

A Sua Excelência
O Secretário de Estado da Cultura
Palácio Nacional da Ajuda
1349-021 Lisboa

V.ª Ref.ª
Ofício n.º 6392
DBC/DPIMI/UCC
P.20005/11-10/2/CL/116

V.ª Comunicação
20/06/2013

Nossa Ref.ª
Proc. Q-6342/12 (UT 1)

RECOMENDAÇÃO N.º 6/A/2014

(artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, na redação da Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro)

ASSUNTO: património cultural - classificação – imóvel de interesse público – zona de proteção – princípio da proporcionalidade – desvio de poder

Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, e em face da motivação seguidamente apresentada, RECOMENDO a V. Exa que:

- I) Tome a iniciativa de alterar o conteúdo da zona de proteção especial à *Casa LG ...*, sita em Caxias, concelho de Oeiras, que resulta da Portaria n.º 740-AO/2012, de 12 de dezembro, de modo a refletir uma ponderação razoável dos vários interesses legítimos relevantes e a cumprir as obrigações decorrentes do princípio da proporcionalidade, concretizadas nas especificações próprias do artigo 43.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro.
- II) Determine a revogação do despacho interpretativo do artigo 43.º, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, praticado, em 10/03/2010, pelo chefe de gabinete do então secretário de Estado da Cultura, sobre a Informação n.º 654379 DSBC/DRCN/10, da Direção Regional da Cultura (Norte).

- III) Oriente a Direção-Geral do Património Cultural e as direções regionais de cultura para adaptarem progressivamente as zonas especiais de proteção que tenham sido delimitadas em circunstâncias análogas e com termos semelhantes, ou seja, abrindo mão de especificar as limitações e restrições excessivas sobre os imóveis abrangidos.
- IV) Oriente esses mesmos órgãos no sentido de promoverem a participação prévia dos municípios, não apenas quanto ao ato de classificação, como também quanto ao conteúdo imposto por meio das zonas especiais de proteção e suas vicissitudes.
- V) Na eventualidade de se encontrarem em fase adiantada planos integrados ou planos de pormenor de salvaguarda para as áreas a proteger (artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro), sejam compreendidas estas medidas nesses instrumentos e atribuída prioridade à sua tramitação.

Consigno que foram atendidas as explicações prestadas pelos serviços superiormente dirigidos por Vossa Excelência.

§1.º - Considerações preliminares

1. Apreciamos uma queixa relativa à zona especial de proteção delimitada em redor da *Casa LG ...*, sita à Rua..., em Caxias, concelho de Oeiras, imóvel classificado de interesse público pelo disposto no artigo 1.º da Portaria n.º 740-AO/2012, de 12 de dezembro (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 248, de 24 de dezembro de 2012).
2. Opõe o queixoso, em defesa da proprietária de um imóvel compreendido na zona especial de proteção, que foi preterida a audição da Câmara Municipal de Oeiras, incumprindo-se o disposto no artigo 41.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro.

3. A proposta sujeita à participação não definia as limitações nem os condicionamentos, suscitando dúvidas aos interessados acerca do exato alcance que viria produzir¹.
4. A omissão do enunciado das restrições concretamente impostas às zonas especiais de proteção compaginava-se com instruções superiores sobre como interpretar o disposto no artigo 43.º do citado diploma².
5. A Direção-Geral do Património Cultural foi interpelada pelos meus colaboradores e limitou-se a renovar as considerações já anteriormente replicadas ao queixoso.
6. Em suma, o disposto no citado artigo 43.º, n.º 1, prevê a faculdade de especificar *zonas non edificandi* e outras condições, o que, literalmente, não lhes deixaria dúvidas³:

«Ao inserir a palavra "podendo especificar" (...), o legislador permitiu, sem sombra de dúvida, que uma ZEP possa apenas ser definida pela sua área – na esmagadora maioria dos casos superior a uma ZEP *standard* – aplicando-se aqui as normas constantes do artigo 43.º da LPC e 51.º, n.º 1, do DL 309/2009.»

