



Universidades Lusíada

Sousa, António Francisco de, 1956-

O princípio da justa ponderação em direito administrativo

<http://hdl.handle.net/11067/7478>

<https://doi.org/10.34628/4AJ7-TQ28>

Metadata

Issue Date	2023
Abstract	<p>Com origem e especial interesse no direito do urbanismo, a ponderação tem vindo a tornar-se cada vez mais numa “forma de agir” da Administração pública em geral. No Estado de direito, só há lugar para uma ponderação: a justa ponderação. Isto significa a exclusão de qualquer arbítrio ou discricionariedade da Administração quando procede a ponderações, avaliações, pesagens de prós e contras, de custos e benefícios. Nestas operações, o ótimo é sempre exigido pela lei e pelo direito, na forma de “ju...</p> <p>With its origin and special interest in urban planning law, weighting has increasingly become a “way of acting” for public administration in general. In the rule of law, there is only room for one balancing act: fair balancing. This means the exclusion of any discretion or discretion of the Administration when carrying out weightings, evaluations, weighing of pros and cons, of costs and benefits. In these operations, the optimum is always required by law and law, in the form of “fair weighting”,...</p>
Publisher	Universidade Lusíada Editora
Keywords	Direito internacional privado – Direito administrativo
Type	article
Peer Reviewed	yes
Collections	[ILID-CEJEIA] Polis, s. 2, n. 08 (Julho-Dezembro 2023)

This page was automatically generated in 2025-04-03T18:39:11Z with information provided by the Repository

O princípio da justa ponderação em direito administrativo

The principle of fair weighting in administrative law

António Francisco de Sousa

Professor da Faculdade de Direito do Porto

Email: asousa@direito.up.pt

ORCID: 0000-0001-6122-8285

DOI: <https://doi.org/10.34628/4AJ7-TQ28>

Sumário

1. Ordem para ponderar
2. Princípio jurídico-administrativo geral da justa ponderação
3. Ponderação no direito do urbanismo e ambiente
4. Procedimento da ponderação
 - 4.1. Reunião do material a ser ponderado
 - 4.2. Pesagem de cada um dos elementos a ponderar
 - 4.3. Apuramento do resultado final da ponderação
5. Objetividade da ponderação
 - 5.1. Critérios jurídicos de ponderação
 - 5.2. Relatório de ponderação
 - 5.3. Fundamentação da ponderação
6. Conceção e execução do plano: “discricionariedade orientada”
7. Conclusão

Resumo: Com origem e especial interesse no direito do urbanismo, a ponderação tem vindo a tornar-se cada vez mais numa “forma de agir” da Administração pública em geral. No Estado de direito, só há lugar para uma ponderação: a *justa ponderação*. Isto significa a exclusão de qualquer arbítrio ou discricionariedade da Administração quando procede a ponderações, avaliações, pesagens de prós e contras, de custos e benefícios. Nestas operações, o ótimo é sempre exigido pela lei e pelo direito, na forma de “justa ponderação”, à semelhança da exigência feita expressamente de “justa indemnização”. O legislador deter-

mina, geralmente, os elementos a ponderar (ou a “identificar”) e fixa os critérios da ponderação (por vezes, na forma de prioridades e graduações a observar), relativa (em si) e global (uns com os outros); para além dos critérios expressamente fixados pelo legislador, a Administração tem de observar os princípios jurídico-administrativos aplicáveis. Só um escrupuloso cuidado na identificação do material a ponderar e na própria ponderação, a demonstrar na fundamentação ou em relatórios de ponderação objetivos e plausíveis, conduz a uma ponderação justa, que é sempre exigida à Administração. Neste artigo, propomos a elevação da exigência de “justa ponderação” à dignidade de princípio geral de direito administrativo, portanto, com validade geral para toda a atuação da Administração pública, que, assim, de *lege ferenda*, deve ser previsto e regulado expressamente no código de procedimento administrativo. **Palavras-chave:** Ponderação; Justa ponderação; Procedimento da ponderação; Objetividade da ponderação; Planificação; Discricionariedade orientada; Princípio da justa ponderação.

