



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Contratos urbanísticos no direito português: A análise da aplicação do princípio da concorrência consagrado na Diretiva da União Europeia 2014/24/UE aos contratos de execução e aos contratos para planeamento

Urban contracts in Portuguese Law: Examining the application of the principle of competition enshrined in European Union Directive 2014/24/EU for contracts of execution and contracts for planning

Olavo Sachetim Barboza

Resumo: O presente artigo analisa a aplicação do princípio da concorrência aos contratos urbanísticos, sejam os contratos de execução de planos, sejam os contratos para planeamento. Para isso, leva em consideração pontos como a garantia de participação, a relação entre Administração e suas empresas, a relação entre o Poder Público e os particulares, o valor do contrato, dentre outros.

Palavras-chave: concorrência; contrato urbanístico; execução; planeamento; fungibilidade de interessados; contratação *in house*.

Abstract: The present article analyses the application of the competition principle to urban contracts, whether they are contracts for the execution of plans or contracts for planning. Thus, certain points will be highlighted, such as the guarantee of participation, the relationship between the Administration and its companies, the relationship between the Public Authorities and individuals and the value of the contract.

Keywords: competition; urban contract; execution; planning; fungibility of interested; hiring/ business in house.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p364-391>

Artigo submetido em: janeiro de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

CONTRATOS URBANÍSTICOS NO DIREITO PORTUGUÊS – A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA CONSAGRADO NA DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA 2014/24/UE AOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO E AOS CONTRATOS PARA PLANEAMENTO

*Olavo Sachetim BARBOZA**

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Definição de Contrato Urbanístico; 3 – O artigo 65, nº 4º e 5º, da Constituição da República portuguesa e a participação dos agentes privados na perseguição do bem público; 4 – Contratos de execução de planos urbanísticos e contratos para planeamento; 5 – Da aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos de execução de planos urbanísticos; 6 – Da aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos para planeamento; 7 – Considerações Finais; 8 – Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O contrato é instrumento que sempre esteve presente na Administração Pública e, hodiernamente, questão que ainda se mostra controvertida e a qual circunscreverá o presente estudo é a possibilidade de aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos de execução dos planos e aos contratos para planeamento urbanístico, no âmbito municipal português.

A fim de que a conclusão tenha maior sustentabilidade, imperioso será conceituar contrato urbanístico, embora seja um ponto de difícil delimitação uma vez que este instrumento abrange uma variedade enorme de negócios jurídicos que possuem características próprias.

No mais, em razão da figura do contrato estabelecer uma relação bilateral, necessário se faz explorar a participação dos interessados no plano do direito urbanístico, garantida constitucionalmente no artigo 65, sobre o aspecto da titularidade, forma, intensidade, momento e os mecanismos de garantia de eficácia desta participação.

Os passos seguintes terão como foco as espécies dos contratos urbanísticos municipais portugueses – contratos de execução de planos e contratos para planeamento –

* *Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Camp. Advogado.*

para que seja possível analisar a aplicação ou não aplicação do princípio da concorrência de mercado aos vínculos jurídicos urbanísticos, o qual é consagrado na Diretiva 2014/24/EU e que se mostra tão significativo ao direito da União Europeia.

No campo dos contratos da execução dos planos, será analisada a execução sistemática disciplinada no artigo 147, do Regimento Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), bem como a concessão de urbanização e a individualização (ou não) do proprietário do terreno frente ao dever legal de realizar uma obra pública.

E, por fim, nos contratos para planeamento, a análise recairá sobre os seguintes pontos: a infungibilidade e fungibilidade do contratado e os contratos mistos. No tocante ao primeiro ponto, será estudada a questão relacionada aos contratos urbanísticos excluídos da aplicação da Parte II, do Código dos Contratos Públicos (CCP).

2. Definição de contrato urbanístico

A ideia de contrato, como categoria geral do direito, é de que por meio dele se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica e, para considerar como existente um contrato, dois elementos são essências para sua formação: o acordo ou consenso entre duas ou mais partes e a produção de efeitos de direito na esfera jurídica das pessoas que o celebram (GONÇALVES, 2015, p. 12).

Antes, o contrato era figura exclusiva do direito privado, mesmo que este instrumento sempre estivesse presente na Administração Pública por meio dos contratos de compra e venda, ou por meio do regime de colaboração com o setor privado que tinha como objetivo a construção de obras públicas ou a prestação de serviços públicos.

Assim, o instrumento contratual mostrou-se e se mostra necessário para o Poder Público executar os seus atos, para buscar melhor eficiência na prestação dos serviços públicos e na execução das obras, bem como na promoção da concorrência entre os vários potenciais operadores econômicos (MIRANDA, 2012, pp. 114/115). Isto é, a Administração Pública descentralizada inclui em seu núcleo a possibilidade de participação de agentes privados na perseguição do bem comum por meio da contratação pública, cujas regras encontram-se estatuídas no Código dos Contratos Públicos (CCP).

Neste linear, em matéria urbanística, surge o desenho do contrato urbanístico, instituto este que é de difícil conceituação, uma vez que o seu conteúdo abarca uma variedade enorme de negócios jurídicos (CORREIA, 2009, pp. 51/52). Soma-se, ainda, o fato da inexistência de um significado preciso nos dispositivos do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBPOTU) e do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE).

A fim de conceituar contrato urbanístico para prosseguimento do presente estudo, vale sublinhar os ensinamentos de Jorge André, ao certo que se apropriaram das características essenciais do regime jurídico ao exprimir, em sentido estrito¹, que o “contrato urbanístico é um acordo de vontades juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo um deles necessariamente um membro da Administração Pública que age nessa qualidade (enquanto tal), submetido a um regime substantivo de direito público, que tem em vista disciplinar o regular exercício da actividade urbanística” (CORREIA, 2009, pp. 51/84).

Sublinhado o conceito apresentado pelo autor Jorge André, o qual encampamos, dada a sua precisão na delimitação no campo do direito do urbanismo, apenas a título de elucidação neste momento, uma vez que o assunto será melhor tratado nos próximos capítulos quando abordar-se-á a influência do direito da concorrência presente na diretiva da União Europeia, a contratação em matéria urbanística pode ocorrer tanto no âmbito da execução dos planos como no planeamento.

Acresça-se que a formalização do contrato urbanístico é possível em razão: (a) da conciliação de interesses públicos e privados, (b) da conferência de uma maior legitimação à atuação da Administração, (c) da segurança aos privados frente aos altos investimentos concedidos por eles, (d) da garantia para a sustentabilidade financeira dos projetos de interesses público municipal e, por fim, (e) por permitir a adaptação da ação administrativa a situações especiais ou não previstas na lei e incitar uma colaboração mais efetiva da outra parte (OLIVEIRA, 2009, pp. 12/15).

Portanto, após o contrato urbanístico ter sido conceituado e antes de adentrarmos propriamente à aplicação do princípio da concorrência de mercado a este instrumento jurídico, é imperioso estudarmos pontos relativos à participação no contrato urbanístico.

3. O artigo 65, nº 4º e 5º, da Constituição da República portuguesa e a participação dos agentes privados na perseguição do bem público

Em nível constitucional, o urbanismo é consagrado no nº 4, do artigo 65, como função pública (CORREIA, Vol. 1, 2010, p. 140; CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 22), sendo por meio dos instrumentos de planeamento urbanístico que o Poder Público define as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos. Ressalta-se que estas atividades urbanísticas são uma função estritamente pública, tendo em vista que é a Administração que deve definir o ‘se’, o ‘quando’ e o ‘modo’ da sua concretização.

Nesta política do ordenamento do território e urbanismo, é possível ver a gestão territorial organizada em um quadro de interação coordenada, em quatro níveis,

¹ Diferentemente do sentido estrito, ou seja, em um conceito amplo, contrato urbanístico seria caracterizado como sendo todo e qualquer contrato com o fito urbanístico. Assim, esta consideração alargada em nada delimitaria a matéria, a não ser a natureza do contrato que seria urbanística, para o seu encaixe na contratação pública.

quais sejam: âmbito nacional, âmbito regional, âmbito intermunicipal e âmbito municipal, conforme disposição expressa do artigo 38, n.º 2, da LBOTU, e do artigo 2.º, n.º 1, da RJIGT.

Ainda, é no citado artigo 65, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa que consta a consagração de que a atividade de planeamento é atribuída aos vários níveis de Administração territorial (Estados, regiões autónomas e autarquias locais).