7. Razões semelhantes levam a Direção-Geral do Património Cultural⁴ a considerar que os órgãos municipais, só excepcionalmente têm algo a dizer acerca da concreta definição das restrições:

¹ Tão-pouco o ato definitivo, pois no artigo 2.º, da Portaria n.º 740-AO/2012, ocorre apenas a remissão para a planta de delimitação, cuja leitura pouco mais permite do que identificar o polígono do imóvel classificado e a delimitação da zona especial de proteção, cuja extensão muito superior é muito superior aos 50 metros das zonas comuns.

² Algo que se admitia na informação da extinta Direção Regional de Cultura de Lisboa e Vale do Tejo (Informação n.º 211/DRCLVT/2012):

«Atendendo a que o artigo 43.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, habilita não obriga, não foram especificadas na ZEP a fixar as restrições indicadas no supra referido artigo. Esta metodologia decorre na sequência do despacho do Exmo. Senhor Arq. Pinho Lopes, Chefe do Gabinete do Secretário de Estado da Cultura, de 11/3/2010, relativo à aplicação do artigo 43.º»

³ Parecer n.º 61/GJ/2013, de 7 de junho, Direção-Geral do Património Cultural, homologado por despacho superior de 17/06/2013.

⁴ *Ibidem*.

«Ora bem, se a entidade competente da administração central define para uma determinada ZEP somente uma área, não necessita, nem deve (...), envolver a câmara municipal na definição da mesma» autarquia para a elaboração. A opção da chamada da autarquia para a elaboração conjunta de uma determinada ZEP relativa a imóvel de âmbito nacional, é um poder conferido por lei ao órgão da administração central responsável pela proteção do património cultural de âmbito nacional. Poder que se transforma em dever se numa ZEP forem inseridos elementos referentes a atribuições/competências do município onde se encontre o imóvel classificado.»

8. Por seu turno, a Câmara Municipal de Oeiras confirmou ter sido notificada para se pronunciar em audiência prévia, mas não considerou insuficientes os elementos. De resto, já tinha prestado informações ao extinto IPPAR e reconhecido que a zona especial não justificava objeções da sua parte.
9. A Direção Regional de Cultura do Norte, em casos semelhantes, tinha assinalado contingências de ordem circunstancial para poder concretizar as especificações de cada zona especial de proteção⁵:

«A aplicação do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 309/2009 implica um estudo rigoroso das tipologias e morfologias das áreas em questão, da sensibilidade arqueológica, dos usos do solo, das dinâmicas e expectativas urbanísticas e das condições socioeconómicas da população, levada a cabo – para ser credível – por uma equipa multidisciplinar. Exige ainda uma atenta consulta dos interessados e das autarquias, com quem se deve trabalhar em parceria nesta matéria. Trata-se de uma tarefa de grande responsabilidade, que não pode ser realizada com base numa abordagem rápida, de tipo empírico ou impressionista.»

10. Encontrar-se-ia iminente, ao tempo, a caducidade de múltiplas iniciativas de classificação (artigo 78.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro⁶) e, por conseguinte, urgia concluir os procedimentos, ainda que

⁵ Informação n.º 654379 DSBC/DRCN/10.

⁶ O termo de um ano veio a ser prorrogado até 31 de dezembro de 2012, através do Decreto-Lei n.º 115/2011, de 5 de dezembro, e até 30 de junho de 2013, em certas circunstâncias, através do Decreto-Lei n.º 265/2012, de 28 de dezembro.

sacrificando «a necessária ponderação e qualidade, propostas de zonamento e restrições»⁷.

