁴⁵. Nestas circunstâncias, é possível definir com alguma segurança os padrões de referência do juízo de proporcionalidade que fundamentam a equivalência económica. Uma contabilização analítica dos custos da actividade prestacional pública ou a averiguação da utilidade económica concreta extraída pelo sujeito passivo no usufruto da prestação são suficientes para estabelecer esses padrões de referência.

⁴⁵ Quando os bens fornecidos foram susceptíveis de divisão, referem António de Sousa Franco e Sérgio Gonçalves do Cabo tal poderá fundamentar um juízo de política tributária complexo, devendo o decisor ponderar a justeza de imposição de formas de tributação que onerem a generalidade dos contribuintes quando, perante utilidades divisíveis, se regista um benefício a favor de certos e determinados sujeitos. Cfr. António de Sousa Franco e Sérgio Gonçalves do Cabo, *ob. cit.*, págs. 430 a 438.

3. DA DEFINIÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ECONÓMICA NOS TRIBUTOS URBANÍSTICOS

Neste quadro, no sector fundiário o princípio da equivalência enquanto concretizador do princípio da igualdade fiscal adquire uma relevância excepcional. Os critérios para a sua aferição serão necessariamente muito mais exigentes do que o que decorre de uma simples enunciação do princípio da capacidade contributiva (*ability to pay*). Atento o impacto que a actividade prestacional pública tem no valor da propriedade, a intensidade contributiva deve ser modulada tendo em consideração esta lógica relacional reflexa e não de acordo com a capacidade contributiva individual do sujeito. Assim, e a título de exemplo, se Bill Gates for proprietário de um T1 com 100 m² no centro de Lisboa e, ao lado, existir um palácio com 2000 m², propriedade de um marquês falido, a imposição do encargo devido pela detenção da propriedade deverá atender aos benefícios diferenciados que as duas propriedades obtém da actividade prestativa pública e não da capacidade contributiva individual dos sujeitos passivos. E, neste caso, a propriedade do marquês deveria, obviamente, ser bastante mais onerada comparativamente com o T1 do homem com maior capacidade contributiva do Mundo.

Tal não significa que a capacidade contributiva deva ser totalmente ignorada neste juízo. De facto, já demonstrámos que os limites extremos são aplicáveis (proibição do excesso e salvaguarda do mínimo do existência). Por outro lado, existe ainda a possibilidade de tributação pelo valor de renda normal que uma utilização mediamente eficiente do solo permitiria obter. Esta tributação – do tipo valor de base fundiário – possibilitaria, numa óptica de eficiência, promover a utilização eficiente do solo, onerando comportamentos especulativos de expectativa ou, numa configuração agravada – por via da incorporação das externalidades negativas em presença,

tributar de forma agravada prédios em ruínas desocupados ou terrenos em abandono total⁴⁶.

Assim, consideramos que a Lei do Solo deverá conter um normativo regulador básico que permita a enunciação de três padrões possíveis de mensuração da proporcionalidade - configurada na óptica do princípio da equivalência ou do benefício que suporta a configuração do princípio da igualdade nos tributos urbanísticos⁴⁷ - considerando a relevância dos fins assumidos pelo legislador⁴⁸:

(1) se a tributo tiver como único fundamento a angariação de receita pública, então a entidade pública tem uma ampla esfera de liberdade na definição da prestação exigida, unicamente condicionada pelos limites constitucionalmente

⁴⁶ Esta tributação agravada ficaria integralmente legitimada na existência de mercados de arrendamento urbano e rural eficientes que retirariam qualquer justificação a este tipo de comportamentos. Este deve ser, igualmente, um dos imperativos categóricos da Lei do Solo.

⁴⁷ O princípio da equivalência ou do benefício em sentido estrito suporta o princípio da igualdade na relação jurídica tributária subjacente ao tributo. Já no caso dos impostos, o referencial de igualdade será suportado pelo princípio da capacidade contributiva, quando não esteja em causa a internalização de externalidades (positivas ou negativas), mas unicamente o estabelecimento de um dever contributivo tendo em vista a realização de prestações públicas indiferenciadas e sem destinatários identificados – actividade típica de prestação de bens públicos. Por sua vez, na presença de externalidades (positivas ou negativas), o referencial de igualdade tributário passará a ser, outra vez, o princípio da equivalência, mas numa óptica meramente reflexa, já que os beneficiários da externalidade positiva ou os causadores da externalidade negativa não serão identificados de forma concreta (se o fossem seriam-lhes aplicadas taxas), mas unicamente numa lógica de grupo; e, neste caso, estaremos na presença de contribuições especiais, que, nos termos da LGT seguem o regime jurídico dos impostos (maxime, a submissão ao princípio da legalidade fiscal),

⁴⁸ Segue-se a classificação adoptada por Carlos Baptista Lobo, *ob. cit.*.

admissíveis - princípio da proibição do excesso e não transformação da tributo numa receita de tipo sancionatório. Estamos, pois, no campo da *equivalência ampla e, in limine, no campo da capacidade contributiva*;

(2) se a tributo tiver como finalidade a prossecução de um objectivo extra-financeiro constitucionalmente tutelado, a fixação do montante da tributo dependerá da intensidade dos objectivos que se visam prosseguir; por exemplo, a luta contra a degradação do edificado poderá fundamentar a exigência de uma prestação superior ao proprietário do prédio em ruínas. Neste caso poderemos enunciar o princípio de *equivalência funcional agravada*⁴⁹; por sua vez, os tributos poderão ser fixadas em valores muito inferiores aos custos administrativos, e no limite, não serem cobradas, por exemplo, para a promoção de obras de reabilitação – estamos, pois, no campo da *equivalência funcional subsidiada*⁵⁰;

(3) finalmente, se a tributo tiver unicamente como fundamento a estrita repartição de custos de uma actividade prestacional pública, ou a correcção de incapacidade de mercado, então na óptica do princípio da eficiência e da tutela do Estado Bem-

⁴⁹ Cfr. a abundante jurisprudência recente do STA relativa às taxas por realização de operações fora de Bolsa; por exemplo, o acórdão do STA de 19 de Maio de 2004, referente ao processo 026384 (<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/>)

⁵⁰ Subsidiada através de transferências orçamentais.

Estar, previsto na alínea d) do artigo 9.º e na alínea e) do 81.º da Constituição, o montante a fixar não poderá se afastar dos custos dos serviços prestados pelas entidades públicas (*Kostendeckung*) ou na utilidade ou benefício gerado para o sujeito passivo (*Vorteilsausgleichs*). Estamos pois, no campo da *equivalência estrita*.

4. DA CONCRETIZAÇÃO DA EQUIVALÊNCIA – CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE CUSTOS INFRA-ESTRUTURAS URBANÍSTICOS

Assentando a actividade urbanística pública no desenvolvimento de opções de planeamento assentes no princípio da eficiência, esse modelo de organização tem consequências directas na arquitectura das redes infra-estruturais e nos modelos de custeio do investimento e das respectivas operações.

Neste campo haverá que ter em consideração um princípio fundamental, e que é estruturante nas finanças públicas: para existir uma utilidade pública (fornecimento do bem ou serviço público) terá de ocorrer uma desutilidade privada (provocada pelo instrumento de financiamento que visa suportar esse custo, e que, mais tarde – se houver recurso ao crédito público - ou mais cedo, se corporiza num tributo). O grande desafio que cabe ao decisor político é precisamente garantir que o impacto em sede de Bem-Estar social decorrente da prestação do bem ou serviço em causa é superior aos prejuízos que foram causados aos particulares na angariação do financiamento necessário para a concretização do mesmo.

Identificadas e classificadas as diversas tipologias de infra-estruturas públicas, analisaremos, de seguida, quais as necessidades de financiamento das mesmas associadas ao seu ciclo de vida. Assim, deverão ser considerados, no âmbito da legislação actualmente em vigor, os custos de construção inicial, os custos de gestão e conservação, os custos de adaptação e melhoria e os custos de amortização compensatória tendo em vista a futura reconstrução.

O legislador está constitucionalmente vinculado, nas suas opções de afectação de meios financeiros à satisfação de necessidades colectivas, quando as mesmas se traduzam no exercício de poderes de autoridade (*ius imperii*), pelos modos de legitimação consentâneos com as utilidades geradas pela despesa pública. Desta feita, serão constitucionalmente ilegítimas, à luz do princípio da justa repartição dos encargos públicos, opções de financiamento de serviços gerais da administração fundadas na cobrança dos tributos, sendo certo que estas apenas se encontram legitimadas como forma de financiar entidades estaduais ou infra-estaduais sempre que tais entidades prestem, por mandato legal ou constitucional, utilidades divisíveis, em benefício de um grupo certo e determinado de sujeitos passivos, independente da vontade desses sujeitos, pois que se trata de prosseguir missões de serviço público, fundadas no interesse geral e adequadamente legitimadas pela Constituição e pela lei.

Pelo exposto, o financiamento da integralidade da actividade urbanística pela generalidade dos contribuintes acarretaria uma evidente injustiça na repartição dos encargos públicos, já que se faria recair sobre a generalidade dos cidadãos todo o encargo de financiamento de uma actividade cujos benefícios se concentram, em larga medida, num grupo certo e determinado de agentes: os proprietários fundiários e imobiliários; os promotores e construtores; e, os utilizadores directos. Por outro lado, o financiamento da integralidade da actividade urbanística através de taxas acarreta igualmente uma evidente injustiça, já que alguns (promotores e

proprietários de uma determinada zona) sustentariam todos os encargos de utilidades públicas usufruídas por todos. Um equilíbrio é, portanto, necessário.

Deparamos, pois, com um sistema complexo, em que utilidades divisíveis e indivisíveis convivem conjuntamente, tendo por beneficiários sujeitos determinados e/ou indeterminados, sendo o seu financiamento efectuado através de taxas, impostos e contribuições especiais locais e, ainda, por transferências do Orçamento do Estado.

É obrigatório, neste ponto efectuar um ponto de ordem, atendendo aos princípios constitucionais da eficiência, da justiça, da igualdade e da solidariedade. Assim, no que diz respeito à actividade urbanística prestativa directa⁵¹:

- se as utilidades forem indivisíveis e os beneficiários indeterminados, decorrendo da sua existência benefícios em escala nacional ou regional, então o seu financiamento deverá ser assegurado por transferências do Orçamento do Estado provenientes do produto da colecta dos impostos nacionais numa óptica de capacidade contributiva;

- se as utilidades forem indivisíveis e os beneficiários determinados ou indeterminados, decorrendo da sua existência benefícios em escala municipal, então o seu financiamento deverá ser assegurado pelo produto da colecta dos impostos locais – contribuições especiais - incidentes sobre o

⁵¹ Cfr. Carlos Baptista Lobo, “*A Tributação do Urbanismo*”, *ob. cit.*

património imobiliário, numa óptica de equivalência funcional.

- se as utilidades forem divisíveis e os beneficiários determinados, decorrendo da sua existência benefícios na esfera individual, então o seu financiamento deverá ser assegurado pelo produto da colecta de tarifas ou taxas urbanísticas, numa óptica de equivalência estrita – se não existirem fundamentos extra-financeiros aplicáveis - ou de equivalência funcional – se existirem, v.g., protecção ambiental (agravada) ou reabilitação (subsidiada).

Só uma correcta distribuição dos encargos tributários sobre os contribuintes atenta as utilidades prestadas permitirá efectuar uma eficiente alocação de recursos, alcançando-se uma maior justiça. A transparência do sistema tributário aumentará substancialmente e, concomitantemente, a sua legitimidade e legitimação.

Este edifício deverá ser, portanto, estruturado tomando em consideração uma efectiva conexão entre a decisão de despesa e a decisão de receita, salientando-se uma realidade inequívoca: a prestação de uma utilidade pressupõe necessariamente a geração de uma desutilidade.

É, portanto, essencial que a Lei do Solo determina as linhas de orientação social para a construção de uma nova infra-estrutura tributária, harmoniosa e sustentada, que elimine as contingências e sobreposições actualmente existentes tendo em vista a concretização de um mercado fundiário mais eficiente e justo.

Esta construção terá efeitos positivos num largo espectro: assentando numa lógica de equivalência não haverá será possível desenvolver políticas de captura maximalista de receita – eliminando-se a crítica actual - já que o

tributo exigido será necessariamente arbitrado pelo montante de despesa especificamente realizado ou a realizar. No outro extremo, também não ocorrerão actuações públicas não sustentadas financeiramente. Tal não significa que as entidades públicas não possam desenvolver prestações públicas financeiramente deficitárias (pelo menos na margem da equivalência directa), porém, essa margem deficitária será claramente identificada, podendo ser compensada por via de transferências assentes no princípio da redistribuição e da coesão nacional ou social.

Para este efeito, torna-se essencial concretizar os termos do princípio da equivalência no mercado urbanístico bem como a “alocação” das finalidades da prestação pública aos diversos instrumentos de geração de receita. Vejamos:

4.1. Impostos e Contribuições Especiais Urbanísticas: o Mundo da Equivalência Ampla

A tributação, a política de solos e o desenvolvimento económico-social constituem realidades indissociáveis. Constitui tarefa virtualmente impossível a definição de uma política de gestão de solos sem a indagação concomitante da sua viabilidade económica e das suas consequências financeiras e fiscais. Por sua vez, atendendo ao relevo das receitas tributárias provenientes da tributação estática e dinâmica do património imobiliário nas suas diversas modalidades (impostos, contribuições especiais e taxas) estas tornam-se essenciais para uma qualquer análise do sistema fiscal nacional, ainda mais num momento em que as transferências decorrentes dos restantes impostos para as autarquias sofrem um significativo constrangimento.

Porém, a vertente redíticia da actividade urbanística faz esquecer o essencial: o ordenamento urbanístico é, efectivamente, uma das funções essenciais de um crescimento que se pretende como sustentável. O sistema

fiscal nacional nunca tomou em devida consideração os impostos sobre a propriedade imobiliária e a sua importância para o ordenamento e regulação do mercado fundiário e urbanístico. Efectivamente, a Contribuição Autárquica, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 442-C/88, de 30 de Novembro, foi unanimemente considerada como a “parente pobre” da Reforma Fiscal de 1988/89.

Nesse âmbito, a inovação essencial da Contribuição Autárquica residiu na definição da sua incidência objectiva que englobava o valor patrimonial dos prédios e já não o seu rendimento (artigo 1.º do Código da Contribuição Autárquica). No entanto, o processo de gestação dos métodos de definição desse valor patrimonial, previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Código, foi de tal forma atribulado que o ansiado Código das Avaliações nunca chegou a ver a luz do dia⁵². Tal documento, essencial para a aplicação efectiva da Contribuição Autárquica nunca foi homologado, questionando-se mesmo se alguma vez foi efectivamente concebido⁵³. Por essa razão, e durante todo o seu período de vigência, a Contribuição Autárquica teve que se socorrer das regras do Código da Contribuição Predial e do Imposto sobre a Industrial Agrícola, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45104, de 1 de Julho de 1963 para a definição da sua matéria colectável. O valor patrimonial dos imóveis continuou a ser determinado ou por avaliação cadastral tendo como base o rendimento predial susceptível de ser apurado ou por avaliação directa realizada pelos serviços da Direcção Geral dos Impostos. Assim, o valor da renda determinava o valor do capital, sendo este sucessivamente actualizado

⁵² Chegou a existir uma autorização legislativa para a aprovação do Código das Avaliações na Lei n.º 2/92, de 9 de Março (LOE/1992). Essa autorização foi, no entanto, julgada inconstitucional por no preceito em causa se não determinar o sentido da autorização (cfr. acórdão do Tribunal Constitucional publicado no Diário da República, 1.ª Série A, de 26 de Janeiro de 2003).