De todos estes níveis, o presente estudo se concentrará nos planos municipais de ordenamento do território, os quais vinculam direta e imediatamente os particulares (artigo 46, n.º 2, LBOTU). Os planos em testilham tratam-se de uma planificação plurissubjetiva e se concretizam através do plano diretor municipal, plano de urbanização e plano de pormenor [artigo 2.º, n.º 5, alíneas 'a', 'b' e 'c', do RJIGT, e artigo 43, n.º 2, da LBOTU].

Prosseguindo a análise no artigo 65, da Constituição da República portuguesa, o n.º 5, “garante a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território”.

Diga-se que a possibilidade de participação de agentes privados no planeamento não retira do urbanismo a sua ‘função pública’, uma vez que o particular, ao executar os atos a ele intitulados, assim o faz para prossecução de interesses públicos (CORREIA, 2009, p. 37).

No direito do urbanismo a participação do interessado tem acontecido como superação ao modelo de Administração clássica, que antes era pautada em decisões unilaterais e autoritárias, ou seja, esta participação demonstra uma evolução na Administração Pública de modo que os ‘atos decisórios’ passam a ocorrer com uma certa participação dos privados.

Podemos assim dizer que o fundamento da atuação dos privados está consagrado em vários pontos, quais sejam, aumento da eficiência da Máquina Administrativa, na própria democracia revestida na participação ativa dos particulares junto aos Entes Públicos, na limitação à discricionariedade presente nos procedimentos de planificação territorial, dentre outros (CORREIA, Vol. 1, 2010, pp. 445/446).

E mais, a intervenção do particular no âmbito do processo de gestão territorial se coloca como fator de promoção de melhor ordenamento do território, uma vez que a Administração recolhe maior quantidade de dados dos particulares na ocupação do solo e, também, esta intervenção é vista como um direito dos interessados, pela razão de que ele deve ser respeitado para que a atuação do Ente Público seja considerada legítima (OLIVEIRA, 2016, p. 43).

Dessa forma, demonstrada a garantia de participação dos interessados nos instrumentos de planeamento do território, mostra-se oportuno elucidarmos, de modo

abreviado, a titularidade, forma e intensidade, o momento e os mecanismos de garantia de eficácia desta participação (CORREIA, Vol. 1, 2010, p. 445/483).

Titularidade, forma e intensidade. A participação em matéria urbanística garantida pelo nº 5, do artigo 65, da Constituição, não delimita os titulares deste direito, visto que, pela leitura do mencionado dispositivo constitucional, podemos entender que estão abrangidos todos aqueles que sejam proprietários do lote/terreno que se encontram dentro de aplicação do plano de urbanização, bem como todos os que tenham interesse econômico ou ideal, ou sejam tão-só cidadãos preocupados com o planeamento urbanístico.

Já quanto às formas de participação, elas podem ser subjetiva e objetiva, sendo a primeira relacionada com a proteção dos direitos e interesses do particular, enquanto a segunda se traduz no conhecimento da Administração de todos os fatos e interesses relevantes para o plano de urbanização.

Neste campo em especial, três são as concepções sobre as formas de participação. Uma, entende que há um conflito entre as formas subjetiva e objetiva, cuja solução ocorre com a predominância de uma das formas. Dois, deve prevalecer a forma subjetiva, pois traduz a garantia de participação do particular. Três e última, afirma que entre a forma objetiva e subjetiva de participação há uma relação, pois contribuem para uma recolha melhor e mais eficiente das informações a fim de perseguir o interesse público.

Ainda, e utilizando-se do artigo 6º, 1, do RJIGT, e artigo 4º, nº 1 e artigo 10º, da Lei 83/95, a participação, quanto às formas, pode ser singular, quando há a presença individualizada do administrado, ou coletiva, quando a participação se circunscreve aos grupos ou estruturas sociais organizadas; direta porque é exercida pelos interessados, ou indireta, se exercida pelos representantes ou delegados dos grupos sociais organizados.

No tocante ao nível de intensidade, a participação pode ser participação-audição e participação-negocial, as quais são formas de participação ou concertação no procedimento de formação e execução dos planos, e que têm como integrantes da relação estabelecida a Administração Pública e os particulares.

Apenas a título de conhecimento, cumpre registrar que diferentemente desta participação ou concertação, ou extensivo-horizontal, existe o trabalho de concertação, ou plano intensivo-vertical ou concertação de interesses, que se traduz na colaboração entre todas as pessoas de direito público, de modo consensual, para a elaboração e formação do plano urbanístico (CORREIA, 2009, p. 40).

A participação-audição ou participação-auscultação (artigo 6º, nº 2, artigos 37º, 50º, 59º, 67º e 88º todos do RJIGT e artigos 8º e 10º, da Lei 83/95) sucede nos casos em que o Ente Público, antes de tomar as decisões unilaterais, tem o dever de ouvir e consultar os administrados. Esta participação é vista, por exemplo, no momento da

apresentação de pareceres, observações e sugestões. O segundo nível restringe-se na participação-negociação ou concertação ou administração concertada, bastante aplicada na planificação territorial e económico-social, e compreende a troca de informações entre a Máquina Pública e os particulares, com vantagens para ambos. Nesta administração concertada há uma relação bilateral de negociação, podendo resultar em decisão unilateral ou em administração contratual. “Falar em concertação é falar no agere ou negotium, não é falar no actus ou instrumentum” (CORREIA, Vol. 1, 2010, pp. 453/454).

Momentos. Quanto ao momento de participação, ele pode ocorrer durante a elaboração dos planos, traduzindo-se numa participação preventiva dos cidadãos ou participação tempestiva dos cidadãos (artigo 88, nº 1 do RJIGT e artigo 4º, nº 1 e artigo 5º da lei 83/95), ou pode suceder no período da discussão pública da proposta do plano, manifestando-se na participação sucessiva ou formal.

Muito embora o artigo 6º, do RJIGT, tenha contemplado apenas a participação sucessiva, Fernanda Paula Oliveira entende que a ‘participação ao longo do procedimento’ não foi afastada (OLIVEIRA, 2016, p. 45) e, ainda, a participação no decorrer da tramitação procedimental aparece expressamente no artigo 88, nº 1, quando trata dos planos municipais, entendimento este que compartilhamos.

O último ponto deste nº 5, do artigo 65, da Lei Magna, preza pela garantia da eficácia do direito à participação. A concretização da eficácia se dá com o fornecimento de informações relevantes dos planos aos interessados (artigo 268º, nº 1, da CRF; artigo 49, da Lei de bases e artigo 5º, do RJIGT), bem como no dever da Administração Pública de ponderar, examinar e levar ao conhecimento dos particulares as decisões sobre reclamações, observações e sugestões e pedidos de esclarecimentos apresentados.

Ante a todo o exposto, vimos que a participação dos interessados é garantida a nível constitucional na seara do ordenamento e do território, bem como é dever da Administração Pública fornecer informações relevantes dos planos, ponderar e examinar reclamações, observações, sugestões e pedidos de esclarecimentos para proferir uma decisão ao final, que deve ser levada ao conhecimento dos interessados (OLIVEIRA, 2016, pp. 44/45).

Por estas razões, vemos que os princípios da transparência, da ponderação de interesses envolvidos, da participação pública e da igualdade devem ser respeitados e aplicados em todos os casos, salvo justificativas objetivas que por ventura possam existir.

Feitas estas considerações sobre o direito de participação, passemos à análise da aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos de execução e aos contratos para planeamento.

4. Contratos de execução de planos urbanísticos e contratos para planeamento

Adentraremos agora nas espécies do gênero contratos urbanísticos que, como relatado, são duas – contrato de execução de planos e contrato para planeamento –, as quais surgem de forma separada; no antigo RJIGT (artigo 6º-A, nº 1), surgiam unidas. Diziam-se que as espécies apareciam juntas nos contratos urbanísticos integrais, ou seja, estes contratos apresentavam traços envolvendo aspectos pertinentes a regulação do conteúdo do plano e, também, relacionados a definição de suas regras de execução.

Nos termos do RJIGT revogado, mais precisamente no artigo 6º-A, nº 1, previa-se a figura dos contratos urbanísticos integrais. O atual RJIGT (Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio) não dispõe tão claramente como o diploma anterior (artigo 6º-A, nº 1), mas no dispositivo que a atual legislação faz alusão ao direito de participação (artigo 6º, nº 1), pode-se verificar que todas as pessoas têm o direito de participar da fase de planeamento e de execução e, assim, não vemos objeções para o Poder Público celebrar o contrato urbanístico integral.