11. O gabinete do antecessor de Vossa Excelência aquiescera. Pelo menos para os procedimentos iniciados antes da publicação do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, não haveria necessidade de especificações, até porque isso representaria uma aplicação retroativa da lei.
12. Observo, desde já, que a homologação da informação parcialmente transcrita pelo já citado⁸ despacho de 11/03/2010 do chefe de gabinete do então secretário de Estado da Cultura, infringiu normas de competência, pois aos chefes de gabinete dos membros do Governo não é permitido senão exercer os poderes – próprios ou delegados – que, ao tempo, se encontrassem expressamente enunciados no Decreto-Lei n.º 262/88, de 23 de julho⁹.
13. O centro das questões controvertidas parece-me delimitado. Trata-se da interpretação do disposto no artigo 43.º, n.º 2 a n.º 4, da Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro (Bases da Política e Regime de Proteção e Valorização do Património Cultural), e do disposto no artigo 43.º, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, no que diz respeito à servidão administrativa designada zona de proteção constituída nas imediações de um imóvel ou de um conjunto de imóveis classificados ou em vias de classificação.
14. Por um lado, importa saber se é obrigatória e com que alcance a intervenção municipal. Por outro lado, saber se cada uma das zonas de proteção obriga a uma especificação das limitações e restrições impostas aos proprietários dos imóveis afetados ou se, pelo contrário, é de admitir uma aplicação supletiva pelo máximo de sacrifícios previstos na lei (artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro).

⁷ Cf. Informação n.º 211/DRCLVT/2012, aprovada pelo diretor regional, em 24/01/2012. Estaria em causa a restituição de processos instrutores pelo presidente do extinto IGESPAR, IP, para se pronunciarem de acordo com o sempre citado artigo 43.º.

⁸ *Supra*, nota 2.

⁹ Revogado, entretanto, pelo Decreto-Lei n.º 11/2012, de 20 de janeiro, sem inovar, contudo, neste aspeto.

15. Os imóveis classificados beneficiam de uma *zona geral* de proteção (artigo 43.º, n.º 1), no interior de um perímetro de 50 metros, traçado a partir do polígono que representa os limites externos do imóvel ou do conjunto de imóveis classificados.
16. A julgar-se insuficiente, pode, por portaria, ser estabelecida uma zona mais vasta (n.º 2). Designa-se *zona especial* de proteção. Traçada do mesmo modo, pode ir muito além dos 50 metros e, ao contrário das primeiras, pode incluir zonas *non aedificandi* (n.º 3).

§2.º - Da natureza jurídica e estatuto das zonas especiais de proteção

17. Zonas gerais e especiais, ambas constituem verdadeiras servidões administrativas (n.º 4), nomeadamente por condicionarem a urbanização e a edificação, com prevalência sobre os planos municipais ou especiais de ordenamento do território.
18. Por isso, os órgãos municipais não podem admitir operações que «alterem a topografia, os alinhamentos e as cêrceas e, em geral, a distribuição de volumes e coberturas ou o revestimento exterior dos edifícios» sem o parecer favorável da Direção-Geral do Património Cultural ou das direções regionais (onde existam).
19. As servidões administrativas, por definição, delimitam negativamente o aproveitamento edificatório. Delas resultam situações jurídicas passivas *propter rem*, como, por exemplo, o ónus de preferência em favor do Estado na venda ou dação em pagamento dos imóveis incluídos em zonas de proteção (artigo 37.º da Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro).
20. Contudo, a proteção e a valorização do património classificado não se reduz a este meio. É por isso que, por meio do artigo 44.º, n.º 1, ficou o legislador incumbido de encontrar «outras formas de assegurar que o património cultural se torne elemento potenciador da coerência dos monu-

mentos, conjuntos e sítios que o integrem, e da qualidade ambiental e paisagística».