⁵³ Cfr. *Relatório da Comissão de Estudo para a Tributação da Terra e dos seus Rendimentos*, cit., pág. 192.

através de factores de correcção, obtendo-se um resultado final totalmente arbitrário e variável consoante o procedimento de avaliação adoptado (directa ou cadastral), a perfeição da matriz predial e o ano da sua realização.

Todas estas distorções ao nível da tributação estática da propriedade imobiliária decorreram da manutenção em vigor de um regime obsoleto e tiveram como efeito a instalação de um elevado nível de injustiça no sistema fiscal. A carga tributária encontrava-se distribuída em termos totalmente equívocos, não obedecendo a qualquer critério de racionalidade fiscal, urbanística ou, numa perspectiva mais ampla, de justiça social.

Perante esta estado caótico ao nível da fundamentação do imposto, foram esquecidos algumas referências hodiernas e que orientavam este tipo tributário. Efectivamente, a concepção de tributação pela renda permitia alcançar um nível de tributação eficiente já que o prédio era tributado de acordo uma “exploração normal” fundiária. Neste quadro, o abandono do solo ou a sua sub-exploração eram efectivamente onerados, alcançando-se um relativo propósito ordenador e incentivador do investimento.

Por sua vez, a tributação dinâmica, corporizada no Imposto Municipal de Sisa, manteve-se, inalterada até 2003. Comparativamente à Contribuição Autárquica, as suas distorções eram ainda mais acentuadas, tendo-se estabelecido um costume assente num elevado nível de fraude e evasão, que decorria naturalmente da obsolescência do sistema de tributação. Existiam duas razões para essa situação de extrema iniquidade: em primeiro lugar, na ausência do Código das Avaliações, a matéria colectável era determinada por método auto-declarativo, havendo um interesse comum das partes envolvidas no negócio no sentido da minimização do preço da transacção; em segundo lugar, a administração fiscal nunca se preocupou verdadeiramente em fiscalizar as práticas dos contribuintes neste imposto – só o fazendo curiosamente a partir da data de entrada em vigor do IMT - já que a receita era dos municípios, e estes, por sua vez, não dispoem de quaisquer instrumentos fiscalizadores, satisfaziam-se com a receita apurada.

Em finais de 2002 e no início de 2003 entraram em vigor o IMI e o IMT. Estes dois impostos, que substituíram, respectivamente, a Contribuição Autárquica e o Imposto Municipal de Sisa tiveram como principal mérito o estabelecimento de critérios objectivos para a determinação do valor patrimonial dos imóveis. No entanto, as filosofias de tributação são exactamente idênticas às dos impostos que revogaram, tendo unicamente ultrapassado o ónus da existência do Código das Avaliações, que foi superado através do estabelecimento de indicadores objectivos de avaliação. Também no campo da tributação da propriedade imobiliária a tentação do legislador na utilização indicadores de normalidade superou qualquer possibilidade de determinação real e efectiva do valor dos bens.

Todas as restantes alterações ao nível da estrutura dos dois impostos são meramente cosméticas, não influenciando significativamente o sistema de tributação.

Não tendo ocorrido qualquer alteração radical no sistema tributário relativo à propriedade imobiliária, mas unicamente uma redistribuição da carga tributária ao nível do IMI entre proprietários dos imóveis mais antigos e proprietários dos imóveis mais recentes, a verdade é que o sistema mantém os padrões genéticos de ineficiência. Aliás, e atendendo à evolução da receita anual deste imposto (crescimento médio de 12% ao ano) facilmente se poderá antever uma nova (mini) reforma tendo em vista a atenuação do agravamento exponencial da carga tributária a este efeito⁵⁴.

⁵⁴ Cfr. Ministério das Finanças, *Relatório do Grupo Para o Estudo da Política Fiscal – Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal*, págs. 337 e segs., 2009. Aí se refere explicitamente “a concepção de um modelo de tributação do património imobiliário tem implicações com os regimes do arrendamento urbano, agrícola e florestal, com a legislação relativa aos instrumentos de gestão territorial, que deve integrar a Lei dos Solos, com o sistema de financiamento dos Municípios e com outros diplomas legais cujos conteúdos reclamem uma articulação lógica com a configuração das prerrogativas da propriedade privada deste tipo de bens”.

Especialmente grave é a filosofia única de tributação que actualmente conforma o IMI.

A este respeito poder-se-ia optar por uma de três vias: i) a via do valor especulativo ou de mercado; ii) a via da equivalência ou do benefício; iii) a via do valor de base territorial.

O IMI, e conseqüentemente o IMT, optaram indiscutivelmente pela primeira via, e, nestas circunstâncias, cometem o mesmo erro que já havia sido cometido aquando da Contribuição Autárquica e do Imposto Municipal de Sisa.

De facto, e nos termos previstos no seu regime legal, o valor patrimonial tributário dos prédios é determinado com base numa avaliação. Essa avaliação, de acordo com a filosofia de base, deverá aproximar-se do “valor de mercado”. Porém, face às especiais características da propriedade imobiliária, a definição do método de avaliação não constitui uma tarefa fácil.

Não é por acaso que a doutrina tem discutido intensamente os termos que deverão definir o valor da propriedade imobiliária⁵⁵. Conforme referimos noutra local: “*desde Ricardo, com a introdução do conceito de renda diferencial para a definição do valor da propriedade agrícola*⁵⁶, a *Walras, com a indexação do preço da propriedade fundiária da renda que ela proporciona e do ritmo previsional do seu crescimento em comparação com o rendimento do capital financeiro*⁵⁷, a *Hotteling, segundo o qual o preço dos recursos naturais não-renováveis tende a variar proporcionalmente à taxa*

In (http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/8AFAA047-5AB4-4295-AA08-E09731F29B0A/0/GPFRelatorioGlobal_VFinal.pdf)

⁵⁵ Para uma síntese cfr. João Manuel Carvalho, *Planeamento Urbano e Valor Imobiliário*, Principia, 2005, págs. 42 a 47

⁵⁶ Cfr. David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Cambridge University Press, 1962 (1.ª edição 1817).

⁵⁷ Cfr. Léon Walras, *Théorie Mathématique du Prix des Terres et de Leur Achat par L'État*, Mémoire à la Société Vaudoise des Sciences Naturelles, Lausanne, 1880.

*de juro real, dado que o seu preço presente não é mais do que a representação presente do preço futuro esperado desses recursos em períodos subsequentes*⁵⁸, a Marshall, para quem o valor do solo urbano incorporava um custo de oportunidade decorrente da sua utilização agrícola, sendo que o valor da localização, que se adiciona ao valor agrícola decorreria da disposição em pagar por parte dos utilizadores finais, expresso num leilão de potenciais compradores do qual emerge o preço do solo urbano⁵⁹, que múltiplos autores têm discutido, de forma alargada e séria esta questão, que como se vê, é de difícil solução”⁶⁰.

Por conseguinte, e por melhores metodologias de avaliação que se adoptem, o valor de mercado é aquele que for alcançada no mercado em concreto. Tudo o resto são meras projecções de valor, suficientes para a orientação do mercado mas nunca para o substituir. Os gostos subjectivos, o conteúdo finito dos bens imobiliários, a definição jurídica dos direitos inerentes à propriedade concreta, as opções de base à realização do investimento (rendimento ou fruição própria), os critérios de micro-localização (e.g. custos de promoção imobiliária – características do solo e subsolo, a dimensão a forma, a topografia, o declive, a inserção fundiária no tecido urbano local – características do produto final – conforto, vistas, exposição solar, tipologias, envolvente próxima – e o risco do investimento – estado de conservação, imagem, risco de reabilitação ou construção nova), os critérios de macro-localização (características intrínsecas da zona envolvente – qualidade ambiental, qualidade e quantidade dos equipamentos urbanos envolventes de suporte à propriedade imobiliária, acessibilidades -, direitos de construção), a fertilidade dos solos e o tipo de clima sem esquecer o ambiente de evolução geral (e.g. fluxos demográficos, ciclo económico, taxas

⁵⁸ Cfr. Harold Hotelling, “The Economics of Exhaustible Resources”, *Journal of Political Economy*, 39,2, 1931, págs.137 a 175.

⁵⁹ Cfr. Alfred Marshall, *Principles of Economics*, London, Macmillan, 1890.

⁶⁰ Carlos Baptista Lobo, *Tributação e Política de Solo*, cit.

de juro, eficiência administrativa), são alguns dos constrangimentos que dificultam a realização de uma ponderação de valor do bem imóvel, urbano ou rústico.

Ora, o conceito de Valor Patrimonial Tributário previsto no artigo 38.º do CIMI parece esquecer toda esta problemática e vem determinar autoritariamente o valor fiscal do imóvel. Essa determinação é efectuada tomando como base uma série de índices que, pretensamente, visam aproximar o VPT do valor de mercado.

Afastando qualquer pretensão de competência teórica, insusceptível de prossecução por via legislativa, o que o legislador pretendeu com a aprovação da fórmula de VPT constante do IMI foi a redistribuição dos encargos fiscais entre os prédios novos e os prédios antigos.

Ora, neste enquadramento, é essencial que a Lei do Solo integre um comando orientador da política fiscal a este propósito que, não pretendendo colocar em causa a total legitimidade do IMI, obrigue a uma ponderação futura dos propósitos essenciais de regulação urbanística na sua filosofia de base. E, neste quadro, é essencial que o princípio da equivalência prevaleça sobre o princípio da capacidade contributiva (na óptica patrimonial).

É portanto, essencial, que se ampliem as capacidades dos municípios na definição do encargo tributário correspondente, numa óptica de equivalência funcional, permitindo a modulação do encargo contributivo ao que efectivamente os seus munícipes (identificados numa óptica de grupo) beneficiam em sede de utilidades indivisíveis prestadas pelo município. Assim, a lógica do benefício ou da equivalência, que se encontra parcialmente ignorada deverá, a prazo, adquirir a preponderância. O mesmo se diga relativamente à lógica, actualmente adormecida, do valor de base territorial. Esta lógica é essencial para a concretização de modelos de desenvolvimento económico, por via do fornecimento de incentivos à utilização eficiente dos recursos, premiando utilizações eficientes e

penalizando o abandono e a subexploração fundiária no campo agrícola, florestal e urbano⁶¹.

No respeitante ao IMT, sucessor inolvidável do Imposto Municipal de Sisa, deve referir-se que os elementos de irracionalidade então existentes mantêm-se actualmente em toda a sua plenitude. Efectivamente, a viscosidade do mercado imobiliário não permite a introdução de elementos de distorção adicionais no processo decisório. A mobilidade dos factores, essencial para uma concorrência que se pretende perfeita, ou aproximada, é liminarmente prejudicada por um encargo adicional criador de uma sobrecarga tributária excessiva (*excess burden*) e de perdas absolutas de Bem-Estar (*deadweight losses*). Esta perda de eficiência geral é agravada pela distorção que ocorre ao nível do tratamento em IVA. Gerando-se uma isenção incompleta, a propensão para a fraude é inevitável. Nesta óptica, um imposto sobre transacções imobiliárias deveria consistir num imposto de registo como é o Imposto do Selo. Assim, num quadro de evolução futura, seria conveniente que os aumentos sucessivos de receita em sede de IMI (que duplicará face aos valores actuais quando a propriedade urbana for totalmente

⁶¹ Nesta óptica, e ao contrário dos princípios que norteiam o conceito de Valor Patrimonial Tributário, é urgente a instituição do denominado Valor de Base Territorial. É essencial estabilizar a base de tributação patrimonial imobiliária. Tal só é possível se a tributação incidir sobre o valor intrínseco do solo, independentemente de qualquer transformação, melhoramentos ou benfeitorias. Este conceito é totalmente neutro, dependendo unicamente do terreno fundiário, considerando a sua dimensão, localização, usos, desenvolvimentos e utilizações autorizadas. Neste âmbito, não contempla no seu âmbito qualquer valor resultante dos desenvolvimentos promovidos pelo proprietário e, cujos rendimentos serão abrangidos pelos impostos sobre o rendimento. O Valor de Base Territorial assenta, portanto, num princípio do benefício ou da equivalência alargado tomando em consideração um conceito social de propriedade. A sua aplicação permitiria uma regulação efectiva do mercado imobiliário, desmotivando a detenção de propriedades devolutas, sub-exploradas ou em mau estado de conservação.

reavaliada e as isenções actualmente vigentes cessarem) seja progressivamente acompanhada por uma redução da taxa do IMT, mantendo-se estáveis as receitas dos municípios.

Assim, a Lei do Solo deve garantir que as relações entre o sistema tributário e a actividade urbanística excedem a dimensão puramente reditícia. Uma política urbanística equilibrada e justa depende de uma infra-estrutura financeira eficiente e equitativa. Sem recursos financeiros públicos não se torna possível o desenvolvimento urbanístico das colectividades; sem uma tributação do património imobiliário equitativa acentuar-se-ão as desigualdades sociais; sem a redistribuição equitativa dos custos e dos benefícios dos instrumentos de planeamento entre os particulares afectados, uma política urbanística será inevitavelmente injusta e propiciadora de actividades especulativas; sem uma redistribuição perequativa dos encargos resultantes da existência de áreas de reserva ou de protecção situadas em determinadas áreas territoriais entre todos os municípios acentuar-se-ão as assimetrias regionais, colocando-se em causa a coesão sócio-económica no território nacional.

O urbanismo tem, pois, uma vertente financeira importante, que não pode ser ignorada nem analisada parcial ou sectorialmente.

A aprovação do IMI e do IMT deverá ser tomada como uma simples parcela (inacabada) de um edifício em construção. E, note-se, o legislador fiscal não é livre nas opções a tomar. O mercado urbanístico é fértil em incapacidades genéticas, nomeadamente ao nível das exterioridades, competindo ao decisor financeiro a sua correcção. Por outro lado, as limitações administrativas podem ser fonte de entorses ao mercado que, no caso de não serem devidamente compensadas, poderão gerar injustiças redistributivas, sobrecarga urbanística e propensão para o desenvolvimento de actividades especulativas. Compete à Lei do Solo construir um enquadramento de princípios que obstem a esta situação e auxiliem o legislador fiscal ordinário na construção futura dos impostos. Efectivamente,

não se pode exigir à Administração Fiscal que tome consciência por si dos problemas de ordenamento fundiário. Um enquadramento mais vasto, transversal e compreensivo é fundamental para a concretização de um ordenamento fundiário e urbanístico eficiente.

Aliás, mesmo impostos que assentam tradicionalmente na óptica estrita da capacidade contributiva têm vindo a sofrer evoluções recentes que os aproximam cada vez mais da perspectiva da equivalência. Referimo-nos expressamente ao IRS, e à participação variável em favor dos municípios, e, numa intensidade superior, à derrama municipal.

Quanto a este último tributo, poderá referir-se que é um dos tributos mais antigos do ordenamento tributário português, constituindo sempre um elemento importante no financiamento das entidades locais. Na sua configuração tradicional, e durante vários séculos, constitui sempre a forma de um imposto adicional – hoje adicionamento - lançado pelos municípios para o financiamento de obras públicas de carácter extraordinário⁶². Nesta óptica assumiu sempre uma orientação assente no princípio da igualdade vertical, tolerando o Estado central a possibilidade de lançamento de um tributo adicional com um âmbito de incidência semelhante ao imposto nacional, mas com uma taxa reduzida incidente sobre a colecta do imposto principal.

Assim, a derrama tem uma raiz histórica bastante sedimentada, estando a sua designação consolidada no tecido tributário nacional. De facto, o seu “*nomen iuris*” não varia independentemente das alterações de designação do imposto principal (décima, contribuição industrial, imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas), bem como da tipologia desse

⁶² Esta vocação extraordinária só foi eliminada com as mais recentes versões da Lei das Finanças Locais. Efectivamente, nos termos da LFL de 1987 (na redacção do Decreto-Lei n.º 470-B/88, de 19 de Dezembro, as derramas deviam ser lançadas ano a ano, só podendo ter como fundamento o financiamento de investimentos ou no quadro de contratos de reequilíbrio financeiro – (artigo 5.º n.º 2).

imposto (imposto sobre o rendimento, imposto sobre o património, imposto de trânsito, etc.)⁶³.