Ainda, entendemos que a possibilidade de celebrar contratos urbanísticos integrais pressupõe uma maior efetividade na realização das atividades públicas, maior credibilidade ao interesse público, uma vez que após realizar a elaboração, alteração ou revisão do plano, este será concretizado por meio da execução, e não ficará apenas no papel. Para aqueles que aleguem a impossibilidade de celebração de contratos urbanísticos integrais na prática, necessário será demonstrar este respectivo fato por meio de justificativas objetivas, como, por exemplo, a impertinência e ineficiência da conjugação do planeamento e da execução

Questiona-se, agora, a quais contratos urbanísticos devem ser aplicadas as regras disciplinadas na Parte II, do Código de Contratos Públicos, ou, em outras palavras, se o contrato de execução de planos e/ou o contrato para planeamento estão submetidos ao princípio da concorrência pública, constantes na Diretiva 2014/24/EU e que se mostra tão caro ao direito da União Europeia.

A solução para os casos em questão não é tão simples que possa ser apresentada de pronto, merecendo, pois, que o estudo seja dividido em dois momentos: um, a aplicação (ou não) do princípio da concorrência aos contratos de execução de planos urbanísticos e; dois, a sujeição (ou não) dos contratos para planeamento à disputa de mercado, como veremos a partir deste momento.

5. Da aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos de execução de planos urbanísticos

Sob a perspectiva das funções desempenhadas pelos planos territoriais municipais, sendo elas (i) a regulamentação dos processos urbanísticos e (II) a execução e concretização do modelo territorial por eles desenhados, nos ateremos neste momento à segunda, a execução dos planos urbanísticos (contratos de execução) e, no tópico seguinte, ao contrato sobre o exercício do poder regulamentar (contrato para planejamento).

A título de exemplo de que os planos municipais têm como uma de suas funções a própria execução, trazemos à colação as normas elencadas no RJIGT: quanto ao plano diretor municipal, artigo 96, nº 1, alínea 'l', e artigo 97, nº 2, alínea 'c'; ao plano de urbanização, o artigo 99, alínea 'g', e artigo 100, nº 2, alínea 'c'; e, por fim, ao plano de pormenor, artigo 102, nº 1, alínea 'i', e artigo 107, nº 2, alínea 'a' e 'd'.

Entendemos necessário abrir parênteses, a fim de explicitar que o plano de urbanização (PU) e o plano de pormenor (PP) contêm em seu núcleo material a identificação do próprio sistema de execução dos planos, ao passo que o plano diretor municipal (PDM) contém tão-somente a programação de execução dos planos. Por isso, a identificação do sistema de execução no PDM ficará a cargo ou do plano de urbanização ou do plano de pormenor.

A execução deste PDM é de elaboração obrigatória (artigo 95, nº 4, do RJIGT) e de execução indireta (artigo 96, nº 1, alínea 'l'), mas há casos em que a execução ocorrerá de modo direto, sem intermediação do plano de urbanização ou do plano de pormenor. Neste segundo caso, a escolha do sistema de execução ocorrerá apenas quando ocorrer a delimitação da unidade de execução (artigo 148, do RJIGT) (CORREIA, Vol. 2, 2010, pp. 69/70).

Retomando, realça-se o fato de que a execução coordenada e programada do planejamento territorial é uma tarefa pública (CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 22) e um princípio geral para a Administração, ou seja, é desempenho de incumbência primordial do Município, como podemos verificar pela leitura do artigo 54, nº 1, da LBOTU, e artigo 146, nº 1, da RJIGT.

A execução coordenada e programada veio em substituição ao crescimento urbano casuístico e disperso em razão da ampla admissibilidade construtiva, não sujeitas a condicionantes ou programação; à admissibilidade de iniciativa privada dentro do próprio terreno e de licenciamentos dispersos, desde que conforme aos planos municipais; e à ausência de iniciativas públicas fundiárias. Em razão disso, grifa-se que o objetivo final de uma execução programada é conter os perímetros urbanos com o preenchimento dos espaços vazios dentro destas demarcações existentes, contribuindo, assim, para a revitalização do centro da cidade (OLIVEIRA, 2016, pp. 427/429; OLIVEIRA, 2008, p. 18).

A propósito, quando se fala em execução dos planos municipais por meio de contratos urbanísticos, merece destaque o artigo 3º, nº 1, alínea 'h', e artigo 55º, nº 3º, da LBOTU, os quais concretizam o fato da execução ser realizada por meio de modelos de atuação baseados na vinculação recíproca entre a iniciativa pública e privada, como a figura da contratualização, a qual incentiva a concertação dos interesses públicos e privados:

“a necessidade de ajustar ou conciliar interesses públicos e privados decorre ainda da necessária complementariedade da actuação da Administração – que define a estratégia de ocupação do território e as regras de uso dos solos – e dos particulares que executam ou levam a cabo as operações concretizadoras da estratégia e do modelo de ocupação territorial definido por aquela. Na impossibilidade (material e financeira) de esta tomar a seu cargo todas as operações que concretizem as estratégias por si definidas (e as escolhas em termos de ocupação territorial que as concretizam), os privados apresentam-se, assim, como uma peça indispensável e incontornável deste jogo de interesses, a qual não pode (nem deve) ser ignorada pela Administração se pretender tornar eficazes e operativas aquelas estratégias e regras. Dito de outra forma, a execução do plano depende, na maioria das vezes dos privados (da sua iniciativa) não podendo este facto ser ignorado pela Administração planificadora” (OLIVEIRA, 2009, p. 13).

E mais. O RJIGT ao disciplinar na Secção I, do Capítulo V, a programação e o sistema de execução dos planos territoriais designou no seu artigo 147, nº 1 que a execução seria sistemática (conforme artigo 55, nº 1 e 3, da LBOTU, e CORREIA, 2016, p. 43) quando se desse por sistemas de iniciativa dos interessados (artigo 149, do RJIGT), de cooperação (artigo 150, do RJIGT) e de imposição administrativa (artigo 151, do RJIGT).

O artigo 147, nº 3, faz a ressalva de que os planos territoriais podem ser executados fora de sistema de execução quando se verificar a possibilidade de ser realizada por meio de operações urbanísticas, em zonas consolidadas, tal como definidas no Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (alínea 'a'), ou quando a delimitação de unidades de execução se revelar impossível ou desnecessária à luz dos objetivos delineados pelo próprio plano (alínea 'b').

Importante salientar algumas considerações sobre os sistemas de execução dos planos municipais tipificados no RJIGT e elencados acima, para que possamos adentrar à problemática da aplicação do princípio da concorrência na contratação da execução dos planos municipais.

O primeiro deles, o sistema de iniciativa dos interessados (antes, denominado sistema de compensação) é um sistema em que os particulares detêm um maior prota-

gonismo quando comparado com o sistema de cooperação e de imposição administrativa (CORREIA, Vol. 2, 2010, pp. 71/72; CORREIA, 2009, p. 163). Fala-se que o “sistema de compensação é, pois, nitidamente um sistema de execução privada” (CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 71).

Retomando o conceito de contratos urbanísticos, percebe-se que o contrato de execução no âmbito de sistema de iniciativa dos interessados é um contrato urbanístico em sentido amplo, uma vez que as partes desta relação contratual são apenas particulares, ou seja, não há a presença da Administração Pública, muito embora prossigam um interesse público (fim urbanístico).

Como apontamentos desse sistema de iniciativa dos interessados, devemos sublinhar que a execução dos planos no âmbito municipal deve ser realizada pelos proprietários ou titulares de outros direitos relativos a prédios abrangidos no plano (artigo 149, nº 1, do RJIGT), cujos direitos e obrigações dos participantes na unidade de execução são fixados por meio do contrato de urbanização (artigo 149, nº 2, do RJIGT).

Por último, soma-se que é de incumbência dos particulares proceder à retribuição dos benefícios e encargos resultantes da execução dos instrumentos de planeamento entre todos os proprietários e titulares de direitos inerentes à propriedade abrangidos pela unidade de execução, na proporção do valor previamente atribuído aos seus direitos (artigo 149, nº 3, do RJIGT).

A segunda figura, o sistema de cooperação (CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 73; CORREIA, 2009, pp. 164/165), é um sistema de execução misto, em que a iniciativa pertence ao Município e há uma busca pela colaboração entre o sujeito público e o privado interessado na execução do plano. Contratos realizados sob a égide desta figura, ora se encaixam como contrato urbanístico em sentido amplo (artigo 150, nº 2, alínea ‘a’, do RJIGT), ora se encaixam como contrato urbanístico em sentido estrito (artigo 150, nº 2, alínea ‘b’, do RJIGT), ou seja, respectivamente, em um não figura como parte o Ente Público, este apenas tem a iniciativa, enquanto no outro há a participação da Administração.