21. Ideal, no quadro legislativo, seria aprovar um plano de pormenor de salvaguarda por iniciativa municipal (artigo 53.º, n.º 1) ou de um plano integrado por iniciativa da administração central (n.º 2).
22. Até lá, «a concessão de licenças, ou a realização de obras licenciadas, anteriormente à classificação (...) dependem do parecer prévio favorável da administração do património cultural competente» (artigo 54.º, n.º 1).
23. Parece razoável que os particulares conheçam de antemão as limitações com as quais se irão confrontar doravante. Parece ainda razoável que, em cada zona especial, se poupem os proprietários a limitações sem utilidade para a proteção ou valorização do imóvel classificado – não raro, a centenas de metros – ou que não se adequem à concreta configuração espacial.
24. Uma vez que o sacrifício especial recai sobre a conformação de direitos seus, é justo que conheçam, com alguma margem de certeza e de segurança jurídica, os principais impedimentos a que ficam sujeitos, designadamente em matéria de obras de alteração exterior ou de ampliação.

§3.º Da participação municipal

25. Justifica-se plenamente aplicar o regime geral da constituição das servidões administrativas, consagrado, até há pouco, no Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de abril.
26. Até há pouco, pois entrou em vigor, em 29 de junho de 2014, com a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio (Bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo) um novo quadro normativo das servidões administrativas (artigo 33.º), mas que, no essencial, o reproduz.

27. O aviso público e a audiência dos interessados estendem-se do momento constitutivo (artigo 1.º, n.º 1) até cada uma das ampliações ou agravamentos das onerações (n.º 2) e a participação municipal obrigatória importa que à câmara municipal sejam dadas a conhecer a área, encargos e restrições a impor (artigo 2.º, n.º 1), para poder formular «as observações que lhe parecerem convenientes» (artigo 5.º, n.º 2).
28. De modo a que a participação dos interessados não seja um exercício fútil e possa considerar aspetos de legalidade e de mérito – como a «inutilidade da constituição ou alteração da servidão ou a sua excessiva amplitude e onerosidade» (artigo 4.º) – bem se vê como é indispensável conhecer, em concreto, as limitações que se preveem.
29. Há de concluir-se, pois, pela obrigatoriedade da participação municipal, conquanto o seu parecer não seja vinculativo (artigo 98.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).
30. É certo que no artigo 25.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, apenas se obriga à audiência prévia dos municípios quando do ato de classificação, sem se fixar que essa participação incida na constituição de uma zona especial de proteção.
31. Não é menos certo, contudo, mostrar-se precipitado o afastamento de uma participação mais extensa com base neste preceito, porquanto a classificação e a constituição da zona de proteção podem praticar-se no mesmo ato e ao mesmo tempo ou ficar relegada esta última para os 18 meses subsequentes (artigo 42.º, n.º 1), conservando-se até lá a zona provisória de proteção, observada ao longo do procedimento (em vias de classificação).
32. Como tal, não podem restar dúvidas. Sem prejuízo da articulação da Direção-Geral do Património Cultural com as câmaras municipais, de forma a ser constituída uma unidade autónoma de planeamento (artigo 41.º, n.º 2) e de ser divulgada a consulta pública no boletim e sítio eletrónico do município (artigo 46.º, n.º 2), é obrigatório o parecer municipal sobre a cons-

tuição, ampliação ou agravamento da servidão administrativa, em cumprimento do artigo 5.º n.º 2, do Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de abril.

33. Vejamos, em seguida, os exatos termos do conteúdo de uma zona especial de proteção.

§4.º - Conteúdo da zona especial de proteção: discricionariedade administrativa e limites

34. Esse conteúdo reflete o exercício de um poder discricionário, o que, quanto mais não seja, obriga o motivo principalmente determinante das opções adotadas a convergir para o fim de «proteção e valorização do bem imóvel classificado» (artigo 43.º, n.º 1), concretizado no «enquadramento paisagístico do bem imóvel e as perspectivas da sua contemplação» (artigo 43.º, n.º 2) assim como a respeitar os princípios gerais de direito administrativo.
35. Depois, não se trata de discricionariedade plenamente criativa ou de decisão, mas em boa parte, e segundo a terminologia tradicional, de discricionariedade optativa ou de escolha¹⁰.
36. Assim, no artigo 43.º, n.º 1, a extensão da zona especial e as restrições têm de ser adequadas ao fim, podendo identificar-se, além de zonamentos específicos (n.º 3¹¹):
- a) Zonas *non aedificandi*;
 - b) Áreas de sensibilidade arqueológica;
 - c) Os edifícios individual ou coletivamente identificados que:

¹⁰ V., por todos, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª edição, Coimbra, 2011, p. 43.