Sobre o termo derrama, é sugestiva a explicação de Joaquim de Santa Rosa de Viterbo: lançamento de tributo ou contributo repartido ou “derramado” por todos⁶⁴.

Nestes termos, o artigo 14.º da Lei n.º 2/2007 prevê uma chave de repartição bidimensional (acomodando de forma perfeita o critério da área e da produção de riqueza) totalmente adequada face aos mandamentos do princípio da descentralização constitucional – aproximação da tributação em derrama ao local efectivo de produção de riqueza – e do princípio da equivalência numa óptica de compensação por especial prejuízo, internalizando-se, desta forma, eventuais externalidades negativas a este propósito.

Não se poderá esquecer, ainda, que existe toda uma multiplicidade de tributos susceptíveis de aplicação à actividade urbanística e que têm sido totalmente ignorados quer pela doutrina quer pelas instâncias políticas. É o caso das diversas taxas de urbanização e de contribuição para a construção de infra-estruturas urbanísticas e das diversas contribuições especiais *stricto sensu* vigentes.

⁶³ Por exemplo, no Brasil, em 7 de Dezembro de 1713 foi estabelecida em junta (ratificada por outra de 6 de Janeiro de 1714) a cobrança dos quintos por bateias (o que na prática representava uma capitação) à razão de 12 oitavas por cabeça de escravo por ano, bem como a finta (ou contribuição fixa) de 30 arrobas anuais. Às câmaras ficaram pertencendo os rendimentos do tributo aduaneiro sobre a importação de escravos, gados, fazendas-secas e molhados. Esse sistema inaugurava na prática a “derrama por capitação”, isto é, a distribuição da carga tributária correspondente aos quintos por todos os proprietários de escravos. Cfr. Ângelo Carrara, *A Real Fazenda das Minas Gerais*, Vol. II, Universidade de Ouro Preto, 2005, pág. 12

⁶⁴ Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*, 2 vols. Lisboa, 1798-1799, reimp. Porto, 1965, s.v. «Derrama».

Neste nível encontramos relações tributárias subjacentes à prestação específica de utilidades urbanísticas e que, por essa via, valorizam a propriedade imobiliária. Neste caso, que se suporta na geração de mais-valias reflexas por parte dos organismos públicos, será credor do imposto (*in casu*, uma contribuição especial) a entidade que prestar utilidades urbanísticas de suporte à propriedade imobiliária privada. Assim, na lógica constitucional portuguesa, e nos termos do princípio da descentralização, detendo as autarquias locais, *maxime* os municípios, as competências de construção, manutenção e amortização de equipamentos e da prestação de serviços de apoio urbanísticos, será uma consequência natural a sua qualificação enquanto sujeito tributário activo nos termos da Lei das Finanças Locais.

Por sua vez, o sujeito tributário passivo será o proprietário do bem imóvel beneficiário das prestações urbanísticas públicas. A intensidade da tributação deverá depender não da sua capacidade contributiva geral mas sim do benefício que a sua propriedade obtém da actividade prestativa pública – óptica do benefício. Adoptando uma outra perspectiva – a óptica do custo - a contribuição do proprietário o imóvel dependerá da quota-parte de custos decorrentes da actividade urbanística que lhe competirão atendendo às características físicas da sua propriedade.

É nesta óptica compreensiva e global que deverá ser entendido o sistema tributário urbanístico municipal. O Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) deverá assentar numa lógica de equivalência ampla, constituindo-se, para além de imposto regulador geral na óptica do valor de base fundiário, como um “*Imposto de Condomínio*”⁶⁵, tendo em vista a repartição dos custos sustentados com utilidades indivisíveis a beneficiários indeterminados. Os proprietários dos imóveis constituem-se como sujeitos passivos, sustentando

⁶⁵ Só assim se justificam os poderes de determinação das taxas do imposto pelas Assembleias Municipais. Um município que pretenda fornecer e manter infra-estruturas gerais de boa qualidade deverá aplicar uma taxa superior. Pelo contrário, um município que pretenda manter a taxa mais reduzida não poderá prestar o mesmo tipo de utilidades.

a este título todos os custos com a manutenção e amortização de infra-estruturas existentes ou com a criação de novas utilidades indivisíveis mas com destinatário determinado ou determinável⁶⁶. O seu dever contributivo será definido pela sua “permilagem” determinada pelo VPT atento o valor total da área de cálculo.

As contribuições especiais tributarão os promotores pelas mais-valias latentes resultantes de acções específicas dos organismos públicos. Estes benefícios reflexos decorrentes de exterioridades positivas seriam, desta forma, socializados. Consoante os exemplos recentes (Expo 98, Ponte Vasco da Gama, CRIL, CREL, CRIP, CREP), estas contribuições especiais denominadas de 2.^a Geração⁶⁷ incidirão sobre a valorização imobiliária sofrida por obras em concreto⁶⁸. Por sua vez, este tipo de tributos poderão servir para a interiorização de exterioridades negativas, como acontece no Imposto Único de Circulação e no ISV.

Às taxas e tarifas competirá a repartição dos encargos públicos resultantes da actividade de fornecimento de utilidades divisíveis a sujeitos determinados. Só nesta perspectiva poderá ser salvaguardada a equivalência jurídica nas taxas e tarifas urbanísticas.

De fora do âmbito tributário deverão ficar as denominadas “*Compensações Urbanísticas*” cujas finalidades são exclusivamente perequativas, questão que se situa no campo redistributivo.

⁶⁶ Por sua vez, os Impostos sobre o Rendimento (IRS e IRC) tributarão as mais-valias imobiliárias realizadas e os rendimentos prediais, de acordo com o princípio da capacidade contributiva.

⁶⁷ Cfr. Casalta Nabais, “*A Fiscalidade de Urbanismo: Impostos e Taxas*” in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, cit., págs. 50 a 52.

⁶⁸ No limite, poderiam ser concebidas eventuais contribuições especiais por mais-valias resultantes de alterações do plano urbanístico, tendo como incidência a diferença entre edificação média e edificação concreta numa óptica estritamente perequativa (intra e inter-plano).

Por outro lado, a Lei do Solo poderá conter todo o um normativo legitimador para a aplicação de novas contribuições especiais eficientes, com um papel regulador específico na utilização de recursos fundiários específicos. A sua fundamentação e legitimidade decorrem do próprio princípio da equivalência amplo podendo revestir diversas formas: contribuição para a protecção civil; contribuição turística; contribuição ambiental, entre outras. O seu objectivo, repete-se, não será a angariação cega de receita pública mas a compensação dos custos que as entidades públicas suportam por prestações indivisíveis mas que beneficiam sujeitos indeterminados, mas identificáveis numa lógica de grupo (respectivamente, e somente a título de exemplo, os proprietários florestais e urbanos, os proprietários de instalações hoteleiras, ou os agentes que desenvolvam actividades ambientalmente agressivas).

4.2. As Taxas e as Tarifas Urbanísticas: o Mundo da Equivalência Estrita

As “Taxas Municipais de Urbanização e Edificação” deverão, neste quadro consolidado, ser entendidas como taxas devidas pela construção e manutenção de infra-estruturas urbanísticas, ou seja, pelos custos e investimentos incorridos na prestação de utilidades urbanísticas gerais a sujeitos determinados e relativamente aos quais é permitido efectuar uma “quotização” dos custos correspondentes dada a sua efectiva divisibilidade, numa óptica de equivalência estrita (mas que ainda assim poderá fomentar agravamentos ou subsidiasções na existência de fundamentos extra-financeiros relevantes).

O seu objecto é portanto claro: a construção de novas infra-estruturas locais ou o reforço das existentes (a jusante ou a montante do empreendimento), neste último caso, na percentagem que beneficie o novo

loteamento ou habitação. Se existir benefício dos proprietários instalados, esse custo deverá ser repartido e cobrado através do IMI; uma imposição repercutida unicamente ao promotor pela construção de uma infra-estrutura que beneficie a totalidade dos munícipes constituirá uma verdadeira “barreira à entrada” no mercado – já que se exigirá um montante desproporcionadamente elevado ao promotor do qual resultará um benefício para toda a colectividade – em clara violação quer do princípio da repartição justa dos encargos públicos quer do princípio da eficiência.

Conforme se pode facilmente antever, e atendendo ao objecto típico das “Taxas Municipais de Urbanização e da Edificação” só se incluirão no seu âmbito a construção e reforço das infra-estruturas que suportam especificamente o investimento realizado pelo sujeito passivo.

Efectivamente, as infra-estruturas gerais municipais dirigidas à generalidade dos munícipes deverão ser financiadas com o produto da cobrança do IMI⁶⁹.

A legislação ordinária é clara quanto à configuração das taxas por construção, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas. Nesse sentido, o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, que aprovou o regime jurídico dos loteamentos urbanos, veio estabelecer que *“a realização de infra-estruturas urbanísticas e a concessão do licenciamento da operação de loteamento estão sujeitas ao pagamento das taxas a que se referem as alíneas a) e b) do artigo 11º da Lei nº 1/87, de 06 de Janeiro, não havendo lugar ao pagamento de quaisquer mais-valias ou compensações, com excepção das previstas no artigo 16.º”*. Este diploma efectuava uma

⁶⁹ Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira referem que a taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas *“corresponde à contrapartida dos investimentos municipais com a construção, reforço e manutenção das infra-estruturas existentes e equipamentos urbanos em que se incluem não só os arruamentos como ainda os espaços verdes e demais equipamento social e cultural da responsabilidade do município”*. Cfr., igualmente, Aníbal Almeida, *Estudos de Direito Tributário*, Almedina, 1996, pág. 53.

distinção entre as taxas devidas pela construção das infra-estruturas e as devidas pela prestação de serviços urbanísticos, o que limitava, à partida, o âmbito das primeiras.

Por sua vez, a Lei n.º 90/95, de 1 de Setembro, veio autorizar o Governo a alterar o regime jurídico do Decreto-Lei n.º 448/91 de 29 de Novembro: *“esclarecendo que as taxas municipais por realização de infra-estruturas urbanísticas só são devidas quando resultem de efectiva prestação de serviço pelo município”* - [artigo 2.º, n.º 2 alínea e)]; tentando garantir a ocorrência de uma estrita correlação entre a actividade de fornecimento de bens urbanísticos e o montante da taxa a cobrar.

Finalmente, a Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, que aprovou a Sexta Alteração ao Regime Jurídico do Urbanismo e Edificação, no seu artigo 116.º, vem reforçar essa correlação estreita necessária, referindo que *“os projectos de regulamento municipal da taxa pela realização, manutenção e reforço de infra-estruturas urbanísticas devem ser acompanhados da fundamentação do cálculo das taxas previstas, tendo em conta, designadamente, os seguintes elementos: a) Programa plurianual de investimentos municipais na execução, manutenção e reforço das infra-estruturas gerais, que pode ser definido por áreas geográficas diferenciadas; b) Diferenciação das taxas aplicáveis em função dos usos e tipologias das edificações e, eventualmente, da respectiva localização e correspondentes infra-estruturas locais”*.

Na perspectiva das Finanças Locais, a Assembleia da República, que autorizou na Lei das Finanças Locais, a cobrança de tais taxas na vigência da anterior lei (artigo 1.º da Lei n.º 1/87, de 06 de Janeiro), estabeleceu expressamente na dita lei de autorização que esta só pode ser cobrada desde que o município preste qualquer serviço efectivo.

E, na sequência dessa autorização legislativa, foi publicado o Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro, no qual se estabeleceu no artigo 32.º n.ºs 1 alínea a) e 2 o seguinte:

" 1. Salvaguardado o disposto no artigo 16.º, a emissão de alvarás de licenças de loteamento ou de obras de urbanização está sujeita ao pagamento das taxas a seguir referidas, não havendo lugar ao pagamento de quaisquer mais-valias ou compensações: a) A taxa prevista na a) do artigo 11.º da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro, quando, por força da operação de loteamento, o município tenha de realizar ou reforçar obras de urbanização. 2. A taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas prevista na a) do artigo 11.º da Lei n.º 1/87, de 6 de Janeiro, só pode ser exigida nos casos expressamente previstos na a) do n.º 1, não podendo ser consideradas como passíveis de incidência da taxa quaisquer outras situações, designadamente no âmbito de execução de obras de construção, reconstrução ou alteração de edifícios, ainda que tais obras tenham determinado ou venham a determinar, directa ou indirectamente, a realização pelo município de novas infra-estruturas urbanísticas ou o reforço das já existentes".

O novo regime legal, composto pela Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro e pela Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro reforçou, de forma significativa, este pressuposto de correlação quantitativa.

Assim, este último diploma legal, no seu artigo 4.º, vem densificar o que entende por “equivalência jurídica”, reconhecendo, de forma explícita, a dimensão quantitativa do sinalagma subjacente à relação jurídico-tributária inerente à taxa. Refere, então, que “o valor das taxas das autarquias locais é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade e não deve ultrapassar o custo da actividade pública local ou o benefício auferido pelo particular”. E, reconhecendo igualmente, a função ordenadora ou reguladora dos mercados, estabelece, no seu n.º 2 que “o valor das taxas, respeitando a necessária proporcionalidade, pode ser fixado com base em critérios de desincentivo à prática de certos actos ou operações”.

E, claro está, é de aplicação imediata, já que o seu alcance é meramente interpretativo. De facto, quando a Lei n.º 53-E/2006, de 29 de Dezembro, atribui um prazo para a adaptação dos regulamentos de taxas ao

novo ordenamento legal, refere-se unicamente ao disposto no seu artigo 8.º. ou seja, aos novos requisitos formais que devem fundamentar os novos regulamentos.

Assim, e no que diz respeito à formulação juridico-material das TMUE, a Lei n.º 53-E/2006 não faz mais do que transpor para a lei a boa dogmática jurídico-económica relativa ao estabelecimento da necessária sinalagmaticidade inerente ao conceito de taxa.

Porém, a necessária corresponsabilidade entre a prestação pública específica e a contribuição privada a título de taxa não poderá ser correctamente efectuada na inexistência de um edifício financeiro totalmente coerente e assente na estrita lógica de contabilidade analítica.

Parece-nos clara a intenção do legislador: as “TMUE” visam suportar os encargos dos municípios decorrentes da construção de infra-estruturas de proximidade, constituindo-se como sujeitos passivos os promotores dos loteamentos ou das edificações.

Dos diversos instrumentos legais parece exteriorizar-se uma vontade do legislador no sentido do estabelecimento de uma relação causal entre a construção das infra-estruturas por parte da entidade pública e a exigência do pagamento dos encargos correspondentes por parte do promotor. Tal ideia – que assenta na pressuposição de existência de um *sinalagma necessário* – é reforçada se integrarmos as “TMUE” no âmbito sistemático do sistema tributário urbanístico. Este é o primeiro conteúdo da equivalência jurídica.

E quanto à equivalência económica? Perante o papel do Estado no mercado urbanístico parece-nos, do ponto de vista da equivalência económica que não nos poderemos afastar da perspectiva da *equivalência económica restrita ou eficiente*.

Ao Estado, no mercado urbanístico, não competirá introduzir maior ineficiência do que a que já existe originariamente. No caso das “TMUE” a justificação não poderá ser outra senão a repartição dos custos de realização das infra-estruturas entre os agentes beneficiados.

É por isso que a diversa legislação aplicável aponta, de forma conclusiva, para a existência de uma estrita equivalência económica. A exigência aos promotores de montantes desproporcionados inseriria inevitavelmente custos adicionais não justificados que, inevitavelmente, distorceriam ainda mais este mercado.