Por último, no sistema da imposição administrativa (CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 80; CORREIA, 2009, p. 167), a iniciativa de execução é do Município, que atua diretamente ou por meio da concessão de urbanização, para perseguir interesse público e, destarte, nota-se com clareza que o contrato celebrado sob a ótica deste desenho é um contrato urbanístico em sentido estrito.

A concessão em questão terá lugar quando realizado o concurso público (artigo 151, nº 2, do RJIGT), procedimento que é exigência do direito comunitário para suceder à contratação pública, posto que está a ocorrer uma execução indireta de obras de urbanização realizada por uma empresa privada concessionária em razão da celebração do contrato com a Administração.

No tocante ao processo de formação do contrato de concessão e a respectiva formalização, tais atos serão executados com base nas disposições aplicáveis às concessões de obras públicas pelo Município, com as necessárias adaptações (artigo 151, nº 4, do RJIGT).

Utilizando-se das lições de Fernanda Paula Oliveira (OLIVEIRA, 2016, p. 446), cabe sublinhar que neste caso os proprietários poderão firmar o acordo apresentado pelo Município, ou outro acertado, em prazo já fixado e, no caso de não o fazerem deverão ser expropriados a fim de que o interesse público seja perseguido. Este sistema pode ser utilizado tanto quando há resistência/oposição por parte dos proprietários como quando é importante que o município programe e, também, dê cumprimento as operações de execução dos planos.

Dúvida surge se o Município pode conceder liminarmente a tarefa de urbanização a uma empresa sua ou se é preciso deflagrar o procedimento de contratação pública – princípio da concorrência de mercado – cuja solução ao caso trataremos mais à frente.

Por conta disso, está em causa a indagação se nos contratos de execução de planos de ordenamento do território e urbanismo, celebrados entre a Administra Pública Municipal e o particular, aplicam-se os princípios da contratação pública presentes na Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, entre as quais se destacam a igualdade de tratamento, transparência, concorrência e, em certos casos, a submissão a um procedimento concursal.

Traços presentes no contrato de execução de planos municipais do ordenamento do território e urbanismo como a prossecução do fim público, a tarefa pública ser realizada por um terceiro (privado), a existência de uma pluralidade de potenciais interessados são elementos que, *a priori*, nos levam a partilhar do entendimento de que o Ente deve atentar-se ao princípio da concorrência pública.

Vejamos. A iniciar pela imposição administrativa, vê-se que a este sistema de execução dos planos municipais se aplica o princípio da concorrência de mercado, além dos demais princípios inerentes à contratação pública disciplinados na Diretiva 2014/24-UE, quando estiver em causa a concessão de urbanização, salvo exceção.

Isto porque a realização da concessão de urbanização e a concessão de reabilitação urbana necessariamente requerem a aplicação do concurso público [artigo 151, nº 2 e 4, RJIGT e artigo 42, do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (RJRU)], instituto que garante a concorrência de mercado e, também, pelo fato do processo de formação, formalização e os efeitos deste contrato regerem-se pelas disposições aplicáveis às concessões de obras públicas do Município, com as necessárias adaptações (artigo 151, nº 4, RJIGT) (ZBYSZEWSKI, 2010, p. 54).

Soma-se também que o Código dos Contratos Públicos dispõe que na formação dos instrumentos contratuais que estejam submetidos à concorrência de mercado, a entidade adjudicante deve adotar o procedimento competente para adjudicação do objeto (artigo 1º e artigo 16º, nº 1), e mais, que consideram submetidos às regras da concorrência os contratos que tenham por objeto a concessão de obras pública (artigo 16º, nº 2, alínea 'b').

O mesmo pode-se dizer para os contratos de reabilitação urbana, uma vez que o artigo 43º, nº 5, do Regime Jurídico de Reabilitação Urbana (RJRU), dispõe que referidos instrumentos serão regidos pelo Código dos Contratos Públicos.

Por conseguinte, podemos falar que, no caso em apreço, existe a possibilidade de surgir uma pluralidade de potenciais interessados em celebrar contrato urbanístico com a Administração Pública Municipal para a execução do plano, ou seja, pode existir uma fungibilidade do contratado, e, portanto, a esta contratação pública devem ser aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência (CORREIA, 2013, p. 249).

A exceção à aplicação do princípio da concorrência pública encontra-se estampada em parte da resposta à indagação feita a pouco, se o Município pode conceder liminarmente a tarefa de urbanização a uma empresa sua ou se é preciso deflagrar o procedimento de contratação pública (CORREIA, Vol. 2, 2010, p. 77/79).

É preciso saber, primeiramente, se a concessão das obras de urbanização à empresa do Município corresponde a uma 'adjudicação de mercado' ou a um 'negócio dentro da casa' (contratação *in house*). Assim, se estivermos em uma situação em que a adjudicação é tida como de mercado, as regras do procedimento da contratação pública devem estar presente, ao passo que se a hipótese for de contratação *in house*, o contrato de concessão deverá ser excluído da concorrência de mercado.

Importante se mostra colacionar os ensinamentos grifados no Código dos Contratos Públicos:

“O nº 2 igualmente exclui da submissão àquele regime os chamados contratos *in house*, meramente internos ou quase-internos, por serem celebrados entre uma entidade pública e outra que é seu prolongamento, seu instrumento, e cuja atividade, por isso mesmo, a primeira controla, existindo entre aquela e esta uma relação de dependência jurídica, por tal forma que não se possa falar, relativamente à entidade dependente, de existência de uma vontade própria; ocorre uma espécie de 'contrato consigo mesmo', envolvendo uma 'auto-prestação', porquanto é celebrado com uma entidade que constitui uma extensão da entidade adjudicante. Neste caso, em última análise, a entidade adjudicante, para obter o bem ou a prestação de um serviço, recorre aos seus próprios meios, autosatisfazendo as necessidades a que tem de prover”. (SILVA, 2015, p. 63)

A contratação *in house* considera-se satisfeita quando preenchidas cumulativamente as regras elencadas no artigo 5º-A, nº 1, alíneas 'a', 'b' e 'c', do Código de Contratos Públicos – controlo análogo (controle por parte do município sobre a empresa municipal análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços) e destino essencial (empresa municipal se revelar dedicada ao município e, também, quando a execução da atividade for substancialmente destinada à única autarquia local).

Desta contratação *in house* pactuam com o Município ou (i) as empresas societárias ou entidades empresariais por ele detidas exclusivamente ou (ii) as empresas municipais pluripessoais de capitais exclusivamente públicos e sob a influência dominante daquele município.

A última questão a ser analisada versa sobre a atribuição direta da concessão de urbanização pelo Município Concedente a uma empresa municipal de capitais totalmente públicos e cujo Poder Público tem participação minoritária e não dominante (não estamos a falar dos casos em que o Município não participa da empresa concessionária, que nestes casos inexistiria a contratação *in house*). A esta relação contratual não se aplica o princípio da concorrência de mercado, em razão do artigo 5º-A, nº 1, alínea 'a', do CCP, o qual admite a contratação *in house* quando estatui como regra legal o controle análogo conjunto de várias entidades adjudicantes.

Superada esta problemática, trataremos agora do sistema de iniciativa dos interessados e do sistema de cooperação – a estes institutos se aplicam as regras da concorrência pública?

Entendemos que a somatória de dois fatos sendo, um, de que o “Estado perdeu ‘o monopólio do público’, deixando de ser ator único (e principal) da realização de interesses dessa natureza” (CORREIA, 2009, p. 31), ou seja, no campo do Direito do Urbanismo as tarefas públicas (interesse urbanístico) passaram a ser executadas diretamente pelos privados (por exemplo, loteamento urbano) e, dois, a “interferência” das tarefas privadas no mundo público com consequência no campo das responsabilidades (artigo 55, do RJUE) (CORREIA, 2009, pp. 29/32), podem ser o início para se justificar a contratação direta, isto é, sem colocar o objeto em disputa no mercado.

No entanto, apenas estes fatos não são suficientes para concluirmos que não se aplica o princípio da concorrência de mercado ao sistema de iniciativa dos interessados e ao sistema de cooperação, elencados nos artigos 149 e 150, do RJGT.

Outro requisito para fundamentar a não aplicação da concorrência de mercado aos contratos de execução recai nas hipóteses em que a Máquina Pública não tem condições de escolher com quem contratar (CORREIA, 2009, pp. 191/192), uma vez que o local abrangido pelo plano de urbanização é de propriedade de um determinado proprietário e para o qual existe um dever legal em realizar a obra pública.