¹¹ Assim, deve abranger, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, «os espaços verdes, nomeadamente jardins ou parques de interesse histórico, que sejam relevantes para a defesa do contexto do bem imóvel classificado».

- i. admitam obras de alteração na sua morfologia, cromatismo e revestimento exterior;
 - ii. devam ser preservados;
 - iii. possam ser demolidos, ainda que sob circunstâncias excecionais;
 - iv. possam suscitar o exercício do direito de preferência;
- d) As condições e periodicidade das obras de conservação em certos imóveis;
- e) A disciplina genérica da afixação de publicidade.
37. No artigo 51.º, n.º 2, alínea b), acrescenta-se ainda ao conteúdo de cada zona especial de proteção o enunciado das operações urbanísticas que possam ficar isentas do parecer da Direção-Geral do Património Cultural, a indicar expressamente na portaria que a fixa.
38. Temos, pois, que muitas das especificações pretendem aliviar o excesso de restrições e limitações. Visam afastar aquelas que se podem individualizar como manifestamente excessivas.
39. Se é de admitir um conteúdo uniforme para as zonas de proteção provisórias e, por definição, para as zonas gerais de proteção, desde logo, pela extensão fixada *ope legis* (artigo 43.º, n.º 1, da Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro), o mesmo não pode valer para as zonas especiais de proteção. Justamente por serem especiais.
40. Apesar das prorrogações legislativas do termo de caducidade dos procedimentos de classificação que se encontravam em curso ao tempo da publicação do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, os serviços viram-se a braços com um vasto conjunto de classificações quase em simultâneo.
41. Esta circunstância, porém, não constitui motivo bastante para definir um conteúdo indistinto na generalidade das zonas especiais de proteção de cada imóvel classificado. Como se viu, o órgão competente dispõe de 18 meses, desde a publicação oficial do ato de aprovação, para estipular com

conta, peso e medida as restrições adequadas à proteção especial de cada imóvel classificado.

42. Não é justo fazer reverter sobre os proprietários de edificações sitas nas imediações de um imóvel classificado o congestionamento dos serviços públicos em face dos procedimentos de classificação e diante do termo do prazo que determinaria a caducidade das iniciativas (imóveis em vias de classificação).

43. A zona especial de proteção

«tem um sentido operativo, ao especificar as restrições imprescindíveis à proteção e à valorização do imóvel classificado, permitindo que os interessados saibam, com maior celeridade e segurança jurídica, quais as operações urbanísticas que aí podem realizar. As regras estabelecidas pela zona especial de proteção sobrepõem-se às normas dos instrumentos de gestão territorial em vigor»¹².

44. Quer isto dizer que a definição de cada zona *especial* de proteção não pode nunca abrir mão de uma apreciação individual e concreta: a extensão do perímetro, as características do imóvel classificado, o contexto urbanístico e paisagístico, a caracterização socioeconómica do local e os valores ambientais.

45. Para o órgão competente definir uma zona especial de proteção em conformidade com o princípio da proporcionalidade tem de exercer os poderes que a lei lhe confere: nem pode abster-se, sem mais, de fixar nenhuma das restrições possíveis, nem pode, por sistema, fixar todas as restrições possíveis pelo limiar superior.

46. Se nada estipular, o ato é inválido por se alhear do interesse público. A renúncia ao exercício de uma competência de ordem pública importa a nulidade do ato (artigo 29.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).