Abstract: With its origin and special interest in urban planning law, weighting has increasingly become a “way of acting” for public administration in general. In the rule of law, there is only room for one balancing act: fair balancing. This means the exclusion of any discretion or discretion of the Administration when carrying out weightings, evaluations, weighing of

pros and cons, of costs and benefits. In these operations, the optimum is always required by law and law, in the form of “fair weighting”, similar to the expressly made demand for “fair compensation”. The legislator generally determines the elements to be weighted (or “identified”) and sets the criteria for weighting (sometimes in the form of priorities and gradations to be observed), relative (in itself) and global (with each other); in addition to the criteria expressly established by the legislator, the Administration must observe the applicable legal and administrative principles. Only scrupulous care in identifying the material to be considered and in the weighting itself, to be demonstrated in the reasoning or in objective and plausible weighting reports, leads to a fair weighting, which is always required of the Administration. In this article, we propose to elevate the requirement of “fair weighting” to the dignity of a general principle of administrative law, therefore, with general validity for all the performance of the Public Administration, which, therefore, de *lege ferenda*, must be expressly foreseen and regulated in the administrative procedure code.

Keywords: Weighting; Fair weighting; Weighting procedure; Objectivity of weighting; Planning; Guided discretion; Principle of fair weighting.

1. Ordem para ponderar

Nos termos do art.º 9.º do CPA, que tem por epígrafe “princípio da imparcialidade”, a Administração pública, como exigência da imparcialidade, deve “**considerar com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório**”. Fica claro que o legislador do CPA associou a **ponderação à imparcialidade** ao exigir que a ponderação seja imparcial, embora a imparcialidade não exija necessariamente a ponderação. Se toda a ponderação tem de ser imparcial, nem toda a imparcialidade exige ponderação. Assim, esta ligação da imparcialidade à ponderação configura um erro dogmático. Dogmaticamente e no âmbito dos princípios, **a ponderação é uma exigência de proporcionalidade**, e, mais especificamente, da proporcionalidade em sentido estrito¹, onde é controlada a suportabilidade (razoabilidade²) ou proibição de excesso da

medida, numa confrontação direta, na ponderação, de custos e benefícios³, de vantagens e desvantagens. No caso concreto, o **controlo da proporcionalidade** da medida faz-se precisamente pelo **controlo da ponderação**:

- tinha de ser feita uma ponderação?
- todos os interesses relevantes e apenas eles foram identificados?
- todos os interesses relevantes e apenas eles foram considerados na ponderação na sua **justa medida**, individualmente (“em si”, no seu justo peso individual – ‘gradação’, ‘ponderação relativa’) e na sua posição recíproca (“uns com os outros” – ‘harmonização’, ‘ponderação global’)?
- verificou-se um equilíbrio entre custos e benefícios ou os benefícios superam claramente os custos?

Se, na decisão concreta da Administração tinha de ser feita uma ponderação e ela não foi efetuada, a decisão é ilegal por **omissão de ponderação**⁴; se na decisão concreta da Administração tinha de ser feita uma ponderação e ela fez-se, mas não considerou todos os elementos a considerar, a decisão é ilegal por **déficite de ponderação**; se na decisão concreta da Administração tinha de ser feita uma ponderação e ela fez-se, mas considerou elementos a mais, que não deviam ser ponderados, a decisão é ilegal por **excesso de ponderação**.

o deslocamento do bem”. É ainda a ideia de *sensatez* e justiça material que está subjacente ao “**prazo razoável**” a que a lei faz tantas vezes referência, como acontece, por exemplo, no art.º 2.º, n.º 1, do CPTAF (“o princípio da tutela jurisdicional efetiva compreende o direito de obter, em prazo razoável ...”; ver também o art.º 52.º da CRP). Noutros casos fala-se em “valor razoável”, no sentido de valor justo e aceitável. O art.º 3.º, n.º 1, al. j), da Lei da Água, consagra o “**princípio do uso razoável** e equitativo das bacias hidrográficas partilhadas”. Noutros casos, fala-se em “os impactos que não poderiam razoavelmente ter sido evitados devido à natureza de atividade humana ou de poluição”.