Ante ao exposto, compartilhamos do entendimento de que o princípio de elevado apreço pela Diretiva 2014/24-EU, a concorrência de mercado, não se aplica ao caso. Nesta hipótese mostra-se flagrante a singularidade da natureza e das características da prestação obrigacional quando saltam aos olhos que a execução do contrato urbanístico só é possível se realizada por um certo interessado e, portanto, nos termos do seu artigo 5º, nº 1, do CCP, a Parte II não é aplicável a formação destes contratos de execução.

Acresça-se que, independentemente dos valores dos respectivos contratos urbanísticos, o princípio da concorrência pública não se aplica a estas execuções (sistema de iniciativa dos interessados e do sistema de cooperação), desde que haja infungibilidade do proprietário do terreno (CORREIA, 2009, p. 192). Destarte, a Diretiva 2014/24-UE não deve ser aplicada a estes contratos de execução, muito embora o seu artigo 4º determinada a sua aplicabilidade aos contratos de empreitada de obras públicas cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior ao limite de 5.186.000,00 euros.

Diríamos que os requisitos da possibilidade de execução de uma tarefa pública pelo privado, da infungibilidade do proprietário e da (não) observância dos valores dos contratos, foram abordados na sequência cronológica lógica para avaliar a possibilidade de não aplicação do princípio da concorrência.

E isto porque, se for impossível que um privado exerça a tarefa pública (fim urbanístico), não há que se falar na necessidade de observar o princípio da concorrência pública para garantir uma igualdade de participação entre os agentes privados. E mais, em sendo possível que o particular exerça a tarefa pública e, desde que não haja uma pluralidade de interessados em realizar a execução da obra pública, também não há que se falar em aplicação do mencionado princípio.

Oportuno enumerar alguns julgados que consolidaram favoravelmente a aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos de execução de obras públicas: *Ordine degli Architetti delle province di Milano e o. c. Comune di Milano (La Scala)*, de 12/07/2001, Proc. C-399/98; *Jean Auroux e o. c. Commune di Roanne*, de 18/01/2007, Proc. C-220/2005; *Comissão v. República Italiana*, de 21/02/2008, Proc. C-412/04; e *Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, de 25/03/2010, Proc. C-451/08.

Em atenção ao acórdão Proc. C-220/2005, independentemente do conceito que a lei nacional confere aos seus contratos, de obras públicas ou de encargos relativos a infraestrutura urbanística, a definição em si do contrato que está sob a análise do Tribunal de Justiça da União Europeia cabe ao Direito Comunitário. Isto quer dizer que, mesmo que a lei nacional qualifique um contrato como tal e, em razão de seu conceito e aplicação, não esteja abrangido pelas normas da concorrência pública, as Diretivas Europeias podem classificá-lo de outra forma que, conseqüentemente, as

regras da contratação pública precisam ser aplicadas àquele instrumento (CORREIA, 2013, p. 251).

Vê-se que a última avaliação/qualificação de um certo contrato cabe ao Direito Comunitário e, assim, “trata-se de uma conclusão baseada na primazia do direito da UE sobre o direito interno dos Estados-Membros, nos termos do qual o critério da (mera) indicação legal (*nomen iuris*) de contrato administrativo cede em face de sua qualificação pelo TJ como contrato público em sentido funcional, regulado pelas mencionadas diretivas” (CORREIA, 2013, p. 252).

No mais, os acórdãos registraram que quando reunidos os elementos necessários para se deflagrar o processo de adjudicação, o Ente Público deve realizar o procedimento concorrencial, mesmo que sua lei nacional contenha disposição contrária às diretivas, posto que esta adversidade não deve existir pela razão da lei nacional ser a transposição da diretiva.

Trazidos à baila estes acórdão que sublinham a necessidade de observância das diretivas da União Europeia, em especial ao princípio da concorrência, entendemos que seus ensinamentos não se aplicam a todo e qualquer contrato urbanístico para efeitos de execução dos planos municipais, em razão de existir casos em que é certo e sabido quem é o proprietário ou os proprietários do terreno, e pelo fato do determinado interessado ter o dever legal de realizar a obra de urbanização e suportar os seus encargos (CORREIA, 2009, pp. 191/192).

Por derradeiro, enalteça-se que há casos do sistema de iniciativa dos interessados e de cooperação que não se aplica o princípio da concorrência pública, mas os demais princípios da contratação pública – imparcialidade, transparência e publicidade – devem ser aplicados haja vista que o objeto do contrato de execução visa a perseguir o interesse público.

Em suma, está presente a infungibilidade da figura do contratado, haja vista a sua individualização, ou seja, ele é o único que reúne as condições materiais e jurídicas para executar a obra de urbanização e, portanto, aplicam-se a estes institutos todos os princípios da contratação pública, exceto o da concorrência de mercado.

Diante disso, podemos concluir, sem dúvida alguma, que os princípios da transparência, da publicidade, da igualdade devem ser observados em todos os momentos da celebração do contrato de execução dos planos.

Mesma sorte não tem o princípio da concorrência de mercado, o qual deixa de ser aplicado nos contratos de execução em que a Administração Pública Municipal não tem condições de escolher com quem contratar, em virtude do conhecimento preciso de quem é o proprietário do bem imóvel abrangido pelo plano de urbanização, bem como de existir um dever legal imposto ao dono do terreno para realizar a obra pública. Isto se dá com fulcro no artigo 5º, nº 1, do Código de Contratos Públicos,

mesmo que o valor do contrato supere o montante limiar inserido na Diretiva 2014/24-UE.

Acresça-se que o princípio da concorrência, na atualidade, concorre com outros fatores que implicam sua relativa minimização para que a efetividade do interesse público (no caso, fim urbanístico) seja alcançada também da forma menos custosa ao Poder Público.

Além destes casos, também entendemos que não se aplica o princípio da concorrência nos contratos urbanísticos celebrados entre o Município e (I) as empresas societárias ou entidades empresariais por ele detidas exclusivamente, ou (II) celebrados com as empresas municipais pluripessoais de capitais exclusivamente públicos e sob a influência dominante daquele município, ou ainda (III) nos casos em que faz parte da relação de concessão urbanística uma empresa municipal de capitais totalmente públicos e cujo Município Concedente tem participação minoritária, com fulcro no artigo 5º-A, do CCP.

Por derradeiro, aplica-se o princípio da concorrência nos demais casos e no caso da concessão.

6. Da aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos para planeamento

Encerrado o ponto referente à contratualização da execução dos planos, põe-se em questão saber se os contratos que versam sobre o conteúdo dos planos municipais², isto é, se os contratos para planeamento celebrados pelo Poder Público estão sujeitos às disposições legais inseridas na Parte II, do Código dos Contratos Públicos.

O contrato para planeamento, considerado como ajuste administrativo nos termos do artigo 80, nº 1, do RJIGT (OLIVEIRA, 2016, p. 230), é instrumento que traz em seu bojo o acordo de vontade com o intuito de influenciar o conteúdo do plano urbanístico (CORREIA, 2009, p. 198), e tem sua admissibilidade consagrada nos artigos 79 e 81, do RJIGT, e artigo 47, da LBOTU.

Assim, a elaboração, a alteração e a revisão dos planos territoriais pode ser precedida da celebração de contratos entre o Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais (artigo 47, nº 1, da Lei de Bases e artigo 79, nº 1, do RJIGT), meios pelos quais se definirão as formas e os prazos para adequação e compatibilidade dos planos existentes em relação aos programas supervenientes (artigo 47, nº 2, da Lei de Bases e artigo 79, nº 1, do RJIGT).

² O artigo 69, do RJIGT, dispõe que os planos municipais são de natureza regulamentar e estabelecem o regime de uso do solo, com o qual definem os modelos de ocupação territorial, bem como da organização de redes e sistemas urbanos e, ainda, na escala adequada, parâmetros de aproveitamento do solo e de garantia da sustentabilidade socioeconómica e financeira e da qualidade do solo.

Já quanto aos particulares interessados na elaboração, alteração ou revisão dos planos de urbanização ou dos planos de pormenor, destaca-se a possibilidade de apresentarem propostas de contratos para planeamento aos municípios (artigo 47, nº 3, da Lei de Bases e artigo 81, nº 1, do RJIGT), fato este que não prejudica o exercício dos poderes públicos de planeamento, não afeta as garantias procedimentais de intervenção de outras entidades públicas ou de participação dos interessados e, também não afasta a aplicação das disposições legais e regulamentares que se aplicam ao caso (artigo 47, nº 4, da Lei de Bases e artigo 80, nº 2, do RJIGT).