¹² FLÁVIO LOPES, *Zonas de Proteção ao Património Arquitetónico: para que servem?* Ed. Caleidoscópico, Sintra, 2013, p. 155.

47. Se tudo estipular, criando um excesso de proteção, o ato é inválido por violar as várias disposições legais que abrigam o princípio da proporcionalidade, a começar pelo artigo 43.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 309/2009, de 23 de outubro.

§5.º - Das concretizações do princípio da proporcionalidade

48. Ao observarmos com atenção as especificações que o órgão competente pode introduzir numa zona especial de proteção, podemos reconhecer, em algumas, um imperativo de proporcionalidade. Se o fim mediato é de proteger e valorizar o imóvel classificado, *o fim concreto e imediato* é o de aliviar o peso excessivo que vem onerar os proprietários dos imóveis sitos na zona especial de proteção, designadamente por identificação aqueles que, indiscutivelmente, não interessa ao Estado adquirir no exercício do direito de preferência, pelo enunciado das obras com diminuto alcance e impacto na proteção e valorização do imóvel ou através de critérios para a mera conservação das edificações.
49. Tenhamos presente que, por exemplo, na situação da *Casa LG...*, estamos a falar de muitas dezenas de moradias unifamiliares ao longo de uma extensão considerável.
50. No caso do direito de preferência, chega-se a confessar o excesso, no teor da informação n.º 211/DRCLVT/2012, como resposta ao autor de uma queixa endereçada a Vossa Excelência.
51. Com efeito, antecipa-se o juízo, segundo o qual as preocupações dos proprietários não teriam razão de ser, pois o exercício da preferência prevê-se venha a ficar circunscrito «aos sítios arqueológicos carecidos de proteção alargada, o que não é o caso em apreciação».
52. Reconhecido o diminuto interesse na aquisição dos imóveis compreendidos na zona especial de proteção, exigem o princípio da proporcionalidade e o princípio da segurança jurídica que, ao menos, se afas-

tem os imóveis que inequivocamente é inútil adquirir para proteger ou valorizar a *Casa LG...*

53. Não basta alvitrar que sobre eles recai a preferência por simples comodidade administrativa, obrigando os proprietários, quando da sua alienação onerosa, a comunicarem ao Estado (artigo 36.º, n.º 1, da Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro) e terem de aguardar pela pronúncia ou pelo decurso do prazo, sob pena de o notário e o conservador impedirem, respetivamente a escritura pública e a inscrição registral.
54. Decerto poderiam ter sido discriminadas os quarteirões, arruamentos ou parte dos arruamentos cujas edificações admitem obras de alteração exterior, no respeito por certos condicionalismos.
55. E, bem assim, em cumprimento do artigo 51.º, n.º 2, alínea b), discriminar as obras de escassa relevância.
56. A isenção de licença e de comunicação prévia de certas operações urbanísticas mercê da sua escassa relevância não vale para as zonas de proteção (artigo 6.º-A, n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação¹³).
57. Subsiste – para todas elas – o controlo municipal e o parecer obrigatório e vinculante da Direção-Geral do Património Cultural.
58. Ora, o artigo 51.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, determina expressamente que se excluam as operações urbanísticas isentas de parecer favorável.
59. A especificação é um dever para o Estado, sempre que se possa reconhecer a inutilidade ou desnecessidade do parecer prévio da Direção-Geral do Património Cultural.
60. Pensemos, por exemplo, em algumas obras de escassa relevância urbanística (artigo 6.º-A, n.º 1, do Regime Jurídico da Urbanização e da

¹³ Desde a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de março.

Edificação) e que só se encontram sujeitas a controlo municipal para reforçar a garantia de intervenção da Direção-Geral do Património Cultural com o seu parecer: «muros de vedação até 1,80 m de altura que não confinem com a via pública», «estufas de jardim com altura inferior a 3 m e área inferior a 20 m²» ou «substituição dos materiais de revestimento exterior ou de cobertura ou telhado por outros que, conferindo acabamento exterior idêntico ao original, promovam a eficiência energética».