Pelo exposto, na perspectiva urbanística, as entidades públicas têm a obrigação de aumentar os níveis de eficiência dos mercados. É por isso que as actividades de planeamento, loteamento e criação de infra-estruturas urbanísticas se justificam.

As TMUE, visam, no sistema actual, o ressarcimento da entidade pública pela construção, manutenção e reforço das infra-estruturas urbanísticas e deverão assentar numa óptica de equivalência estrita. Essa equivalência económica estrita não necessita, porém, de se verificar no momento imediato, já que a realização dessas obras poderá ser futura. No entanto, esse evento futuro deverá ser certo e não meramente eventual.

O sistema alemão, relativamente à esta matéria, adopta uma posição extrema, baseando-se unicamente num princípio de repartição dos custos sociais, visando apenas a reparação de uma parte do custo da obra.

São devidas contribuições para a construção das infra-estruturas por parte dos proprietários, o chamado “*Erschliessungsbeitrag*”, previstas nos artigos 127.º e seguintes do Baugesetzbuch (BauGB).

Como acima referido, este “*Erschliessungsbeitrag*” destina-se à contribuição, por parte dos proprietários, para a construção de novas infra-estruturas locais e baseia-se no princípio fiscal da repartição, entre os proprietários das propriedades beneficiadas, dos gastos públicos realizados com a respectiva obra pública.

As referidas contribuições são apenas devidas pelos proprietários de terrenos urbanos, nos quais já existem construções ou que, segundo o plano municipal de ordenamento do território, são considerados urbanizáveis. Os

proprietários contribuem apenas para 90% das despesas de construção, sendo que os restantes 10% são suportados pelo governo local.

A base de cálculo da contribuição reside no custo da obra, devendo o resultado do mesmo ser incluído nos regulamentos locais.

Trata-se, assim, de uma contribuição destinada a recuperar “*a posteriori*” o investimento efectuado pelo governo local, ou seja, o custo da obra, já que, neste caso, a iniciativa de urbanização é pública.

Trata-se de um sistema há muito implementado, baseado, como acima referido, desde o início num princípio de repartição dos custos sociais e geralmente aceite. Contudo, este sistema pode gerar alguma injustiça, na medida em que todos os proprietários têm que contribuir (variando a contribuição apenas conforme o tamanho do terreno), não sendo feita nenhuma distinção entre os terrenos que sofrem uma grande valorização com a construção da nova infra-estrutura e os que já tinham bons acessos, cuja urbanização já se encontra completa e que praticamente não se valorizam.

O Plano Oficial de Contabilidade das Autarquias Locais (POCAL)⁷⁰ obriga à realização de uma verdadeira contabilidade de custos por funções. Este instrumento de gestão financeira obriga a tomar em consideração os custos administrativos subjacentes à fixação de taxas (ponto 1.5.).

Finalmente, e a título de reforço final, o novo Regime Jurídico das Taxas Locais vem dirimir qualquer eventual dúvida que restasse reafirmando de forma inequívoca a lógica da necessária equivalência ao nível das taxas.

Assim, e em síntese, é necessário que a Lei do Solo contenha a definição de um princípio ordenador a este propósito, garantindo os seguintes elementos:

- i) Um tributo com a configuração da “TMUE” deverá respeitar o princípio da equivalência

⁷⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54-A/99, de 22 de Fevereiro.

jurídica, correspondendo a uma prestação particular visando o pagamento dos encargos sustentados pelo município na realização das infra-estruturas urbanísticas locais ou de proximidade (a contraprestação pública). Essa contraprestação pública poderá não ser presente mas unicamente futura⁷¹; no entanto, não poderá ser impossível, ou seja, o tributo não será devido se todas as infra-estruturas houverem sido realizadas pelo particular, situação em que a contraprestação pública é de objecto impossível⁷².

- ii) Na óptica quantitativa, a “TMUE” deverá, à partida, respeitar o princípio da equivalência restrita ou eficiente, correspondendo à “quotização” ou “repartição”, enfim, perequação dos encargos que o município suporta tendo em vista a realização de infra-estruturas locais ou de proximidade (utilidades públicas divisíveis) que beneficiam múltiplos sujeitos determinados.
- iii) Da cobrança da “TMUE” não poderá resultar qualquer efeito negativo em sede de Bem-Estar

⁷¹ Desde que os seus custos já estejam programados e assumidos. Cfr. Benjamim Rodrigues “*Para uma reforma do sistema financeiro e fiscal do urbanismo em Portugal*, cit., pág. 205.

⁷² E neste caso a doutrina é unânime na qualificação do tributo como revestindo uma natureza unilateral. Cfr. António de Sousa Franco, *Manual*, II vol., cit, pág. 63 a 73; Pedro Soares Martinez, *Direito Fiscal*, 7.^a ed., Almedina, 1998, págs. 27 a 35. Conforme referem Jorge Carvalho e Fernanda Paula Oliveira, “*é possível que a contraprestação pública da taxa, bem como a satisfação proporcionada pelo respectivo serviço público sejam futuras, desde que (...) se configure como uma real possibilidade de acontecer*” (in ob. cit., pág. 80).

Social, pois a acção pública de realização das infra-estruturas locais só é explicável tendo em consideração as eventuais falhas da acção privada (*free riders* ou *hold out*), ou seja, no respeito do princípio da eficiência. No entanto, por preocupações de redistribuição (contribuição dos promotores das novas construções para a construção das infra-estruturas em áreas deficitárias já edificadas), admitiu-se historicamente a possibilidade de uma equivalência agravada. No entanto, essa equivalência agravada implica sempre um mínimo de correspondência da prestação privada com a contraprestação pública.

- iv) A “TMUE” deverá respeitar o princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que exige eficácia ou a susceptibilidade dos meios para atingir os fins; a taxa de urbanização deverá constituir um meio adequado, em abstracto, para atingir a indiferença, em termos de custos, independentemente destas serem desenvolvidas pelos investidores ou pelas entidades municipais;
- v) A TMUE deverá respeitar o princípio da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*), que implica a limitação, em concreto, dos sacrifícios ou desvantagens; a taxa de urbanização deverá corresponder, em concreto, à «menor ingerência possível» para atingir a “*neutralidade nas opções de construção*”, tendo

em vista a realização de infra-estruturas urbanísticas de qualidade.

- vi) A TMUE deverá respeitar o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismaßigkeit*), que importa uma ponderação dos custos e utilidade face ao objectivo constitucional ou legalmente legitimado que se pretende atingir, configurando uma solução eficiente e não introduzir custos desproporcionados para o investidor relativamente aos quais não retira qualquer benefício possível.

Com a concretização destes mandamentos não será mais possível acusar os municípios de se encontrarem submetidos a uma lógica de maximização urbanística relativamente ao produto das taxas urbanísticas. Porém, ressalve-se que, também aqui, deverá existir uma lógica perequativa ao nível nacional atendendo ao princípio da coesão territorial. De facto, também neste campo, as economias de densidade e as externalidades de rede adquirem uma relevância primordial.

No caso das tarifas pela prestação de utilidades urbanísticas específicas, o juízo de equivalência deverá ser idêntico ou, eventualmente, mais intenso. Tal decorre, precisamente da especificidade das utilidades em causa – v.g. distribuição de água, tratamento de águas residuais e resíduos sólidos, distribuição de energia.

A importância que este tipo de redes reveste no suporte à propriedade imobiliária fundamenta um tratamento da componente tarifária das mesmas na Lei do Solo. Efectivamente, uma das matrizes essenciais de um modelo económico eficiente é precisamente a determinação eficiente do preço a

pagar pela construção e utilização destas infra-estruturas. Num ambiente concorrencial esses preços seriam fixados num valor próximo do custo marginal (*i.e.*, o preço em mercados de concorrência perfeita)⁷³.

Porém, o modelo concorrencial do sector das infra-estruturas urbanísticas em muito se afasta deste paradigma concorrencial. Neste enquadramento complexo, deparam-se ao decisor económico dois desafios.

Em primeiro lugar, e de forma a alcançar modelos eficientes de organização urbana, torna-se necessário imitar os resultados que decorreriam do livre exercício de uma concorrência perfeita em situações de mercado que bastante se afastam desse paradigma. Nesta óptica, e uma vez que os mecanismos de mercado são necessariamente falíveis nas circunstâncias concretas das infra-estruturas urbanísticas, torna-se necessário formular modelos de regulação que superem as incapacidades genéticas desses mercados, tendo em vista a optimização dos níveis de bem-estar social.

Esse modelo de regulação é, no entanto, insusceptível de alargamento à generalidade dos sectores. Em tese, esse modelo só será operacionalmente aplicável quando estivermos na presença de segmentos naturalmente monopolistas. Na sua ausência, a construção de um modelo regulatório será totalmente desadequada, podendo resvalar para um modelo autoritário de fixação de preços que, tendencialmente, cairá no modelo de subsídio não sustentável.

Nesta perspectiva, os modelos de regulação de preços devem ser entendidos como subsidiários de todos os outros.

Desta forma, e mais uma vez, deverá atender-se ao mandamento de eficiência: a regulação de preços só se justificará quando os benefícios que daí decorram superem os custos do seu exercício; ora, nas situações em que os segmentos se organizam segundo o modelo de monopólio natural, como é o caso das infra-estruturas energéticas, rodoviárias e de abastecimento e

⁷³ Isto claro, está num modelo concorrencial neoclássico

tratamento de águas e de resíduos sólidos, então esta opção será sempre aconselhável.

Porém, e neste pressuposto de subsidiariedade, depara-se ao regulador um verdadeiro desafio uma vez que terá que desenvolver opções de *pricing* que, sem que se afecte a apetência do incumbente em investir no desenvolvimento do seu segmento, e simultaneamente:

- i) previnam o exercício exorbitante de poder de mercado, emulando situações eficientes em mercados onde a concorrência perfeita é, por definição, impossível;
- ii) interiorizem exterioridades negativas (*e.g.* congestionamentos, poluição);
- iii) socializem exterioridades positivas (*maxime*, as exterioridades de rede, garantindo o exercício de um direito de propriedade sobre o segmento);
- iv) aumentem os níveis de eficiência produtiva (“*eficiência técnica*”), garantindo que os segmentos da rede e os serviços e produtos aí fornecidos sejam comercializados ao menor preço possível, garantido a utilização eficiente dos recursos escassos;
- v) concretizem padrões de eficiência distributiva elevados, de forma que os bens sejam produzidos e comercializados nas melhores condições possíveis;
- vi) respeitem os paradigmas da concorrência dinâmica, fomentando o aparecimento de novos mercados e de novos produtos;

- vii) assegurem uma elevada qualidade dos bens produzidos e dos serviços;
- viii) garantam uma universalidade redistributiva no fornecimento dos bens⁷⁴.

O objectivo fundamental consiste na preservação e melhoria dos padrões de Bem-Estar social, estando o regulador obrigado, nos termos do princípio da eficiência constitucional, a emular a situação mais eficiente possível. Note-se que os equilíbrios são extremamente precários a este respeito: se um preço de acesso a um segmento for fixado abaixo do nível óptimo, ocorrerá um incentivo ao desinvestimento e o segmento em causa – essencial – degradar-se-á naturalmente; ao invés, se o preço de acesso for fixado acima do nível óptimo, a renda monopolista, teoricamente susceptível de contestação em sede concorrencial, será definitivamente legitimada⁷⁵, o

⁷⁴ Este juízo de eficiência ou de “proporcionalidade” deve ser efectuado numa óptica micro-financeira. Assim, se às entidades públicas se depararem diversas propostas de tributação num determinado mercado, elas deverão adoptar a solução mais eficiente no caso concreto. Note-se que a preocupação do Estado no sentido de assegurar a plena satisfação das necessidades dos cidadãos é inerente à sua própria definição. A acção pública não pode, em consequência, ser geradora de situações ineficientes do ponto de vista social. Não se advoga, porém, que o sistema tributário se encontra submetido a um princípio geral de neutralidade. O sistema tributário, entendido aqui no seu sentido mais amplo como o conjunto de receitas coactivas desprovidas de carácter sancionatório, e por isso abrangendo quer os impostos quer outras figuras tributárias que se lhes assemelhem, como é o caso das taxas, pode comportar a assunção de finalidades extra-financeiras; podendo-se, assim, enunciar um *princípio da eficiência funcional do sistema tributário*. Cfr. Carlos Lobo, “*Reflexões sobre a (necessária) equivalência económica das taxas*”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Vol. 1, 2006, págs. 409 e segs.

⁷⁵ Situação esta que é relativamente comum uma vez que o regulador depende da informação disponibilizada pelo incumbente para a fixação da remuneração. Esta é aliás o modelo mais usual de “*captura do regulador*”.

que, na perspectiva das infra-estruturas gerará uma situação ineficiente. Neste âmbito, e uma vez que os dados que decorrem do mercado não se afiguram fiáveis, torna-se fundamental para o decisor económico a adopção de referenciais sólidos e credíveis que possibilitem essa emulação do preço socialmente eficiente por via de modelos tarifários justos e equitativos.

E, neste enquadramento, torna-se essencial distinguir duas situações: i) a situação em que a construção e amortização do segmento pressupõe a geração de custos, como é o caso típico das redes físicas materiais, permitindo a utilização de um referencial de custos; ii) situação em que a utilização do segmento *per se* não implica a geração de custos, mas de onde se retiram benefícios económicos para o seu utilizador, como acontece no caso de segmentos de sectores em rede físicos imateriais, *maxime* na ocupação do espaço público e na utilização do subsolo, o que obriga à utilização de um referencial de utilidade ou benefício.

Assim, a determinação do preço eficiente de acesso a um determinado segmento tendencialmente monopolista é uma das questões mais controversas do moderno direito económico. A questão coloca-se claramente nas infra-estruturas urbanas.

Ora, não havendo possibilidade do livre jogo do mercado determinar um preço eficiente, torna-se necessário adoptar um método indirecto que vise essa finalidade. E, a este propósito, nenhum outro critério se mostra mais adequado do que o dos custos de produção. E é aqui que as dificuldades começam uma vez que uma função óptima que é determinada pelo encontro da livre oferta e da livre procura não pode ser descortinada unicamente por uma apreciação simples das componentes do lado da oferta, ainda mais quando esta assume formulações tendencialmente monopolistas. Um aprofundamento analítico é, neste âmbito, essencial.

Assim, e num primeiro nível, haverá que distinguir os custos variáveis, os custos fixos e os custos totais⁷⁶. Os *custos variáveis*, como a sua própria denominação indica, flutuam em função da produção (*e.g.* aquisição de água); ao invés os *custos fixos* mantêm-se estáveis independentemente do volume produzido (*e.g.* custos de pessoal), podendo ser *específicos* de uma unidade produzida, *partilhados* diferencialmente por diversas unidades diversificadas produzidas, ou *comuns* a todas as unidades produzidas. Os *custos totais* são constituídos pela soma dos custos fixos e dos custos variáveis. Nesta configuração torna-se ainda possível descortinar o *custo médio unitário*, e que se configura como a média de custos variáveis e de custos fixos por unidade produzida bem como o *custo médio total*, que se constitui pela soma dos custos médios variáveis com os custos médios fixos.

Num segundo nível conceptual, encontramos os *custos marginais* e os *custos incrementais*. Os custos marginais aproximam-se conceptualmente dos custos variáveis, uma vez que traduzem o custo da produção de uma unidade adicional⁷⁷. Porém, o conceito que mais se integra no âmbito conceptual dos sectores em rede é o dos custos incrementais. De facto, embora muitas vezes se confundam com os custos marginais, os custos incrementais adquirem uma relevância especial uma vez que se referem ao custo, não de uma unidade adicional, mas de múltiplas unidades adicionais. Efectivamente, para o operador de uma infra-estrutura urbana que se caracteriza por níveis de produção em massa, o que interessa é saber o custo de milhares de unidades adicionais e não de uma só. Desta forma, se a produção adicional for reduzida, os custos marginais tenderão a equivaler aos custos incrementais; porém, se a produção adicional for massiva, tal já não será verdadeiro.