Como já adiantado, em que pese a celebração de contratos dos planos urbanísticos, entendemos necessário delimitar o campo deste estudo, a fim de abordarmos aqueles que estão inseridos na esfera municipal. Logo, nos termos do artigo 79, combinado com o artigo 81, nº 1, artigo 6º, nº 1 e 2, artigo 95, e artigo 96, nº 1, alínea 'k', do RJIGT, vemos que é possível realizar uma proposta de contrato sobre a elaboração, alteração ou revisão do plano de urbanização e do plano de pormenor, excluído, portanto, o plano diretor municipal.

A exclusão que aqui se refere é relativa à contratação direta, uma vez que o conteúdo do plano diretor municipal que esteja em elaboração, alteração ou revisão pode ser afetado por um contrato incidente sobre o plano de urbanização ou o plano de pormenor:

“E não há verdadeira identidade, porque em causa estão planos substancialmente diferentes, que apresentam objectivos e conteúdos típicos diferenciados, bem como disparidade de escalas. Daí o PDM não ter sido objetivamente incluído no âmbito do artigo 6º-A, nº 1, porque a ratio legis subjacente a esta norma é a de permitir a contratualização do conteúdo e da execução de planos dotados de maior analiticidade das suas previsões – que é, inquestionavelmente, o caso do PU e do PP. Assim sucede com o PDM, que estabelece a estratégia de desenvolvimento territorial, a política municipal de ordenamento do território e do urbanismo e o modelo de organização espacial do território (artigo 84.º), devendo a sua execução ser feita, de acordo com o modelo instituído pelo RJIGT, não pela via directa, mas através de planos dotados de maior densidade material ao nível das suas previsões – o plano de urbanização e o plano de pormenor”. (CORREIA, 2009, pp. 219/220 e 217)

“O legislador circunscreve o perímetro da contratualização à elaboração, alteração ou revisão de planos de urbanização e de planos de pormenor. Pretendeu, assim, excluir da negociação o conteúdo dos instrumentos de planeamento que estabelecem as opções estratégicas de desenvolvimento territorial do município, a política municipal de ordenamento do território e de urbanismo e as demais políticas urbanas e definem o modelo de organização espacial do território municipal, através da classificação e qualificação do solo, certamente

por considerar excessivo que o conteúdo dos planos diretores municipais seja influenciado pelo contrato. A exclusão do âmbito dos contratos para planeamento da elaboração, alteração e revisão dos planos diretores municipais é, no entanto, tão-só uma exclusão da contratação directa, já que, indirectamente, o conteúdo de um plano director municipal em elaboração, alteração ou revisão pode ser afectado por um contrato incidente sobre o conteúdo de um plano de urbanização ou um plano de pormenor, os quais, como sabemos, podem revogar ou alterar as disposições daquele”. (CORREIA, Vol 1, 2010, p. 479)

O fundamento para “impedir” a contratualização directa do plano director municipal encontra-se no fato deste plano estabelecer a estratégia de desenvolvimento territorial municipal, a política municipal de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, o modelo territorial municipal, as opções de localização e de gestão de equipamentos de utilização coletiva e as relações de interdependência com os municípios vizinhos (artigo 95, nº 1, do RJGT). Destarte, a negociação recaiu sobre os pontos esculpidos no plano director municipal que envolvessem as áreas destinadas a urbanização e edificação.

Saliente-se que estes procedimentos de formações dos contratos estão sujeitos à publicitação e à realização de discussão pública, nos termos do artigo 47, nº 5, da LBOTU e do artigo 81, nº 4, e artigo 89, nº 1, do RJGT.

Além disso, os contratos para planeamento resultam do princípio da autonomia contratual do ente Público, bem como do princípio da não tipicidade do contrato administrativo, o que significa, respectivamente, que, na atuação da Administração, persiste a ideia da possibilidade da Poder Público celebrar contratos administrativos a fim de perseguir o bem comum, e, também, que a Administração não precisa se vincular as formas contratuais rígidas (CORREIA, Vol. 1, 2010, pp. 475/476).

Destarte, não havendo, no ordenamento jurídico urbanístico português, “qualquer norma que obstaculizasse o recurso a formas contratuais tendo por objeto o conteúdo dos planos municipais, nem sendo os mesmo incompatíveis com a natureza ou a essência destes instrumentos de planeamento, devíamos concluir, à luz daqueles princípios da contratação administrativa, pela legitimidade da utilização de contratos, acordos ou convênios destinados a influenciar as concretas soluções urbanísticas a consagrar nos planos municipais” (CORREIA, Vol. 1, 2010, p. 476).

Para que possamos entender com mais clareza o cerne da questão controvertida da aplicação do princípio da concorrência aos contratos para planeamento, cabe sublinharmos que (a adjudicação) os demais contratos, esquecendo neste momento, *a priori*, aqueles que contêm matéria urbanística, à luz da Diretiva 2014/24/UE e do Código dos Contratos Públicos, têm o dever de respeitar os princípios do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) os quais são, designadamente, os princípios da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da

livre prestação de serviços, bem como os princípios deles decorrentes, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência e, o princípio da concorrência pública nos casos em que o contrato em questão ultrapasse determinado valor (enunciando 1 e artigo 18, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE, e artigo 1º-A, nº 1, do CCP).

Princípios estes, em especial o da concorrência, que verificaremos se são aplicados aos contratos para planeamento, os quais também estão inseridos no âmbito de atuação da Administração Pública.

Ademais, a figura do particular interessado como parte no contrato para planeamento, resultante do procedimento concorrencial garantido pelo direito comunitário por meio da Diretiva, não é matéria pacífica na doutrina, mesmo quando o antigo RJIGT sublinhou nos dispositivos 6º-A e 6º-B que a contratualização para elaboração de um projeto de plano, sua alteração ou revisão, e a sua respectiva execução, tinha a possibilidade de fazer depender de procedimento concursal.

Abre parênteses a fim de grafar que o artigo 6º-B em comento não foi recepcionado pelo novo diploma e a pergunta que se faz é: em razão da não recepção do dispositivo que previa o procedimento concursal para os contratos para planeamento, a aplicação do princípio da concorrência pública nos respectivos instrumentos urbanísticos não se aplica ou está mitigado?

Enfrentaremos o caso de aplicação do princípio da concorrência de mercado aos contratos para planeamento em três momentos distintos: (I) infungibilidade do contratado (no respectivo instrumento o interessado estará individualizado desde o início da relação com a Administração Pública); (II) fungibilidade do contratado (diferentemente da primeira situação, aqui há uma pluralidade de possíveis interessados), e (III) contratos mistos (há um conjunto de prestações a cargo do contratado). Acresça-se, ainda, na primeira hipótese, a questão circunscrita aos contratos para planeamento excluídos da Parte II, do Código de Contratos Públicos.

A começar pela figura da infungibilidade do interessado, vê-se que o contratado é o único que reúne todas as condições materiais e jurídicas desde o princípio e, desse modo, por inexistir uma pluralidade de possíveis interessados para que seja deflagrado o procedimento de concorrência de mercado para celebração do contrato público, pode-se concluir que este é caso de não submeter o contrato para planeamento as regras da concorrência pública, até com base no artigo 5º, nº 1, do Código dos Contratos Públicos (CORREIA, 2013, p. 253; CORREIA, 2012, pp. 36/37; SÉRVULO CORREIA, 2013, pp. 691, 693/694 e 730/704).

O artigo em comento – artigo 5º, do CCP – traz em seus dispositivos a questão de que a contratação urbanística estaria excluída da aplicação da Parte II, do CCP, isto é, quando o objeto do acordo abranger prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, em virtude da sua natureza ou

das suas características, o princípio concorrencial não se aplica ao contrato para planeamento (CORREIA, 2013, p. 253, e CORREIA, 2012, pp. 32/33).

Isto não quer dizer que as normas da contratação pública não sejam aplicadas – apenas não se aplicará o princípio da concorrência por inexistir uma pluralidade de potenciais interessados. Mas, em todo o caso, aplicam-se o princípio da publicidade e da transparência.

Ademais, no tocante aos contratos para planeamento no âmbito das edificabilidades estritas, suas prestações não estarão submetidas ao princípio da concorrência, uma vez que o Ente Público Municipal somente poderá contratar com o proprietário do terreno localizado na intervenção urbanística do futuro plano (CORREIA, 2009, p. 249). No caso em questão, não há uma pluralidade de potenciais interessados que implique observância ao princípio da concorrência, pelo contrário, há uma infungibilidade do proprietário devido à vinculação de seu terreno ao plano, que “obriga” a Administração a contratar com determinado interessado.