61. Dizer que o fim concreto destas especificações é o de obviar a excessos é o mesmo que dizer que o fim próprio destas normas é nem mais nem menos do que o princípio da proporcionalidade.

§6.º - Fim assinalado por lei e motivo principalmente determinante no exercício de um poder discricionário

62. Ao abster-se de um mínimo de concretização e de individualização, o órgão desvia-se do fim: o ato é praticado com desvio de poder.
63. O motivo principalmente determinante foi o de apressar a classificação e de fixar, quanto antes, uma zona especial de proteção, mas em contraste com o fim específico de algumas destas normas que é o de conter sacrifícios desnecessários, inidóneos ou absolutamente desequilibrados diante da proteção e da valorização do imóvel classificado.
64. A vinculação pelo fim é o limite ancestral do poder discricionário, marca o início da longa evolução¹⁴ que lhe assinalaria limites externos e internos, de modo a não poder confundir-se com o arbítrio.
65. Como explica JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁵, «(...) em virtude da precedência da lei, não haverá dúvida atualmente de que a discricionariedade não designa uma liberdade administrativa: é um espaço

¹⁴ V. § único do artigo 19.º, da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo.

¹⁵ Ob. cit., p. 42.

decisório que resulta de concessão legislativa, nos termos do princípio da competência».

66. O desvio de poder não se circunscreve à quebra de imparcialidade, à sobreposição de interesses privados – individuais ou coletivos – ao interesse público.
67. O desvio do poder discricionário para um fim outro público que não o fim principal que justifica a competência pública é quanto basta para verificar a ilegalidade¹⁶.
68. Ninguém tem dúvidas quanto à prossecução do interesse público, mandatada pelo disposto no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro. Se a proteção e valorização da *Casa LG...* não se bastam com a zona geral de proteção, justifica-se certamente a constituição de uma zona especial de proteção.
69. Todavia, o interesse público é igualmente prosseguido com uma carga de ónus, encargos, limitações e restrições ao gozo e transmissão dos imóveis abrangidos, o que revela ser indevido o excesso de proteção.
70. De outro modo, parece que não é apenas a *Casa LG...* a ser classificada, mas todos os imóveis da zona especial de proteção, sob o estatuto de conjunto classificado (artigos 54.º e seguintes).
71. A proteção especial da zona não fica longe de uma medida de efeito equivalente à própria classificação da *Casa LG...*. Quase como se todo o *conjunto de imóveis* tivesse sido classificado, o que nem aconteceu nem era intenção do Governo.
72. Note-se, porém, que até para os *conjuntos de imóveis classificados* (artigo 54.º) se preveem graduações no nível de compressão.

¹⁶ V., por todos, JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 11.ª edição, Ed. Âncora, Lisboa, 2013, p. 245, nota 166.

73. Por maioria de razão, para os imóveis não classificados, mas localizados em zona especial de proteção de um imóvel classificado (artigo 43.º) as diferenciações hão de ser ponderadas *prima facie*.
74. Nem todos se encontram na mesma proximidade. Nem todos pertencem aos mesmos enfiamentos de vistas. Nem todos possuem as mesmas características.
75. O Governo não se encontra vinculado a fixar todas as restrições enunciadas no artigo 43.º, n.º 1, mas tão-só as que se afigurem convenientes e, dentro destas, as que se revelem necessárias, adequadas e em justo equilíbrio com a proteção e valorização arquitetónica da *Casa LG*....
76. Ao que já se encontra vinculado é a conter as restrições adotadas, justamente por meio dos poderes de especificação e diferenciação, cujo exercício reflete um dever.
77. O conteúdo definido para as zonas especiais de proteção pode ser modificado, aplicando-se com necessárias adaptações o quadro normativo dos artigos 36.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro.
78. Imperativos de legalidade sugerem que a zona especial de proteção da *Casa LG*... seja modificada no sentido de especificar minimamente os imóveis afetados e que o Estado não pretende adquirir no exercício da preferência legal, de especificar as obras de alteração exterior permitidas e individualizar, de entre as obras de escassa relevância urbanística, aquelas que, do mesmo passo, demonstrem escassa ou nenhuma relevância para a proteção e valorização da *Casa LG*....
79. Sem esta medida, os proprietários lesados arbitrariamente podem, com bons motivos, reclamar o ressarcimento por danos patrimoniais imputados ao excessivo sacrifício (artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro).