⁷⁶ A base de cálculo contabilística para a remuneração de investimento traduz-se no referencial de resultados operacionais (“*EBITDA – Earnings Before Interest Taxes, Depreciation and Amortisation*”)

⁷⁷ Embora não se confundam.

Tomando em consideração esta panóplia de possibilidades, e iniciando a análise da questão na situação mais simplificada do acesso unidireccional – como acontece na rede de águas e saneamento - o decisor estará obrigado a adoptar o modelo que seja mais eficiente para o sector em causa.

De facto, só uma determinação de um modelo tarifário eficiente é que poderá garantir que o consumidor paga o verdadeiro valor do produto que adquire, que a cadeia de distribuição não é distorcida, e que a sociedade utiliza os recursos escassos da melhor maneira possível. A questão é extremamente difícil pois só um mercado não distorcido poderia fornecer o referencial perfeito a este respeito. Porém, tal não ocorre na generalidade dos sectores em rede, *maxime*, nos segmentos que se organizam segundo modelos de monopólio natural, onde assistimos a múltiplas economias do lado da oferta e da procura e onde as unidades económicas produzem múltiplos e variados produtos e serviços.

Ora, o problema de determinação do preço de acesso às infra-estruturas urbanas é semelhante ao da usual regulação de preços em monopólios naturais. E a este respeito é permitido efectuar um juízo de presunção assente em dois princípios fundamentais. Em primeiro lugar, o preço eficiente de uma unidade adicional de serviços ou de bens será o preço que recupera o valor exacto dos custos económicos incorridos para a prestação dessa unidade adicional. Em segundo lugar, num mercado concorrencial perfeito, o preço de uma unidade adicional de bens ou serviços coincidirá com o custo económico integral desse incremento de produção.

É por esta razão que a doutrina tem discutido qual o melhor referencial para a determinação do modelo de custo que emule o preço economicamente eficiente. Assim, o primeiro referencial que se nos depara é o do custo marginal. Efectivamente, este será o preço eficiente num mercado de concorrência perfeita. Porém, nas infra-estruturas urbanas, o modelo de

eficiência poderá afastar-se desse paradigma, quer nos fundamentos quer nos próprios resultados ao nível do aumento dos níveis de Bem-Estar social.

No entanto, este referencial pode não ser o melhor indicador para a generalidade dos casos.

Assim, em algumas situações assistimos à oferta de um único produto ou de um único serviço (fornecimento de água, recolha de lixo, etc.). Nestas circunstâncias, a tarefa de definição de custos fixos e variáveis é extremamente facilitada. *In limine*, nas situações de segmentos susceptíveis de qualificação enquanto engarrafamento monopolístico (*e.g.* nos segmentos de transporte de larga capacidade), o decisor poderá mesmo antever e fixar, de forma concreta e extensiva, o preço “*tarifa*” a cobrar, homologando os investimentos considerados como relevantes⁷⁸.

Porém, existem situações em que essa simplicidade analítica não pode ser atingida atendendo ao facto dos produtores oferecerem, em algumas situações, uma multiplicidade de produtos – *maxime* nas redes de telecomunicações - e considerando a dificuldade de diferenciação dos custos fixos e variáveis relativamente a uma panóplia de unidades diferenciadas produzidas, torna-se tarefa extremamente difícil a sua verificação casuística. Além disso, dada a sua rigidez conceptual, este referencial permitirá o desenvolvimento de estratégias de “planeamento económico” por parte da entidade incumbente que, de forma a contornar o modelo de eficiência, poderá sobreinvestir em capitais fixos, gerando uma enorme capacidade excedentária, manipulando integralmente os propósitos pretensamente objectivos de um referencial economicamente válido⁷⁹.

⁷⁸ Sobre este assunto, cfr. Carlos Baptista Lobo, *Sectores em Rede – Regulação para a Concorrência*, Almedina, 2010.

⁷⁹ O referencial de remuneração depende da base de activos relevantes. A OCDE refere a este propósito o seguinte: “*the “asset base” can be viewed as an amount that the owners of the regulated firm have “in the bank”. Each period this amount increases by the interest paid by the bank and by any additional “deposits” in the form of any new capital investment*”

Neste âmbito torna-se imperativo o estabelecimento de uma neutralidade económica ao nível da rede de infra-estruturas, revelando-se a denominada “*ECPR - Efficient Component Pricing Rule*” que, como refere Fernando Araújo, “*admite preços fixados pelo «operador histórico», preços incorporando não apenas os custos marginais de admissão de novos concorrentes mas ainda os custos de oportunidade advenientes da perda de volume de tráfego em favor desses concorrentes, tudo acrescido das «margens» («mark-ups») que asseguram uma captura mínima de bem-estar pelos operadores*”⁸⁰.

E, neste enquadramento, existem mesmo propostas para o estabelecimento de modelos tarifários tomando como base a capacidade de produção, onde a parcela fixa incluiria um montante proporcional à capacidade disponível que integraria o sistema de cabazes de preços na formulação de tectos máximos (*price caps*) traduzida nas tradicionais tarifas de acesso e de utilização, que contendo um referencial de eficiência (“*o factor X*”) potenciam uma discriminação de preços ainda mais eficiente.

(whether in the form of creation or purchase of new assets, renovation, rebuilding or refurbishment of existing assets, or maintenance) and decreases by any “withdrawals” in the form of a payout (in the form of earnings) to investors. The asset base can therefore be seen as the amount “owed” to the regulated firm by the regulator. At any point in time if the regulated firm were shutdown and its owners given a payment equal to the asset base (i.e., if there was a “withdrawal” of all the remaining funds in the “bank”), they would be fully compensated for the costs of investment they had incurred up to that point in time” (in OCDE, Access Pricing in Telecommunications, 2004, cit., pág. 264.

⁸⁰ Cfr. F. Araújo, *Introdução à Economia*, cit., pág. 354. Porém, é necessário que se garanta que o monopolista não é ineficiente ao nível da oferta no segmento retalhista.

⁸¹ Estas margens não podem ser fixadas a um nível que incentivem duplicações de rede não eficientes por parte de novos concorrentes. Por outro lado, se os preços finais resultarem a um nível elevado, então fará sentido aprovar medidas de serviço universal em favor dos consumidores mais carenciados ou de promoção de extensão das redes em áreas de menor densidade.

Assim, entendemos que a relevância das redes para a criação do valor fundiário justifica a inserção na Lei do Solo de princípios gerais de tarifação, englobando a lógica da eficiência, mas igualmente a lógica da redistribuição – criação de fundos de compensação tarifária – tendo em vista a garantia da coesão nacional bem como a possibilidade de oneração de sujeitos ausentes que, usufruindo das redes instaladas durante um curto prazo de tempo, obrigam a um dimensionamento mais acentuado das mesmas, que inevitavelmente sobrecarrega os consumidores permanentes.

Existem, no entanto, casos em que o modelo tarifário eficiente não pode assentar numa perspectiva estrita de custo.

Em determinadas situações, dada a sua imaterialidade, não existem custos de construção nem existe depreciação ou amortização de investimentos. Assim, os critérios descritos no ponto anterior são insusceptíveis de aplicação a estes segmentos, não fazendo, por conseguinte, qualquer sentido posições que defendam a aplicação de um princípio de remuneração baseado na estrita “cobertura de custos”.

Estas são as situações da utilização privativa de segmentos de rede genericamente qualificados enquanto bens do domínio público, nomeadamente a utilização do subsolo.

Interessa, pois, qualificar as infra-estruturas em causa. Ora, tendo em consideração as características avançadas, parecem não restar muitas dúvidas que os segmentos em análise, apesar de pertencentes ao domínio público (e portanto serem públicos atendendo à sua titularidade) revestem uma natureza essencialmente privada, pois sendo escassos, são necessariamente de satisfação activa, divisíveis, de consumo exclusivo e emulativos (jardins, caminhos públicos, estradas, área de subsolo). De facto, todos os segmentos enunciados são finitos, limitados e susceptíveis de congestionamentos. *In fine*, constituem-se inequivocamente enquanto bens privados – na lógica dos recursos comuns - relativamente aos quais se aplicam as regras do mercado no sentido da determinação da remuneração da sua utilização.

No entanto, a solução não é tão simples como parece, atendendo à natureza própria dos bens em causa.

Atendendo às características próprias dos segmentos em presença, e não sendo possível recorrer a referenciais de custos, diversas aproximações são possíveis: i) o *pricing* Administrativo – que atende ao valor económico do bem, determinado administrativamente; ii) a utilização de mecanismos baseados no mercado – titularização, direitos negociáveis em sistema de leilão ou outros sistemas de negociação multilateral; iii) ou o *pricing* determinado em função da utilização do bem.

A primeira aproximação, baseada numa determinação administrativa do valor económico do bem, tem a vantagem de ser a mais simplificada. No entanto, tendo em consideração a dinâmica própria do mercado em causa, padece de uma insuficiência genética dada o seu aspecto essencialmente estático, logo não adaptável a rápidas oscilações no nível de utilização do bem.

Por seu lado, os mecanismos baseados no mercado não padecem das insuficiências genéticas até agora apontadas relativamente aos métodos administrativos de determinação do valor económico dos bens. No entanto, algumas questões relevantes não deverão ser desprezadas. Assim, existirão sempre custos económicos avultados na criação dos mercados de negociação, a liquidez necessária é dificilmente assegurada tendo em consideração o mercado em causa, e questões como a do método inicial de atribuição dos direitos e o seu correcto preço serão de muito difícil resolução, podendo uma solução errada distorcer toda uma estrutura de mercado, gerando ainda mais ineficiências, nomeadamente ao nível do acesso de novos operadores ao mercado em causa.

Nestes termos, parece restar a última aproximação baseada no valor de utilização do bem em causa que, como veremos, não é isenta de dificuldades.

Neste enquadramento, e na ausência de métodos alternativos (e.g., a titularização de direitos e a sua transacção eficiente em modelos coseanos), compete às entidades públicas a aplicação de tarifas que, não tendo qualquer relação com a óptica de cobertura de custos administrativos, deverão incidir sobre um referencial de utilidade, tendo em vista o fomento de uma utilização óptima de recursos.

Deverá ser imposto ao utilizador o mesmo encargo que resultaria de uma utilização normal de um bem privado. Tal significa que, para que as exterioridades positivas de rede possam ser interiorizadas, deverá garantir-se o exercício de um direito de propriedade exercido de forma racional, fomentando-se a sua utilização em moldes totalmente adequados ao bem-estar social. Tal facto obtém-se por via da emissão do título habilitativo de utilização – a licença ou autorização.

Assim, este tributo não é mais nem menos que uma normal taxa de utilização de bens do domínio público que visa um propósito de incremento de eficiência no mercado. Assim, e adoptando o modelo simplificado do custo marginal como referencial óptimo de determinação de preços em mercados plenamente concorrenciais, torna-se essencial, para efeitos de introdução de eficiência na utilização destes segmentos, a determinação de um valor que corresponda a uma materialização financeira de um elemento físico imaterial, *in casu*, uma unidade de mercado relevante.

Existirá, assim, uma dupla vinculação na opção do decisor de fixação do valor da unidade de mercado: (1) a relação efectiva do referencial do valor do bem com a Unidade de Mercado propriamente dita (assente no princípio da sinalagmaticidade qualitativa – contraprestação específica); e (2) a fixação eficiente do valor desse bem (assente no princípio da sinalagmaticidade quantitativa – na óptica da equivalência estrita).

Será, assim, essencial que o valor a fixar assegure a utilização óptima dos recursos disponíveis, não devendo promover qualquer distorção do mercado, quer em sede de criação de eventuais barreiras à entrada ou à saída,

quer no exercício da actividade por parte dos sujeitos económicos em concorrência (submissão a um princípio de igualdade não formal mas material).

Dada a inexistência de um referencial de custo, a forma de se proceder a uma fixação eficiente do valor da unidade de mercado deverá, então, ter em consideração a utilidade que, da fruição da mesma, resulta para o agente que a utiliza.

São irrefutáveis os ganhos económicos que resultam para um sujeito da utilização dos segmentos imateriais descritos. Por outro lado, estes são susceptíveis de medição tendo em consideração a análise do balanço de exploração dos utilizadores da unidade de mercado (por exemplo, e no caso da ocupação do subsolo, o metro cúbico de ocupação, fomentando-se a utilização de calhas técnicas partilhadas pelos gestores da infra-estrutura em rede).

Assim, e uma vez que não existem custos a remunerar pela disponibilização do segmento (a gestão é remunerada a título de taxa administrativa), torna-se necessário adoptar a perspectiva da utilidade e, neste âmbito, importa instituir um modelo que se adapte aos elementos da infra-estrutura em causa (*e.g.* frequência, exclusividade, largura de faixa, área de exclusão).

Neste quadro, a Lei do Solo deverá prever um normativo regulador básico que se constitua como o corpo de princípios aplicáveis à tributação tarifária pela construção e utilização de redes tendo em vista a concretização de modelos óptimos de ocupação espacial, tendo sempre subjacente um princípio de solidariedade e de coesão nacional.

III

LEI DO SOLO

VERTENTE REDISTRIBUTIVA

1. FORMAÇÃO DE VALOR DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIO

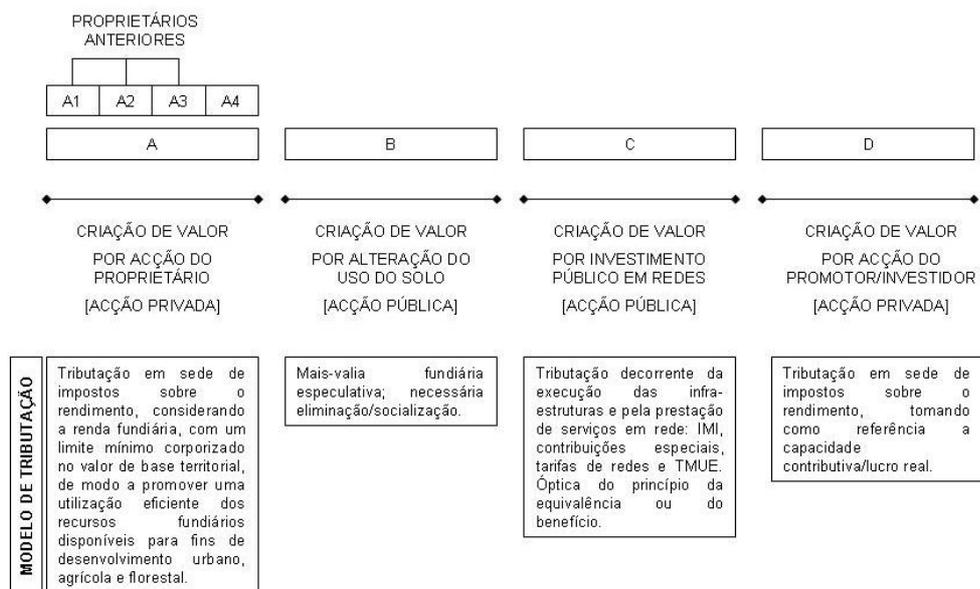
O plano da redistribuição deve ser entendido, para os efeitos de regulação fundiária, como um verdadeiro imperativo de eficiência e justiça. Neste quadro, e conforme demonstrámos no capítulo anterior, as limitações em sede de oferta fundiária e os efeitos das economias de densidade e das externalidades de rede nas infra-estruturas urbanas obrigam a uma permanente preocupação de redistribuição justa dos encargos contributivos por parte dos beneficiários das mesmas. Estamos, nesse caso, no plano da perequação de encargos.