Casos como os citados acima deixam de exigir a aplicação do princípio da concorrência, pela ausência de dois ou mais interessados no objeto do planeamento; pelo objeto do contrato abranger prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência, em virtude da sua natureza ou das suas características (artigo 5º, nº 1, do CCP). Porém, há hipóteses outras em que a concorrência de mercado merece ser observada. Vejamos.

Quanto ao segundo caso, em razão de existir uma fungibilidade do contratado – pluralidade de potenciais interessados – mostra-se necessário que a Administração Pública instaure um procedimento de adjudicação para preservação dos princípios da imparcialidade, da igualdade e da concorrência. O contrato está submetido à concorrência de mercado dentre outros motivos, pela análise da própria norma do Código dos Contratos Públicos esculpida no artigo 16, nº 2 (CORREIA, 2013, p. 254; CORREIA, 2012, p. 37; e SÉRVULO CORREIA, 2013, pp. 691 e 694).

Podemos dizer que o núcleo do princípio da concorrência é garantir uma igualdade de tratamento e de oportunidades naquelas situações em que exista uma pluralidade de potenciais interessados a fim de executar o objeto almejado pela Administração, no caso o planeamento, e, também, que é competência do Ente Público prezar pela garantia da concorrência àqueles contratos que assim a exigem.

Neste linear, Jorge André entende como admissível o emprego da concorrência de mercado aos contratos para planeamento, justificando-o com fundamento: (a) na existência de uma concorrência efetiva ou potencial entre os vários interessados para que o bem comum (interesse público) seja satisfeito com a proposta mais vantajosa; (b) pela atividade desenvolvida assim o ser no interesse do contratante, ou seja, com a celebração do contrato o particular encontra-se vinculado a desempenhar a atividade urbanística com a conseqüente perseguição do interesse público

(CORREIA, 2009, pp. 241/242); (c) a elaboração, a alteração, a revisão, a execução e a avaliação dos programas e dos planos territoriais, e apresentação da proposta de contrato para planeamento, competir a todas as pessoas, singulares ou coletivas (artigo 6º, nº 1, e artigo 81, nº 1º, do RJIGT) (CORREIA, 2009, pp. 245/246), bem como poder ser apresentada pela própria Câmara Municipal (artigo 79, nº 2, e artigo 90, nº 1, do RIGT); (d) possibilidade da Administração avaliar todos os projetos que possam existir para uma determinada área sob o ponto de vista do interesse público; e, por fim, (e) embora o planeamento seja uma tarefa pública (artigo 65, nº 4, da Constituição da República Portuguesa), o Poder Público não pode alienar ou transmitir os poderes de planeamento ao particular (artigo 80, nº 2 do RJIGT), sendo apenas o contrato (e não o poder da Administração) colocado à prática da concorrência a fim da Administração obter a melhor solução de ocupação territorial possível. O contrato para planeamento é visto como um instrumento administrativo adequado para a prática da política urbanística (CORREIA, 2009, pp. 246).

Ao acreditar na utilização do princípio da concorrência nestes contratos, é feita a ressalva de que a sua aplicação se dê em contratos que versam sobre um projeto global de urbanização de uma área [contratos para planeamento em sentido estrito (CORREIA, 2009, p. 199) e contratos urbanísticos integrais], excluindo-se outras espécies contratuais (CORREIA, 2009, pp. 237/238).

Como relatado, o atual RJIGT não consagrou disposição relativa à possibilidade de realizar o contrato de planeamento e a execução dos planos conjuntamente, assim como não sublinhou dentre suas normas a impossibilidade de fazer de forma associada, razão pela qual entendemos que os contratos urbanísticos integrais ainda persistem no ordenamento jurídico português.

O mesmo pode-se falar dos contratos de concepção e de aquisição de planos, uma vez que, a fim de assegurar que o interesse público seja satisfeito com a proposta mais vantajosa, em um mercado onde há uma pluralidade de potenciais interessados na execução dos serviços, o princípio da concorrência deve ser observado (CORREIA, 2009, pp. 202/203).

Antes de adentrarmos a terceira situação – contratos mistos –, mostra-se salutar abordarmos o entendimento conflitante dos autores Jorge André (CORREIA, 2009, pp. 202/204) e Fernanda Paula Oliveira (OLIVEIRA, 2016, pp. 60/69) nas questões relativas aos encargos do contrato de concepção e aquisição de planos, a fim de demonstrar que além da pluralidade de possíveis interessados no objeto posto a concorrência, este instituto também é visto no momento que ao contratado é devido o pagamento de um preço pela execução do objeto contratual.

A respeito dos contratos de concepção e de aquisição de planos, Jorge André narra que estes instrumentos têm como objeto a elaboração de um projeto de plano urbanístico em conformidade com as regras definidas pelo Poder Público mediante o pa-

gamento de um preço (CORREIA, 2009, p. 202). Por outro lado, Fernanda Paula Oliveira sublinha que nestes contratos os encargos são de inteira responsabilidade dos agentes privados que executam o serviço, não recaindo para a Administração Pública qualquer parcela destes encargos (OLIVEIRA, 2016, p. 60).

Ainda, Fernanda Paula Oliveira grafa que não se pode falar que o contrato em testilha é um contrato sem valor, pois, embora a Poder Público não pague um preço pelo plano e a proposta venha no futuro a ser aprovado, mesmo que com modificações, o benefício que o privado terá proveito corresponde ao valor do contrato, uma vez que isto não ocorreria senão tivessem celebrado o contrato (OLIVEIRA, 2016, pp. 68/69).

Para encerrar, e utilizando-se dos ensinamentos de Jorge André a fim de contradizer as palavras de Fernanda Paula Oliveira, tem-se que “a lógica do valor do contrato não faz qualquer sentido no que concerne aos contratos para planeamento, na medida em que o benefício econômico atribuído ao particular concretizado na aprovação de um plano com um determinado conteúdo por ele proposto constitui uma prestação típica de um contrato sobre o exercício de poderes públicos” (CORREIA, 2009, p. 204).

Em terceira e última análise sobre a aplicação do princípio da concorrência pública aos contratos para planeamento, constatamos que ele não se aplica aos contratos mistos, no qual é inserido um conjunto de prestações a cargo do contratado, muito embora as prestações contratuais estivessem submetidas à Parte II do CCP se analisadas isoladamente.

Assim sendo, nestes contratos mistos, apesar de celebrados como contrato sobre o exercício de poder regulamentar ou decisório, em que há reunião ou junção de prestações ou cláusulas relativas à prática de atos administrativos, à emanção de normas regulamentares, à realização de empreitadas de obras públicas, à prestação de serviços *tout court*, etc., em que cada uma das várias prestações poderia ser objeto de uma relação jurídica contratual autônoma, no caso em testilha, as prestações que estão associadas no mesmo contrato administrativo devem ficar excluídas da concorrência de mercado (CORREIA, 2013, pp. 254/255; CORREIA, 2012, pp. 38/39).

Encerrado estes pontos, é salutar expor que em posicionamento diverso do aqui explanado e defendido a respeito das espécies de contrato de planeamento, Fernanda Paula Oliveira defende que o contrato para planeamento não está submetido as regras da concorrência de mercado, com o fundamento de que a Administração Pública é ela própria a prestadora de serviços, o que, por conseguinte, concluiria que o Poder Público não teria legitimidade acrescida, como também por se tratar de tarefa exclusivamente pública (OLIVEIRA, 2009, p. 40/42).

Além disso, Fernanda Paula Oliveira narra que a admissibilidade da Administração contratar com os privados a elaboração de documentos técnicos que compõe o

plano, em virtude das dificuldades econômicas de custeio de despesas e da ausência de quadro técnico municipal para esta função, mas isso não significa que a Administração irá conferir qualquer poder de planeamento (OLIVEIRA, 2009, p. 23). Ressalta-se que nesta situação o Poder Público está a contratar apenas documentos técnicos para compor o plano urbanístico.

Frente ao quadro traçado até o momento, podemos concluir pelo posicionamento de que aos contratos para planeamento se aplica o princípio da concorrência, como é o caso dos contratos para planeamento em sentido estrito, contratos urbanísticos integrais, contratos de concepção e aquisição de planos, haja vista a fungibilidade de potenciais interessados.

Por outro lado, a concorrência de mercado não se aplica aos contratos de planeamento em que haja infungibilidade de contratado, posto que ele é o único que reúne todas as condições materiais e jurídicas desde o princípio e, ainda, sublinha o artigo 5º, nº 1, do CCP, que o princípio em comento não será aplicado nas situações em que o objeto do contrato abranger prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência dada a sua natureza ou suas características.