80. Imperativos de justiça levam a reconhecer no exercício desse poder um verdadeiro e próprio dever: o dever de prosseguir o interesse público, não de um qualquer modo, mas no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos.

§7.º - Conclusões

- A. Apesar de ouvida a Câmara Municipal de Oeiras sobre a classificação da *Casa LG...*, sita à Rua ..., em Caxias, deveria também ter sido notificada para se pronunciar acerca do conteúdo das restrições e limitações impostas com a instituição da zona especial de proteção que resulta do artigo 2.º da Portaria n.º 740-AO/2012, de 12 de dezembro).
- B. Embora constitua um poder discricionário a definição das restrições e das limitações, dos ónus e encargos, que recaem sobre o gozo e a transmissão de imóveis sitos em zonas especiais de proteção (artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro), isso não permite ao órgão competente estabelecer, de modo universal, o pleno dos sacrifícios.
- C. Na parte que diferencia esse pleno daquilo que é adequado, necessário e equilibrado para a salvaguarda e valorização do imóvel classificado, ocorre um excesso, cuja proibição resulta do princípio da proporcionalidade, indiciado em várias disposições do Decreto-Lei n.º 309/2009, de 23 de outubro, e a título principal, no próprio artigo 43.º.
- D. Sempre que as especificações enunciadas na lei tenham como fim aliviar o peso excessivo das limitações impostas, esse fim vincula direta e imediatamente o exercício do poder discricionário, ao ponto de ocorrer desvio de poder se o motivo principalmente determinante da opção for outro.
- E. Circunstâncias excecionais de congestionamento administrativo, em face da iminente caducidade de múltiplos procedimentos de classificação de imóveis, podem explicar, mas não justificar a ilegalidade e a injustiça praticadas.

- F. Explicar, refira-se, apenas em parte, pois nada obrigava a que as zonas especiais de proteção fossem aprovadas em conjunto com a classificação, prevendo-se justamente um prazo de 18 meses com esse desiderato (artigo 42.º, n.º 1).
- G. A justificação, por seu turno, não se encontrou.
- H. A Portaria n.º 740-AO/2012, de 12 de dezembro, deve ser alterada com o alcance de tornar consentâneos os seus efeitos lesivos com o princípio da proporcionalidade.
- I. Uma tal alteração convém ao princípio da segurança jurídica, ao diminuir a incerteza dos proprietários lesados, e convém ao interesse público por permitir expurgar procedimentos administrativos reconhecidamente inúteis.
- J. Referimo-nos à transmissão de factos respeitantes à venda ou dação em pagamento de imóveis, para exercer um direito de preferência que se saiba de antemão não vir a sê-lo. Referimo-nos à identificação de obras de escassa ou nenhuma relevância para a salvaguarda e valorização do imóvel classificado, para afastar licenças municipais e pareceres da Direção-Geral do Património Cultural superabundantes. Referimo-nos às obras de alteração exterior permitidas, ao menos, nos edifícios mais afastados ou com menor significado paisagístico e a uma desejável definição dos critérios a que as obras de conservação devem obedecer.

Solicito a Vossa Excelência que, dando cumprimento do disposto no artigo 38.º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, me transmita, no prazo de 60 dias a contar da receção desta recomendação, a posição que vier a adotar.

O Provedor de Justiça

(José de Faria Costa)