- 3 Por exemplo, os art.ºs 64.º a 66.º da LBG PPSOTU estabelecem regras para a “redistribuição de benefícios e encargos”.
- 4 O vício de “omissão de ponderação” que aqui propomos não está previsto na lei, mas isso não impede que a doutrina (tal como a jurisprudência) crie novos vícios conducentes à anulabilidade, já que a enumeração legalmente prevista para a anulabilidade é exemplificativa e não exaustiva. Na “omissão de ponderação”, há violação da ordem para ponderar, isto é, para identificar e pesar cada elemento a considerar e confrontar todos esses elementos, globalmente, numa relação justa de custo-benefício.

No entanto, a ponderação não é apenas uma exigência de proporcionalidade no sentido de que **não há proporcionalidade sem ponderação**. Também as decisões de valoração, avaliação e prognose exigem ponderação, pelo que também podemos afirmar que **não há valoração, avaliação e prognose sem ponderação**.

O dever de ponderação, que constitui o núcleo da proporcionalidade e da justiça material⁵, é para a Administração pública, uma **imposição jurídica**. Quando uma ponderação deva ter lugar, ela não é para a Administração uma **faculdade**, mas uma **imposição**, no sentido de que **a Administração tem de ponderar, diga-o a lei expressamente**⁶ ou não; por outro lado, não se

5 A **justiça material** é a justiça realizada, tornando realidade, efetivada, assinalando-se com isto a diferença que existe entre *law in books* e *law in action*.

6 São muitos os casos, especialmente no direito do urbanismo e ambiente, em que o legislador exige expressamente uma ponderação. Por exemplo, o art.º 22.º, n.º 2, do RJGT, impõe que se faça uma ponderação, nos seguintes termos: “a elaboração, a aprovação, a alteração, a revisão, a execução e a **avaliação** dos programas e dos planos territoriais obriga a **identificar e a ponderar**, nos diversos âmbitos, os planos, os programas e os projetos, designadamente da iniciativa da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, **considerando os que já existem e os que se encontram em preparação**, por forma a assegurar as **necessárias compatibilizações**.” No mesmo sentido, o art.º 46.º, n.º 2, do RJGT, determina: “A elaboração dos programas setoriais e dos programas especiais obriga a **identificar e a ponderar**, os planos, os programas e os projetos da iniciativa da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, bem como os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo, **considerando os que já existem e os que se encontram em preparação**, por forma a assegurar as **necessárias compatibilizações**”. Ainda no mesmo sentido, o art.º 76.º, n.º 4, do mesmo diploma, determina: “A elaboração de planos municipais obriga a **identificar e a ponderar** os programas, os planos e os projetos, com incidência na área em causa, **considerando os que já existem e os que se encontram em preparação**, por forma a assegurar as **necessárias compatibilizações**”. Na área do ambiente, o art.º da **lei da água** (lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, na última versão dada pela Lei n.º 44/2017, de 19/06), determina: “no caso de **conflito entre diversas utilizações do domínio público hídrico** são seguidos os **critérios de preferência** estabelecidos no plano de gestão de bacia hidrográfica, sendo em qualquer caso **dada prioridade à captação de água para abastecimento público** face aos demais usos previstos, e em igualdade de condições é **preferido o uso** que assegure a utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da proteção dos recursos hídricos. 2 - Ao ponderar a situação de conflito referida no n.º 1, são considerados não só os novos pedidos de títulos de utilização como os títulos de utilização em vigor que possam ser revogados”.

1 Na linguagem alemã, fala-se em *Angemessenheit* (**adequação**). Trata-se de saber se os objetivos prosseguidos com a medida não estão, no seu valor, “fora de relação” face à intensidade da ingerência (controlo da suportabilidade da oeração ou proibição de excesso em sentido estrito).