Porém, e neste momento, iremos tratar de um outro plano redistributivo: o plano perequativo de benefícios, decorrente das opções de reclassificação do uso do solo. E, neste campo, importa analisar qual o impacto que uma simples decisão administrativa de transformação do uso do solo terá no processo de formação de valor da propriedade fundiária.

Efectivamente, quando se fala em processos patológicos especulativos ao nível do uso do solo, não se poderá englobar no seu âmbito os investimentos produtivos quer do lado privado quer do lado público, e que têm impacto significativo na valorização do mesmo. De facto, esses investimentos produtivos são pretendidos de forma que os padrões de desenvolvimento económico se acentuem bem como uma mais eficiente

utilização dos recursos. E, neste âmbito, o modelo tributário em vigor, poderá, com as adaptações já referidas nos capítulos anteriores abarcar de forma eficiente os ganhos valorativos em causa. Porém, existe um factor que ainda não se encontra suficientemente regulado pela legislação actualmente em vigor e que deve constituir uma prioridade da Lei do Solo: precisamente o factor valorativo que decorre pura e simplesmente da alteração do uso do solo, sem que daí haja decorrido qualquer esforço de investimento produtivo

Formação de Valor da Propriedade Fundiária



Esta valorização – identificada pelo factor B – corresponde à denominada fracção especulativa na criação do valor fundiário que resulta de uma simples decisão administrativa de reclassificação e é a grande responsável pela situação actual, quer ao nível da qualidade do desenvolvimento fundiário quer ao nível da justiça na atribuição dos ganhos decorrentes de processos de investimento.

Note-se, no entanto, que esta é uma questão universal. Em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos, a neutralização desta margem especulativa é considerada uma preocupação fundamental.

Tal fundamenta-se na intrínseca injustiça em que radica o problema e que se baseia no próprio processo de formação desta mais-valia. De facto, a mais-valia decorre directamente de um especial privilégio que o decisor urbanístico concede a um determinado proprietário fundiário de desenvolver um determinado empreendimento, proibindo os demais concorrentes potenciais de o fazer. Assim, um factor escasso – o solo – torna-se ainda mais escasso dada a sua nova qualidade – solo urbanizável – capitalizando o proprietário beneficiado toda a renda monopolista, que tem como colateral – e esta é a mais intensa injustiça – as limitações dos restantes em urbanizar, ou seja, em fornecer outras possibilidades de oferta de solo para o desenvolvimento urbanístico.

Nestes termos, e de uma perspectiva plurisubjectiva, poderá dizer-se que a mais-valia especulativa de um beneficiário por via de alteração do uso do solo para urbanização corresponde à soma das menos-valias geradas a todos outros potenciais fornecedores que viram o seu acesso ao mercado de oferta de solo urbanizável restringido por decisão administrativa.

Não se entenda por estas linhas que se coloca em causa as competências administrativas de urbanização. Pelo contrário, e conforme demonstrámos nos capítulos anteriores, compete às entidades públicas, pela própria configuração tipológica do mercado em causa, a definição dos modelos de organização espacial da cidade⁸². Porém, dessa definição não pode decorrer uma desigualdade ou um privilégio de poucos perante os demais.

⁸² Mesmo nos países mais liberais, por exemplo, nos Estados Unidos tal competência nunca foi colocada em causa (à excepção de Houston, mas aí refere-se a sua própria especialidade “*Houston is Houston*”).

Não será por acaso que o aforismo “*terra para quem a reclassifica*” tem vigorado em intenso fulgor nas últimas décadas.

Este problema é agravado no nosso país a partir do momento em que o valor da indemnização de expropriação é determinado em função da potencialidade de desenvolvimento e não do estado actual da propriedade fundiária. Neste quadro, não só é atribuída uma renda monopolista ao proprietário, como se premeia a expectativa imobilista e o não desenvolvimento de uma actividade económica que tem necessariamente uma margem de risco. E, numa perspectiva inter-geracional ou de sucessão de proprietários, só último proprietário é premiado pela valorização excepcional concedida pelo decisor público. As inconsistências e incongruências deste modelo são por demais evidentes.

Neste quadro, e uma vez que o problema de base se situa no cerne do direito do propriedade e da sua faculdade de edificar (*jus aedificandi*) torna-se importante efectuar uma análise do conteúdo compreensivo do mesmo.

2. NATUREZA JURÍDICA DO *JUS AEDIFICANDI* OU DO “DIREITO A EDIFICAR”

E, neste quadro, tendo em consideração a sua posição central no mercado urbanístico importa analisar qual a natureza jurídica do *jus aedificandi*.

Sustenta Rui Pinto Duarte, que “o *jus aedificandi* “*compreende não só a faculdade de construir, mas também as de levar a cabo os actos jurídicos e as operações materiais que possam ser necessárias à construção, v.g. o loteamento e a realização de infra-estruturas urbanísticas*”⁸³.

⁸³ Rui Pinto Duarte, “*Curso de Direitos Reais*”, Principia, Lisboa, 2002, pág. 70.

A doutrina está, no entanto, longe de ser unânime na sua qualificação. Pelo contrário, assistimos actualmente a uma acesa discussão quanto à natureza jurídica do *jus aedificandi*. Com posições extremadas a este respeito, pois enquanto que para uns o *jus aedificandi* constitui uma faculdade privada, inerente ao direito de propriedade privada do solo (tese privatista)⁸⁴, para os outros traduz um direito subjectivo público atribuído pela Administração Pública, não tendo, em consequência, qualquer natureza real (tese publicista).

Assim, a tese privatista – especialmente defendida na Alemanha - considera que o *jus aedificandi* tem uma natureza essencialmente privada, constituindo uma faculdade inerente ao direito de propriedade privada do solo. Nos termos desta posição, a “liberdade de construção” constitui uma emanção ou um produto do direito de propriedade do solo. Assim, o *jus aedificandi* não é conferido ou atribuído pelo plano urbanístico, tendo este unicamente por função conformar ou moldar o exercício desse direito⁸⁵. Assim, o plano urbanístico (*Flächennutzungsplan*) pode delimitar o direito de construir da propriedade, mas não define um estatuto urbanístico da propriedade.

⁸⁴ Defendida, entre nós, por Oliveira Ascensão “*O urbanismo e o direito de propriedade*”, in *Direito do Urbanismo*, INA, Oeiras, 1989, pág. 324 e seguintes; João Caupers, “*Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade*” in *Revista Jurídica do Ambiente e Urbanismo*, n.º 3, Junho de 1995, pág. 112; José Robin de Andrade, “*A revogação dos actos administrativo*”, 2.ª edição, Coimbra Editora, 1985, pág. 107; Diogo Freitas do Amaral, “*Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia*” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXII, 1991, págs. 99 a 101; Marcelo Rebelo de Sousa, “*Parecer sobre a Constitucionalidade das Normas Constantes do Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro*” in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente* n.º 1, Junho de 1994, págs. 144 e 145.

⁸⁵ Mesmo quando o plano urbanístico comprime totalmente a liberdade de construção ou edificação, os subscritores desta tese defendem que essa propriedade está ainda dotada dessa liberdade, ainda que em termos meramente potenciais (*virtuelle Grosse* – grandeza virtual).

No entanto, e como demonstra Fernando Alves Correia, não existe unanimidade no seio dos defensores desta doutrina. Assim, e citando este autor: *“é vulgar encontrar-se nos autores que defendem a liberdade de construção como uma faculdade compreendida no conteúdo essencial da propriedade privada garantida pela Constituição a distinção entre dois conceitos: de um lado, o conceito de liberdade de construção para efeitos de direito constitucional (verfassungsrechtlicher Begriff der Baufreiheit) e, do outro lado, o conceito de liberdade de construção para efeitos de direito urbanístico (baurechtlicher Begriff der Baufreiheit)”*.

Tal significa que a liberdade de construir, mesmo na doutrina privatista alemã, é tomada numa dupla perspectiva: (i) como faculdade inerente ao direito de utilização da propriedade privada, protegida constitucionalmente, sem que seja necessária uma garantia legal adicional; e (ii) como direito subjectivo público à obtenção de uma autorização de construção para projectos urbanísticos que sejam admissíveis pelo direito do plano.

E, de facto, o *jus aedificandi* parece ter uma dupla configuração. Numa perspectiva estrita, ou clássica, e tomando em consideração o artigo 1344.º do Código Civil, ao referir-se que a propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo e o subsolo correspondente à superfície, parece que se inclui o *jus aedificandi* no direito de propriedade. No entanto, como refere Rui Pinto Duarte⁸⁶, *“tal preceito (o artigo 1344.º do Código Civil) não pode ser interpretado isoladamente, tendo de ser coordenado com as demais normas, nomeadamente as urbanísticas. Dessa coordenação, cremos, resulta que não é possível uma resposta universal. Se o plano urbanístico condiciona o direito de propriedade, este também condiciona aquele”*⁸⁷.

⁸⁶ *Ob. cit.*,pág. 72.

⁸⁷ Importa, neste momento, relembrar as palavras de Menezes Cordeiro, *“as soluções concretas proporcionadas por Direitos Reais evoluem, por fim, em obediência a uma*

Poderemos, no entanto, e antes de tomar uma posição final sobre o assunto, concluir que um dos corolários necessários é de que não pode ocorrer uma compressão radical do *jus aedificandi* por via do plano urbanístico. O plano urbanístico não pode fazer tábua rasa das situações jurídicas que lhe pré-existem e, por outro lado, há certos conteúdos mínimos potenciais do direito de propriedade – também na vertente o *jus aedificandi* – que o plano urbanístico não pode lesar.

A doutrina que adopta a tese publicista⁸⁸ nega que o conceito jurídico-constitucional da propriedade inclua o “*poder de construir*”. Pelo contrário,

integração sistemática que transcende o tecido civil. Joga, nesse sentido, em primeiro lugar um conjunto extenso de normas de Direito público, especialmente vocacionado para intervir em certos domínios, como os da propriedade imobiliária. Quando se pretende indagar o regime concreto que informa as situações jurídicas reais, no campo imobiliário, apenas se obterá uma imagem desfocada e insuficiente se se limitar a pesquisa ao Código Civil. A faculdade de edificar em solo urbano, por exemplo, encontra-se hoje sujeita a uma multiplicidade de diplomas de natureza administrativa, camarária e fiscal (...). Esta confluência de regras públicas e mistas na determinação do conteúdo último dos direitos reais tem sido mesmo utilizada para explicitar o imobilismo aparente das fontes clássicas: as modificações a introduzir no seio dos direitos reais económica e socialmente mais sensíveis processam-se através de aditivos sediados no Direito administrativo, no Direito económico, no Direito agrário e no Direito do urbanismo. A manutenção, através de codificações diversas e de reformas civis variadas, da integridade do regime jurídico real, resulta, afinal, aparente: toda a matéria tem sido abundantemente mexida, ao sabor das necessidades do momento e dos ventos da história, graças à intermediação de outras disciplinas jurídicas. A verdadeira solução – e é nela, apenas que surge o Direito – compreende-se, afinal, em latitudes distantes das iniciais, e em permanente movimento” in “Evolução Juscientífica e Direitos Reais”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 45, I, Abril 1985, pág. 103 e 104.

⁸⁸ Fernando Alves Correia, “O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade”, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 348 e segs; Sérvulo Correia e Bacelar Gouveia, “Parecer”, publicado na obra colectiva “Direito do Ordenamento do Território e Constituição”, Associação Portuguesa de Promotores e Investidores Imobiliários, Lisboa, 1998, pág. 114; Mário Esteves de Oliveira, “O direito de propriedade e o *jus aedificandi* no direito português” in Revista

esta doutrina defende que a faculdade de construção é uma concessão adicional de natureza pública, que resulta do sistema de atribuição (*Zuteilungssystem*) do plano urbanístico. Como refere Fernando Alves Correia⁸⁹, com base na imensa doutrina aí citada, “*a faculdade de construção não deve ser entendida como um direito subjectivo privado imanente à propriedade do solo, mas antes como um direito subjectivo público concedido pelo acto de plano*”.

Ora, atendendo aos argumentos avançados, somos da opinião que o *jus aedificandi*, enquanto direito de construção e edificação, se constitui como uma faculdade inerente ao direito de propriedade, inserindo-se no âmbito conceptual do seu “uso e fruição”.

Entendemos, portanto, que o *jus aedificandi* é uma componente do direito de propriedade. Nas palavras de Oliveira Ascensão⁹⁰, “*o direito de construir é um atributo natural da propriedade imóvel*”. Porém, é condicionado pelo poder de urbanizar.

Tendo, no entanto, em consideração as tarefas e incumbências prioritárias do Estado, o direito de construção e edificação deverá ser regulado no sentido do ordenamento eficiente do território. A configuração do direito de propriedade é condicionada por razões de interesse público, respeitando o princípio da eficiência, e permanentemente escrutinadas pelo princípio da igualdade entre os cidadãos.

Jurídica do Ambiente e Urbanismo, n.º 3, Junho de 1995, pág. 161; Rui Manchete, “*Constitucionalidade do regime de caducidade previsto no Decreto-Lei n.º 351/93, de 7 de Outubro (Parecer)*”, in *Revista Jurídica do Ambiente e Urbanismo*, n.º 3, Junho de 1995, pág. 241 e segs.

⁸⁹ Fernando Alves Correia, “*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*”, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 360 e segs.

⁹⁰ José de Oliveira Ascensão, “*O Urbanismo e o Direito de Propriedade*” in *Direito do Urbanismo*, coord. Freitas do Amaral, Lisboa, INA, 1989, págs. 319.

Importa referir que no ordenamento francês, o ponto de partida do assim denominado “estatuto urbanístico” da propriedade do solo – instituto jurídico inexistente neste ordenamento – resulta da afirmação constante do Código de Urbanismo: “*o direito o construir encontra-se vinculado pela propriedade do solo*”. Trata-se de um ponto de partida civilista ao qual se sobrepõe limitações administrativas, uma vez que, tal como resulta do acima referido preceito, o direito exerce-se com respeito pelas disposições legislativas e regulamentares relativas à utilização do solo. Configura-se, assim, como um estatuto misto: a uma base civil sobrepõe-se uma função reguladora administrativa.

Compete ao plano urbanístico desenvolver essa função de regulação administrativa, económica e urbanística do direito de propriedade.

A própria doutrina privatista admite esta vertente quando efectua a já referida distinção entre o conceito de liberdade de construção para efeitos de direito constitucional (*verfassungsrechtlicher Begriff der Baufreiheit*) e o conceito de liberdade de construção para efeitos de direito urbanístico (*baurechtlicher Begriff der Baufreiheit*)”.

Entendemos, portanto, que o direito a edificar decorre directamente do direito da propriedade; esse direito a edificar, que no limite permite a auto-edificação, ou seja a construção individual para proveito próprio, é, no entanto, conformado pela função pública de urbanização, ou seja, de organização eficiente do território que, atenta a sua configuração plurisubjectiva, não pode ser exercida numa óptica estritamente individualista.

Obtemos, portanto, uma situação jurídica complexa: i) *o direito a edificar*, que se baseia num estrito direito subjectivo individual, e que fundamenta no limite a auto-construção, de iniciativa privada; ii) *o direito a urbanizar*, que consistindo numa arbitragem colectiva dos interesses em presença vigora naturalmente sobre o primeiro, ou seja, decorre essencialmente de uma iniciativa pública.

Assim, e na perspectiva que nos interessa, o direito a urbanizar – enquanto acto de criação de cidade – depende integralmente do plano urbanístico. A compressão do direito de propriedade pelo plano urbanístico só pode ser considerada como obnubilando o direito que esse proprietário teria à auto-edificação.

Porém, independentemente desta conclusão, as questões de redistribuição não se encontram ainda resolvidas dado que é esse direito a urbanizar – concedido por acto público – que concede a renda monopolista de desenvolvimento ao proprietário beneficiado.