Casos em que não se aplica o princípio da concorrência podem ser traduzidos nos contratos cujo objeto é a edificabilidade e nos contratos mistos.

Por derradeiro, a estes contratos para planeamento sujeitos as regras da concorrência, entendemos que o Código de Contratos Públicos no direito do urbanismo tem aplicação subsidiária, ou seja, na eventualidade de não existir norma específica sobre a matéria no RJIGT, aplicar-se-á o CCP.

7. Considerações finais

O contrato administrativo surgiu no Direito como uma modalidade diferente de contratação, rompendo com as noções até então existentes na teoria geral dos contratos, sensivelmente informada pelos princípios específicos do direito privado, inaplicáveis nos ajustes promovidos pela Administração.

A despeito da caracterização do contrato urbanístico, alguns elementos saltam aos nossos olhos como mais expressivos, como é o caso da presença da Administração, da submissão ao regime de direito público e da necessidade coletiva (atividade urbanística) subjacente à contratação.

Desse modo, surge a participação dos interessados nos contratos urbanísticos, garantida a nível constitucional – artigo 65 –, e para que tal direito seja exercício, a Administração deve observar as disposições contidas na Diretiva 2014/24/UE, dentre as quais destacamos a regra do princípio da concorrência.

Em geral, partilhamos do entendimento de que os contratos urbanísticos em sentido estrito devem observar o princípio da concorrência. Nos casos em que haja pluralidade de potenciais interessados, somada à necessidade de satisfação do interesse público, a concorrência de mercado deve ser observada a fim de garantir uma igualdade de tratamento e de obter a melhor vantagem econômica para a Administração.

Excepcionalmente, entendemos que o princípio tão caro a União Europeia não se aplica aos contratos de execução de planos em que haja uma individualização do proprietário do terreno, atrelado ao dever legal de realizar a obra pública (artigo 5º, nº 1, do CCP), independentemente do limiar disciplinado no artigo 4º, da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

O mencionado princípio também não se aplica nos casos em que o Município celebra o contrato de concessão (I) com suas empresas societárias ou entidades empresariais por ele detidas exclusivamente, (II) com as empresas municipais pluripessoais de capitais exclusivamente públicos e sob a influência dominante daquele município, bem como (III) nos casos em que faz parte da relação de concessão urbanística uma empresa municipal de capitais totalmente públicos e cujo Município Concedente tem participação minoritária, com fulcro no artigo 5º-A, do CCP (contratação “*in house*”).

Em último ponto, no tocante aos contratos para planeamento, para que pudéssemos analisá-los sobre a óptica da concorrência pública, os instrumentos foram divididos em três situações: infungibilidade do contratado, fungibilidade dos interessados e contratos mistos.

Assim, podemos dizer que o princípio da concorrência pública não se aplica aos contratos para planeamento em que o contratado é infungível, como ocorre nos casos da edificabilidade estrita, em que o proprietário é certo, devido à vinculação de seu terreno ao plano de urbanização, o que “obriga” a Administração a celebrar o contrato com este cidadão.

Soma-se também que os contratos mistos também são excluídos da competição entre os “possíveis” interessados.

Sublinhamos ainda que a concorrência de mercado deve ser aplicada aos contratos para planeamento em que o contratado se mostre fungível, isto é, em que haja pluralidade de potenciais interessados em celebrar o contrato e, com a deflagração desse procedimento, a Administração obterá a melhor vantagem possível. Hipóteses como essas são aquelas vistas, por exemplo, nos contratos para planeamento sem sentido estrito, nos contratos urbanísticos integrais e nos contratos de concepção e aquisição de planos.

A ressalva que fazemos é que no atual RJIGT não foi contemplado o contrato urbanístico integral, assim como não foi recepcionado o artigo 6º-B, que tratava do procedimento concursal. Assim, em razão do atual RJIGT não conter normas que vede

expressamente a celebração de contratos urbanísticos integrais, como também a realização do procedimento concursal, entendemos que tais institutos ainda vigoram no ordenamento jurídico português atual.

E mais, com a celebração do contrato urbanístico integral podemos verificar com maior credibilidade e eficiência que o interesse público será alcançado sem qualquer obstáculo, pelo fato de após a elaboração, alteração ou revisão do plano, a sua execução terá início para concretude do bem público almejado.

E, no caso do artigo 6º-B, do antigo RJIGT, cujas disposições tratavam-se de norma habilitante, somado ao fato de que o dispositivo em comento não consta no atual diploma, entendemos que o CCP deve ser aplicado de forma subsidiária a fim de sanar tal lacuna.

Acresça-se que o princípio da concorrência, na atualidade, concorre com outros fatores que implicam na sua relativa minimização para que a efetividade do interesse público (no caso, fim urbanístico) seja alcançada, também, da forma menos custosa ao Poder Público, o que só tem a corroborar as razões acima difundidas para que certos contratos urbanísticos fossem excluídos da concorrência de mercado.

Por derradeiro, a estes contratos urbanísticos sujeitos as regras da concorrência, entendemos que o Código de Contratos Públicos tem aplicação subsidiária, ou seja, na eventualidade de não existir norma específica sobre a matéria no RJIGT ou outra legislação específica e pertinente ao contrato, aplicar-se-á o CCP.

8. Referências bibliográficas

- CORREIA, Fernando Alves. Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo e Direito Europeu. Apontamentos para uma Reflexão, in *Estudos em homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013. pp. 209/256.
- CORREIA, Fernando Alves. *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo: legislação básica*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. 2. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORREIA, Jorge André de Carvalho Barreira Alves. A contratação urbanística em Portugal à luz do Código dos Contratos Públicos e do Direito da União Europeia, in *Revista Direito Regional Local (DRL)*. Publicação trimestral – nº 19. Julho/Setembro, pp. 27/41, 2012.

- CORREIA, Jorge André de Carvalho Barreira Alves. *Contratos Urbanísticos: Concertação, Contratação e Neocontratualismo no Direito do Urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016.
- MIRANDA, João. *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. As virtualidades das unidades de execução num novo modelo de ocupação do território: Alternativa aos planos de pormenor ou outra via de concertação de interesses no direito do urbanismo?, in *Revista Direito Regional Local (DRL)*. Publicação trimestral – nº 02, Abril/Junho, pp. 17/31, 2008.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Contratos para planeamento: da consagração legal de uma prática, às dúvidas do enquadramento legal*. Coimbra: Almedina, 2009.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial: Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio: comentado*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PORTUGAL. Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis. Acesso em janeiro de 2018.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (CRP), aprovada pelo Decreto de 10/04 de 76. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis. Acesso em janeiro de 2018.
- PORTUGAL. Direito de Participação Procedimental e de Acção Popular. Lei nº 83/95, de 31 de agosto. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: janeiro de 2018.
- PORTUGAL. Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (LBOTU). Lei nº 31/2014, 30 de maio. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2123&tabela=leis&so_miolo. Acesso em janeiro de 2018.
- PORTUGAL. Regimento Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei nº 80/2015, de 14 de maio. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2333&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em janeiro de 2018.
- PORTUGAL. Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (RJRU), aprovado pelo Decreto-Lei nº 307/2009, de 23 de outubro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1197&tabela=leis. Acesso em janeiro de 2018.

- PORTUGAL. Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), aprovado pelo Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de dezembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=625&tabela=leis. Acesso em janeiro de 2018.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos Contratos Públicos: anotado e comentado*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Proc. C-451/08. Terceira Secção. *Helmut Müller GmbH* contra *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (Alemanha). Julgado em 25/03/2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80477&pageIndex=0&do-clang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488796>. Acesso em: janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Proc. C-220/05. Primeira Secção. *Jean Auroux* contra o *Commune di Roanne* (França). Julgado em 18/01/2007. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65122&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=489321>. Acesso em: janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Proc. C-412/04. Segunda Secção. Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana (Itália). Julgado em 21/02/2008. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71994&pageIndex=0&do-clang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=488538>. Acesso em janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Proc. C-399/98. Sexta Secção. *Ordine degli Architetti delle province di Milano* contra o *Comune di Milano* (Itália). Julgado em 12/07/2001. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/show-Pdf.jsf?text=&docid=46535&pageIndex=0&do-clang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=283890>. Acesso em: janeiro de 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acesso em: janeiro de 2018.
- ZBYSZEWSKI, João Paulo. *Regime da Reabilitação Urbana – anotado e comentado*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2010.