2 A **razoabilidade** remete para um juízo de *sensatez*, *prudência*, *admissibilidade*, *aceitabilidade*. O direito administrativo também associa a razoabilidade à ideia de justiça material. É isto que resulta do art.º 8.º do CPA, que, sob a epígrafe princípios da justiça e da imparcialidade, exige que a Administração trate de forma justa todos aqueles que com ela entrem em relação e rejeite as “soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de direito”. Também o art.º 59.º, n.º 3, do da LBG PPSOTU determina que “a lei pode dispensar o cumprimento de requisitos de legalidade relativos à construção cuja aplicação se tenha tornado impossível ou que **não seja razoável exigir**, assegurando o cumprimento dos requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens”. No mesmo sentido, o art.º 102-A, n.º 5, do RJUE determina que “pode ser dispensado o cumprimento de normas técnicas relativas à construção cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridas as condições técnicas vigentes à data da realização da operação urbanística em questão”. É também no sentido de *sensatez* e *admissibilidade* que diversas leis do urbanismo e ambiente se refere a “alternativas razoáveis”. Neste sentido aponta também o art.º 49.º, n.º 2, da lei de bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural, segundo o qual, “a autorização de demolição ... tem como pressuposto obrigatório a existência de ruína ou a verificação em concreto da primazia de um bem jurídico superior ao que está presente na tutela dos bens culturais, desde que, em qualquer dos casos, **se não mostre viável nem razoável**, por qualquer outra forma, a salvaguarda ou

trata da imposição de uma ponderação qualquer, mas de uma **ponderação justa**, isto é, que é feita de modo a realizar a justiça material no caso concreto, para o que tem de considerar, “**com objetividade, todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório**”. Embora o legislador tenha omitido, cada um dos interesses relevantes deve ser considerado **na sua justa medida**, para que a ponderação, globalmente, seja, no caso concreto, justa⁷. A ordem para ponderar exige duas coisas: que se faça a ponderação e que a ponderação seja justa. Assim, a ordem para ponderar converte-se num **imperativo, radicado diretamente no princípio do Estado de direito, de justa ponderação**.

A **justa ponderação** é, simultaneamente, uma exigência de proporcionalidade, uma exigência de justiça material no caso concreto e uma exigência de realização do interesse público. Noutra perspetiva, “a **justa ponderação** de todos os interesses em conflito visa a realização do bem comum, exige um abdicar das posições individuais a favor dos interesses da sociedade, é essencialmente execução, porque se perpetua no tempo e o tempo é sua característica essencial”⁸. Por vezes, em vez de justa ponderação, o legislador exige, inapropriadamente, a “**adequada ponderação**”, o que não é a mesma coisa. É o que acontece no art.º 3.º, n.º 1, al. d), da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos e Urbanismo (LBG PPSOTU), que fala em “**adequada ponderação dos interesses públicos e privados em presença**”. É o que também acontece com o art.º 4.º do RJRU, que manda promover “**uma adequada ponderação de todos os interesses relevantes** em face das operações de reabilitação urbana, designadamente os **interesses dos proprietários** ou de outros titulares de direitos sobre edifícios objeto de operações de reabilitação”.

Por outro lado, diversos princípios jurídico-administrativos típicos das áreas do urbanismo e do ambiente exigem, mais ou menos implicitamente, a justa ponderação na ação administrativa. Servem de exemplo os seguintes princípios: princípio da solidariedade intergeracional; princípio da sustentabilidade; princípio da proteção do existente; princípio da justa ponderação⁹; princípio da equidade

“... não há proporcionalidade sem ponderação. Também ... não há valoração, avaliação e prognose sem ponderação. ... a ordem para ponderar converte-se num imperativo ..., de justa ponderação”

(todos do art.º 4.º do RJRU); princípio do desenvolvimento sustentável; princípio da responsabilidade intra e intergeracional; princípio da prevenção e da precaução; princípio do poluidor-pagador; princípio do utilizador-pagador; princípio da responsabilidade; princípio da recuperação (princípios materiais de ambiente constantes do art.º 3.º da Lei de Bases Gerais da Política do Ambiente (LBGPA). Por exemplo, o “**princípio da solidariedade intergeracional**”, previsto também no art.º 8.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), impõe a “**harmonização dos vários interesses públicos com expressão territorial**”¹⁰. O princípio da justa ponderação é formalmente reconhecido no Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (RJRU), cujo art.º 4.º, al. i), que manda promover uma “**adequada ponderação de todos os interesses relevantes** em face das operações de reabilitação urbana, designadamente os **interesses dos proprietários** ou de outros titulares de direitos sobre edifícios objeto de operações de reabilitação”¹¹. A **exigência, mais ou menos implícita, de justa ponderação em diver-**

sos princípios jurídico-administrativos, especialmente no princípio da proporcionalidade, confirma que o imperativo de justa ponderação radica diretamente no princípio do Estado de direito, pelo que a sua (omni)presença na atuação da Administração pública não depende de previsão expressa da lei.