Em termos económicos, o problema está bem identificado: a concessão de uma mais valia por via de uma protecção monopolista a um agente e a limitação colateral dos demais na possibilidade de oferta de solo concorrente para desenvolvimento. E, neste quadro, é necessária uma alteração fundamental, independente do modelo de eliminação/captura desta renda monopolista artificial, no que diz respeito à *definição do valor de expropriação: a necessidade imperativa de alteração dos modelos de avaliação*.

É de primordial importância a alteração do modelo de indemnização por expropriação para desenvolvimento fundiário⁹¹, para o estabelecimento de uma obrigação de edificar ou reabilitar ou para a imposição do regime florestal (ou outra exploração económica)⁹², à semelhança do que foi efectuado pela Lei do Solo espanhola. De facto, no n.º 1 do artigo 21.º da *Ley de Suelo* (8/2007), estabelece-se que como princípio geral a avaliação deve assentar no conceito de pleno domínio de propriedade – o *jus aedificandi* tal como foi defendido nos parágrafos anteriores – considerado em si mesmo e expurgado de potenciais direitos ou encargos que expandem ou limitam o cerne da propriedade e que, nestes termos, se confunde com o próprio valor

⁹¹ Sobre este assunto cfr. Sidónio Pardal e Carlos Lobo, *Património Imobiliário, Referências para a Avaliação*, Almedina, 2010, no prelo.

⁹² Pressupondo-se, claro está, um mercado de arrendamento eficiente.

singelo do solo. O n.º 2 contém uma orientação fundamental e que tem necessariamente de ser transposta para o direito português: o solo será avaliado pelo seu valor real e não por expectativas baseadas num futuro incerto não decorrentes do esforço de investimento do seu titular. Assim, se um prédio de situar em terreno rural ele deverá ser avaliado tendo em consideração a sua renda de uso, na óptica do maior e melhor uso; por sua vez, se for um prédio em ruínas, a avaliação deverá assentar no seu valor actual e não na sua capacidade edificatória potencial que, só poderá ser alcançada por via de investimento significativo – e essa margem de lucro tem necessariamente de ser cometida ao promotor investidor e não ao proprietário expectante.

3. MODELOS DE GESTÃO DA MAIS-VALIA POR RECLASSIFICAÇÃO DO USO DO SOLO

As preocupações redistributivas foram focadas no capítulo anterior dedicado à produção de utilidades já que, numa óptica de justiça, nunca se poderá entender uma função prestativa pública sem uma necessária preocupação redistributiva. Pelo exposto, e num quadro dogmático, eficiência pressupõe justiça e justiça pressupõe eficiência. O desafio para as autoridades públicas passa precisamente pela concretização simultânea dos dois mandamentos fundamentais.

Trataremos, no presente capítulo, da redistribuição específica das mais-valias fundiárias puras, decorrentes da simples alteração da classificação do uso do solo.

i) Modelo de Iniciativa Pública – Eliminação da Mais-Valia

Numa vertente redistributiva, a lei deverá conter as metodologias necessárias, ao nível do regime de solos, para a realização das necessárias composições de restrições e benefícios, sendo que as limitações ao *jus aedificandi* particular – inerente ao seu direito de propriedade - assentes em razões de relevante interesse público, necessariamente proporcionais e dependentes da salvaguarda do princípio da igualdade propiciam naturais ganhos excedentários a quem não é alvo dessa limitação: uma compensação – directa ou indirecta – é, portanto necessária.

Estas questões de compensação intersubjectiva seriam evidentemente ultrapassadas se a actividade de urbanização assentasse integralmente na iniciativa pública.

Em muitos ordenamentos jurídicos, a função de urbanização é cometida tradicionalmente às entidades públicas. É assim na Holanda, na Alemanha e nos Estados Unidos. Também era assim em Portugal até 1965, quando a legislação abriu a possibilidade de desenvolvimento da actividade privada de loteamento.

Foi neste modelo que foram desenvolvidas as Avenidas Novas, o Bairro de Alvalade, entre outros. Neste sistema, as entidades públicas adquirem o solo em qualidade rústica (em leilões, por aquisição directa, ou por expropriação) efectuem os investimentos em infra-estruturas e alienam-nos, por hasta pública, a promotores interessados.

Por exemplo, na Holanda, o desenvolvimento da acção de urbanização é essencialmente pública. São as entidades municipais que, por via de uma agência especial para o desenvolvimento urbano (*Grondbedrijf*) se responsabilizam pelo desenvolvimento integral da área. Assim, adquirem o solo (no limite por via de uma expropriação ao valor actual de utilização) e preparam a edificação que é deixada à iniciativa privada.

O mesmo acontece, por diversas formas, na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Por exemplo, o desenvolvimento de Berlim

assenta neste pressuposto de acção, sendo o custo do m² para construção inferior ao custo médio de Lisboa em cerca de 50%.

A vantagem deste modelo assenta na possibilidade de desenvolvimento da iniciativa pública directa, e na eliminação da renda monopolista por acção directa. Embora seja um modelo que a Lei do Solo poderá – e deverá – propiciar após a alteração das normas de avaliação, tem os riscos naturais decorrentes do estabelecimento de um acção pública autoritária, semelhantes aos que existem no caso de detenção directa de infra-estruturas por parte do Estado⁹³.

ii) Modelo de Iniciativa Privada com Mitigação da Mais Valia

A Lei do Solo poderá igualmente propiciar a limitação do poder de monopólio decorrente da outorga do direito de urbanizar por via da constituição de reservas para urbanização.

Estando o problema de base situado ao nível da geração de uma renda monopolista por acção da entidade pública, torna-se importante minorar essa vantagem excepcional aumentando-se a oferta disponível. E, neste enquadramento seria importante que a legislação urbanística que baseia os planos alterasse a sua metodologia de disponibilização de solo para urbanizar. Assim, e em vez que determinar categoricamente os espaços de urbanização, poderia criar bolsas susceptíveis de urbanização – sem direitos constituídos - que os promotores poderão adquirir para o desenvolvimento de empreendimentos.

Neste quadro, não existiria um só proprietário beneficiado, mas diversos, que não tendo direitos efectivamente constituídos só poderiam ver a sua pretensão de urbanizar constituída no caso do desenvolvimento efectivo da acção de investimento. Neste caso, a função urbanística não funcionaria de

⁹³ Cfr. Carlos Lobo, *Sectores em Rede...*, cit.

modo determinístico estrito mas operaria pela criação de uma oferta múltipla e variada a que os promotores e investidores poderiam recorrer. Os direitos de urbanização não estariam minimamente consolidados, só se tornando efectivos no momento da decisão de realização efectiva do desenvolvimento. Neste quadro, a mais-valia por reclassificação do solo seria mitigada dado o aumento da oferta de solo disponível para urbanização. E, numa lógica de justiça, todos os proprietários teriam a possibilidade de alcançar num jogo claro e transparente de licitação com o promotor.

iii) Modelos de Iniciativa Privada com Socialização da Mais Valia de Reclassificação

Como se referiu no ponto anterior, a faculdade de construir e de edificar é inerente ao direito de propriedade privada. O plano administrativo condiciona, no entanto, essa esfera de liberdade privada, tendo em vista um eficiente ordenamento do território. Assim, a maioria dos ordenamentos jurídicos avançados contempla o direito a indemnização por privação formal ou material do direito a construir, bem como por imposição de limitações irrazoáveis.

Ora, esta é o primeiro campo de acção para uma futura Lei do Solo. Esta indemnização não pode assentar nas capacidades potenciais do solo em causa, antes devendo incorporar o valor da utilização presente do mesmo solo. Ao estabelecer-se o referencial na vocação potencial do solo está a promover-se o imobilismo e a especulação por antecipação, encarecendo-se artificialmente o solo para desenvolvimento⁹⁴.

⁹⁴ A Ley de Suelo espanhola de 2007 aponta claramente o valor actual e não para o valor potencial. Cfr. Josep Cladera, “*Ser o devenir? La valoración del suelo en la Ley 8/2007*”, in *Ciudad y Territorio*, XXIX, (152-153), 2007, págs. 419. Assim, na exposição de motivos da

As opções públicas de ordenamento territorial, que se traduzem no poder de urbanizar devem, no entanto, ser justificadas e proporcionadas, salvaguardando-se as posições relativas entre proprietários, o que implica o necessário desencadeamento de mecanismos perequativos de compensação.

Esta é uma lógica comutativa que decorre directamente da Constituição da República Portuguesa e que terá de ser transposta necessariamente para todos os níveis da decisão urbanística.

A perequação de benefícios em planos urbanísticos constitui um mandamento fundamental decorrente do princípio constitucional da igualdade.

Na nossa legislação actual, encontramos como técnicas perequativas de benefícios:

- as transferências no seio das associações de proprietários (compensações em espécie previstas nos artigos 119.º a 124.º do Decreto-Lei n.º 380/99) – *método cooperativo*;
- as cedências de terreno para construção por parte do município (compensações em espécie previstas nos n.º 5 e 6 do artigo 138.º do Decreto-Lei n.º 380/99) – *método impositivo em espécie*;
- as transferências de índices entre proprietários (compensações em numerário previstas no artigo 140.º do Decreto-Lei n.º 380/99) – *método negocial*;
- os descontos em taxas municipais ou as compensações pecuniárias directas atribuídas pelo município; *compensações em numerário*.

Ley refere-se explicitamente: “*Debe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto*”.

Assim, a perequação de benefícios não deverá assumir qualquer veste de privilégio ou benesse antes se constituindo como um direito fundamental dos cidadãos directamente baseado no princípio constitucional da igualdade económica.

Actualmente, a Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo) é taxativa a este respeito quando no n.º 1 do seu artigo 18.º refere que “*os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares devem prever mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes, nos termos a estabelecer na lei*”. Por sua vez, no seu n.º 2, estabelece que “*existe dever de indemnizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos os particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos do número anterior*”.

Nesta perspectiva, os proprietários que, nos termos do Plano, foram premiados com um direito edificatório superior à média prevista no plano deveriam compensar os proprietários que suportam um direito edificatório inferior à média, na medida da diferença.

O município deverá aparecer, nestas operações, como um mero mediador, já que a operação de compensação poderia ser efectuada nos termos de uma negociação estritamente particular.

Não existe qualquer dúvida a este respeito. Os sujeitos com capacidades edificatórias inferiores à média devem ser compensados por esse facto; os sujeitos com capacidades edificatórias superiores à média devem compensar os relativamente prejudicados. Estes mecanismos devem ser exercidos numa óptica intra-plano, no modelo que for mais adequado para o caso concreto.

iii-a) Mecanismos de socialização da Mais Valia de Reclassificação por via da criação de mercados secundários

Um outro modelo potencial traduz-se na negociação coasiana de direitos titulados. Por exemplo, o sistema norte-americano assenta nos denominados “*tradable development rights (TDR)*”⁹⁵. Conforme refere Timothy J. Lawrence⁹⁶ “*transfer of development rights refers to a method for protecting land by transferring the "rights to develop" from one area and giving them to another. What is actually occurring is a consensus to place conservation easements on property in agricultural areas while allowing for an increase in development densities or "bonuses" in other areas that are being developed. The costs of purchasing the easements are recovered from the developers who receive the building bonus*”.

Segundo o mesmo autor “*the concept of TDRs provides for financial compensation to property owners while society imposes land-use regulations to control growth and development. This approach involves severing the right to develop an area that the public wishes to preserve in low density or open space and transferring those rights to another site where higher than normal density would be tolerated and desirable. The development right is*

⁹⁵ Cfr. Jeremy V. Criss, “*Farmland Preservation Programs in Montgomery County*”, Maryland, Department of Economic Development: Rockville, MD, 1997; Tom Daniels e Deborah Bowers “*Holding Our Ground: Protecting American Farms and Farmland*.” Island Press: Washington, D.C, 1997; Franklin J. James e Dennis E. Gale “*Zoning For Sale: A Critical Analysis of Transfer Development Rights Programs*.” Urban Institute, Land Use Series, Washington, D.C., 1997; Rutherford H. Platt, “*Land Use and Society: Geography, Law, and Public Policy*” Island Press, Washington, D.C. 1996, Joseph D. Stinson, “*Transferring Development Rights: Purpose, Problems, and Prospects in New York*” Pace Law Review, 17. 1996.

⁹⁶ Timothy J. Lawrence “*Transfer of Development Rights*”, CDFS-1264-98, Land Use Series, Ohio University, 2003.

independent of land ownership. The development right becomes a separate article of private property and can be shifted from one area to another and can have economic value”.

A experiência francesa não é muito distinta da norte-americana, assentando no conceito de “coeficiente de ocupação do solo” –C.O.S.”⁹⁷.

⁹⁷ Nos termos do *Code de l’Urbanisme*, o C.O.S, pode ser transferido quando o plano de ordenamento (P.O.S) o prever (art.º 15 *du règlement de zone*).

Assim, a transferência de C.O.S, no direito francês é possível em duas hipóteses.

A primeira aplica-se em certas zonas naturais do P.O.S, designadamente nas zonas ND: *“dans les zones à protéger en raison de la qualité des paysages ... les POS peuvent déterminer les conditions dans lesquelles les possibilités de construction résultant du COS fixé pour l’ensemble de la zone pourront être transférés en vue de favoriser un regroupement des constructions sur d’autres terrains situés dans un ou plusieurs secteurs de la même zone”* (C.Urb L. 123-2). O P.O.S pode, de facto, fixar um C.O.S aplicável ao conjunto da zona, mas só autorizar a realização de construções em algum ou alguns sectores previamente delimitados. Os proprietários cujos terrenos sejam insusceptíveis de construção podem ceder as possibilidades potenciais de construir oferecidas pelo C.O.S aos proprietários dos terrenos que são edificáveis. Quando for aplicado este mecanismo, o terreno cujo C.O.S tiver sido totalmente transferido fica onerado com uma “servidão *non edificandi*”. Como refere Fernando Alves Correia, “*uma condição importante para a aplicação prática deste sistema é que o C.O.S fixado para o conjunto da zona seja tão baixo que os proprietários dos terrenos situados em sectores edificáveis sejam estimulados a adquirir o potencial de construção inutilizável pertencente a outros proprietários da zona*” (Cfr. “*O Plano...*”, cit., págs. 613 e 614). A segunda hipótese tem o seu âmbito de aplicação nas zonas urbanas (zonas U). Assim, nos termos do artigo L-332.1 do *Code de l’ Urbanisme*, “*lorsque le dépassement de COS est autorisé en raison de prescription d’urbanisme et d’architecture, le constructeur est exonéré de la participation pour dépassement si les propriétaires voisins acceptent de lui transférer des possibilités de construire au moins équivalentes*”. Nestas condições, quando a ultrapassagem do C.O.S for autorizada em razão das prescrições de urbanismo e arquitectura, o construtor fica isento do pagamento da contrapartida financeira habitual – a “*participation pour dépassement de C.O.S.*” ou “*participation pour surdensité*”.

Quer os TDR's quer os C.O.S visam a prossecução de finalidades perequativas, essenciais para a manutenção dos padrões de igualdade intra-subjectiva numa óptica intra-plano.

Estes modelos perequativos podem ser admitidos na Lei do Solo quando estejam em causa áreas com uma elevada dimensão e com diversos vínculos situacionais. Efectivamente, estes modelos de transacção alargada permitem a compensação mútua de todos os proprietários abrangidos pelo plano, obrigando o "beneficiado" pela opção de desenvolvimento a adquirir os direitos aos não beneficiados, que, pela sua venda, seriam compensados.

As dificuldades deste modelo são as usuais nos sistemas com esta configuração, nomeadamente a criação de liquidez suficiente para que o mercado efectivamente funcione.

iii-b) Mecanismos de Socialização da Mais Valia de Reclassificação por via Compensatória

Numa primeira configuração, o imperativo da compensação encontra-se previsto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 448/91.

O n.º 1 desse preceito refere que "*o proprietário e os demais titulares de direitos reais sobre o prédio a lotear cedem gratuitamente à câmara municipal parcelas de terreno para espaços verdes públicos e de utilização colectiva, infra-estruturas, designadamente arruamentos viários e pedonais, e equipamentos públicos, que, de acordo com a operação de loteamento, devam integrar o domínio público*".

Estas cedências territoriais são, no entanto, condicionadas à prossecução do interesse público, tendo o cedente direito de reversão sobre as parcelas cedidas sempre que haja desvio de utilização, e medidas numa óptica estritamente objectiva: o índice médio de utilização ou de edificação, que, em geral, é determinado pela Portaria n.º 1182/92, de 22 de Dezembro.

Este quadro é bastante limitado e carece de desenvolvimento. Assim, poderá antever-se na Lei do Solo um modelo de cedência padrão de capacidade edificatória para a entidade municipal tendo em vista a realização de uma regulação de preços ao nível da oferta, na óptica da socialização de mais-valias fundiárias. Neste quadro, seria permitido ao município a constituição de uma Bolsa Fundiária, constituída pelos lotes cedidos pelo promotor, direccionada para o arrendamento a preços regulados o que permitirá, de forma indirecta, a regulação dos preços no mercado.

Este modelo de arrendamento público é bastante comum nos países desenvolvidos (Reino Unido, Estados Unidos, França e Alemanha) sendo essencial para a correcção dos preços nos mercados imobiliários.

iii-c) Mecanismos de Socialização da Mais Valia de Reclassificação por via Tributária

No n.º 5 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 448/91 estabelece-se que: *“se o prédio a lotear já estiver servido pelas infra-estruturas (necessárias), ou não se justificar a localização de qualquer equipamento público no dito prédio, não há lugar a cedências para esses fins, ficando, no entanto, o proprietário obrigado a pagar à câmara municipal uma compensação em numerário ou em espécie, nos termos definidos em regulamento aprovado pela assembleia municipal”*.

Este preceito tem uma natureza distinta. Não tem como finalidade o exercício de uma “expropriação” tendo em vista a construção de infra-estruturas de interesse público, mas sim obter do proprietário um determinado montante pecuniário devido ao facto da sua capacidade edificatória (*jus aedificandi*) ser superior à média determinada no Plano.

Este modelo de tributação foi adoptado pela legislação nacional posterior a 1965, e depois abandonado, dando-se origem a um verdadeiro paraíso fiscal a este propósito. Ora, este modelo tem necessariamente de ser

aperfeiçoado. Face ao actual enquadramento legal e constitucional regulador da actividade urbanística vigente no nosso País a “Compensação Urbanística”⁹⁸ prevista no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, e calculada através dos parâmetros fixados na Portaria n.º 1182/92, de 22 de Dezembro, deverá ser reparametrizada, configurando-se como um instrumento perequativo de mediação municipal, que se corporiza pela exigência de um montante pecuniário ao proprietário que detenha uma capacidade edificatória superior ao índice médio de construção, montante esse que deverá necessariamente ser canalizado para finalidades urbanísticas relevantes: o investimento em reabilitação urbana ou a constituição de Bolsas Fundiárias, ou, em caso diverso, para a construção de infra-estruturas que

⁹⁸ A doutrina já se pronunciou sobre a natureza jurídica da “Taxa de Compensação”. Para Casalta Nabais estas compensações têm a mesma natureza das taxas por realização de infra-estruturas urbanísticas, visando exigir contrapartidas pelas despesas urbanísticas realizadas pelo município (Casalta Nabais, “*Fiscalidade do Urbanismo*”, in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, Almedina, 2002, pág. 55) e, em consequência, a sua verdadeira natureza terá de ser encontrada caso a caso, através da realização de testes de proporcionalidade. Por sua vez, Benjamim Rodrigues afirma que, quer a obrigação de urbanizar nos loteamentos, quer a obrigação de realização de cedências, não são susceptíveis de qualificação tributária, sendo antes condicionantes administrativas estabelecidas no processo de urbanização (Benjamim Rodrigues, “*Para uma Reforma do Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo em Portugal*”, in *O Sistema Financeiro e Fiscal do Urbanismo*, cit., pág. 195). Quanto a nós, e ao contrário do que outros autores entendem, consideramos que as posições adoptadas não são antagónicas. Diferenciam-se, unicamente, no ponto de partida. Enquanto que Benjamim Rodrigues adopta uma perspectiva que parte do fundamento perequativo da compensação, Casalta Nabais ultrapassa imediatamente essa concepção uma vez que não existe qualquer consignação prevista na lei, qualificando a figura da “compensação urbanística” enquanto receita tributária *tout court*. Ora, inexistindo qualquer mecanismo de transferência perequativa previsto na legislação aplicável, a “Taxa de Compensação” deverá ser qualificada necessariamente como uma receita pública coactiva de natureza eminentemente tributária.

beneficiem todos os proprietários e que não possam ser cobradas por outra via (v.g. vias estruturantes).

Porém, esta cedência nunca poderá ser considerada como revestindo uma natureza estritamente tributária dado que assenta em razões perequativas, decorrendo a sua legitimidade da aplicação directa do princípio da igualdade constitucional.

Actualmente, o sistema jurídico encontra-se, portanto, numa encruzilhada quando as compensações urbanísticas são transformadas em compensações monetárias. A compensação pecuniária suportada deveria ter, como demonstrámos, uma finalidade perequativa. No entanto, a lei não prevê os modelos de aplicação dos montantes revertidos.

Se não existir qualquer previsão de compensação, o montante suportado, supostamente a título de “compensação”, é canalizado para a satisfação das necessidades gerais de financiamento do município, sem que exista qualquer contraprestação que possibilite o estabelecimento de uma relação jurídica de equivalência.

A sua configuração seria, pois, estritamente unilateral, não sendo exigível qualquer contra-prestação (presente, futura, sincrónica ou diacrónica) susceptível de ser desenvolvida por parte da entidade pública. Note-se que nem sequer se pode afirmar que tal montante é exigido a título de levantamento de uma proibição (a detenção de um direito de edificação superior à média), pois essa restrição à edificação não pode ser concebida quer em termos legais ou constitucionais, uma vez que não existe qualquer motivo de relevante interesse público para tal (a necessidade de construção da infra-estrutura pública).

De facto, a única razão que o ordenamento jurídico suporta para exigir o pagamento da referida compensação, é a compensação dos mais desfavorecidos pelas opções urbanísticas ou a sua aplicação em institutos correctores das incapacidades do mercado fundiário. Essa compensação tem

de ser directa, imediata e efectiva. Caso contrário, o fundamento perequativo que justifica esta exigência fica irremediavelmente afectado.

No ordenamento jurídico nacional as compensações urbanísticas devem, assim, ser reconfiguradas como métodos perequativos visando a manutenção dos padrões de igualdade entre os sujeitos abrangidos por um mesmo plano urbanístico. Neste âmbito, não deverão ser consideradas como revestindo a natureza jurídica de tributo já que não está em causa qualquer fruição de utilidades públicas susceptíveis de justificar a ocorrência de uma qualquer relação de sinalagmaticidade qualitativa (equivalência jurídica) ou quantitativa (equivalência económica)⁹⁹. Nesse âmbito, as importâncias exigidas aos particulares a este título deverão revestir a natureza jurídica de meras “compensações” visando colmatar os benefícios de uma edificabilidade concreta superior ao índice de edificabilidade média previsto num determinado plano urbanístico.

⁹⁹ Mesmo no Reino Unido existe um embrião indirecto deste modelo de compensação. Neste país, encontra-se em discussão a implementação de uma contribuição denominada “*Planning-Gain Supplement*”. O *Planning Gain Supplement* destina-se a captar uma pequena parcela da valorização do terreno que ocorre quando é concedida uma licença de construção, a fim de financiar novas infra-estruturas. Trata-se, portanto, de um contributo gerado pela valorização operada através da concessão de uma licença de construção destinado ao financiamento de novas infra-estruturas em benefício de todos. Contudo, ao contrário do que se verifica no sistema português, a construção das referidas infra-estruturas não terá que ser certo. O “*betterment tax*”, por sua vez, dá enfoque à valorização imobiliária originada pela realização de uma obra pública, baseando-se, assim, num princípio da equidade, com vista a evitar o enriquecimento ilícito dos proprietários. Este sistema rege-se por um ideal de justiça segundo o qual devem ser os directamente beneficiados pela valorização imobiliária, decorrente de uma obra pública financiada pela colectividade (por todos os contribuintes), a pagar pela mais-valia que se incrementou nos seus imóveis, de forma a compensar os menos beneficiados. Apesar de se confundir, no Reino Unido, os custos de produção com os ganhos por reclassificação, a verdade é que o germen da redistribuição encontra-se presente nestes modelos de compensação.

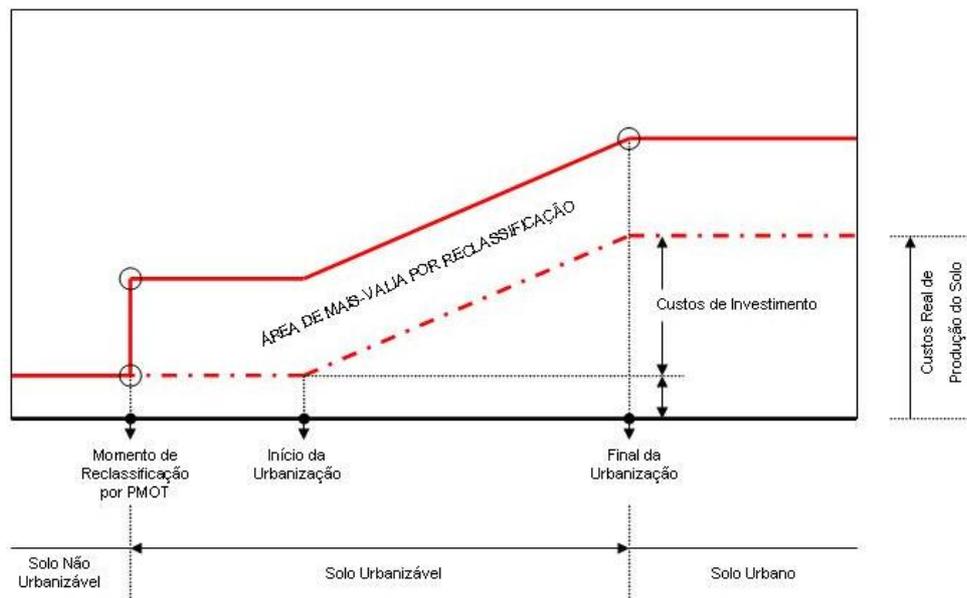
Em conclusão, de acordo com o princípio da igualdade intra-planos (estabelecido quer na legislação ordinária quer na Constituição), os montantes exigidos aos particulares (que pretendam desenvolver uma operação de loteamento) a título de compensação urbanística deverão respeitar dois requisitos essenciais:

- Quanto ao cálculo do montante a compensar, tal deverá ser fixado especificamente no PMOT aplicável devendo o “sujeito passivo” deverá compensar unicamente num montante equivalente ao valor pecuniário da mais-valia decorrente do seu direito concreto em construir ser superior ao índice médio de construção na área espacial do plano urbanístico;
- O montante sustentado pelo particular a título de “compensação” deverá ser necessariamente canalizado para finalidades de correcção do mercado fundiário: investimento em reabilitação urbana, constituição de Bolsa Fundiária ou construção de utilidades que beneficiem a integralidade dos munícipes.
- A “taxa” da compensação deverá ser fixada perante o caso concreto, atento o juízo de prognose que a entidade pública desenvolva sobre o valor da mais-valia de

reclassificação a realizar. Este modelo de liquidação deverá ser procedimentalizado pela Lei do Solo considerando-se o primado da simplicidade e da transparência.

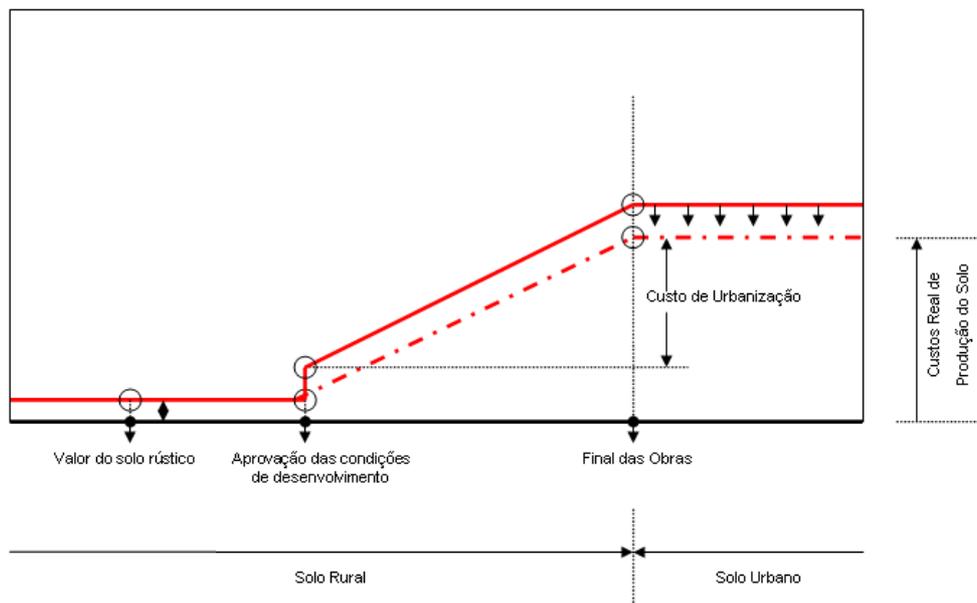
4. CONCLUSÃO – REFLEXOS AO NÍVEL DO PREÇO DO SOLO

Existem, portanto, três modelos susceptíveis de desenvolvimento a este respeito, dependendo a sua operacionalização das condições concretas do mercado. Porém, os seus efeitos ao nível do preço do solo para investimento não são neutros. Se eliminarmos a mais-valia, o preço do solo para desenvolvimento será mais barato, havendo uma maior apetência para a construção de qualidade a um menor custo de aquisição; se a mitigarmos reduziremos o preço. Porém, se a socializarmos ou a tributarmos, ela manter-se-á incorporada no valor do solo para desenvolvimento.



A opção pela socialização da mais valia não a eliminará, sendo unicamente recuperada – socializada – para o sector público, *in casu*, o sector

público municipal. A redução do preço do solo¹⁰⁰ só ocorrerá por via da oferta pública de imóveis a preços regulados provenientes das Bolsas Fundiárias a constituir, por via da aquisição directa pelos municípios ou por via das compensações em espécie.



Por sua vez, os modelos de mitigação das mais-valias de reclassificação operam imediatamente por via do aumento da oferta de solo potencialmente urbanizável, o que possibilita uma redução significativa da renda monopolista susceptível de apropriação pelos proprietários.

Finalmente, os modelos de desenvolvimento público eliminam naturalmente a mais-valias de reclassificação no caso da aquisição ser efectuada tomando em consideração do valor actual do solo.

Consideramos que a Lei do Solo deverá conter, no seu âmbito, todas estas possibilidades de “perequação” de benefícios, que os organismos gestores – os municípios – poderão utilizar de acordo com as circunstâncias

¹⁰⁰ Para uma análise dos efeitos da nova Ley de Suelo, cfr. Gerardo Fernández, “*El régimen de valoraciones en la nueva Ley de Suelo*”, in *Ciudad y Territorio*, cit., págs. 401 e segs,

concretas do mercado em causa. Essencial é que ocorra uma procedimentalização de todo o processo, tendo em vista a eliminação de informação assimétrica propiciadora de apropriação de rendas monopolistas totalmente desadequadas e injustas.