2. Princípio jurídico-administrativo geral da justa ponderação

O **imperativo de justa ponderação** é transversal a todo o direito administrativo, ainda que tenha surgido inicialmente no direito da planificação, onde continua a desempenhar um papel fundamental.

Porque no Estado de direito apenas há lugar para uma ponderação, a **justa ponderação**, a nossa proposta nesta abordagem é a do **reconhecimento formal, de lege ferenda, com validade geral para o direito administrativo, do princípio jurídico-administrativo geral da justa ponderação**. Não conhecemos no direito administrativo, português ou estrangeiro, o reconhecimento formal e com validade geral para todo o direito administrativo de uma exigência de **justa ponderação como princípio geral de direito administrativo**, no sentido de que **não há Estado de direito efetivo sem justa ponderação**, na mesma linha do entendimento de que **não há no Estado de direito sem justa indemnização**. Quando a decisão administrativa exige **ponderação** (ou indemnização), ela só pode ser **justa**, sob pena de se violar a essência do Estado de direito.

O **princípio da justa ponderação** obriga a uma **ponderação sem erros**, do que resulta para os atingidos pela ponderação um **direito a uma ponderação sem erros**. Uma **ponderação sem erros** é aquela que considera na justa medida, no justo peso, cada um (“em si”) e todos (“uns com os outros”), e apenas eles, os elementos que devem ser ponderados, os elementos juridicamente relevantes para a ponderação. Uma ponderação sem erros não pondera **elementos a mais ou a menos**, nem **elementos para além ou para além do seu justo peso**, individualmente (em si) e na sua relação recíproca (uns com os outros).

3. Ponderação no direito do urbanismo e ambiente

Toda a atividade de planificação da Administração pública exige, por natureza, pondera-

7 Tal como não há lugar para a indemnização injusta.

8 SOUSA, António Francisco de, *A estruturação jurídica das normas de planificação administrativa*, ..., Lisboa 1987, p. 19 e seg.

9 Esta terá sido a primeira consagração legal deste

princípio (nesta formulação), como há décadas (desde 1987 – *op. cit.*, p. 31) vínhamos falando e exigindo.

10 Cf. também o art.º 12.º, n.º 2, do RJIGT e o art.º 10.º, al. b), da Lei de Bases do Ambiente.

11 Complementarmente, a al. j), do mesmo diploma, estabelece o “**princípio da equidade**”, que assegura “a **justa repartição dos encargos e benefícios** decorrentes da execução das operações de reabilitação urbana”.

ção, pois **planificação sem ponderação seria em si uma contradição**¹². Por exemplo, o art.º 39.º, n.º 1, da LBG PPSOTU, sob a epígrafe “**ponderação de interesses públicos e privados**”, determina, de forma imperativa: “Os programas e planos territoriais identificam, graduam e harmonizam os vários interesses públicos e privados com tradução no ordenamento do território”¹³. Regime idêntico é válido para a elaboração de planos municipais. Nos termos do art.º 76.º, n.º 4, do RJIGT, “a elaboração de planos municipais obriga a identificar e a ponderar os programas, os planos e os projetos, com incidência na área em causa, considerando os que já existam e os que se encontrem em preparação, por forma a assegurar as necessárias compatibilizações” (a chamada “**harmonização**”).

Elucidativo é também o art.º 48.º, n.º 1, do RJIGT, que, no programa setorial, determina que as CCDRs e as entidades ou os serviços

da administração central representativas dos interesses a ponderar “levem” os respetivos interesses para a ponderação, através da emissão de um parecer.

4. Procedimento da ponderação

A ponderação jurídico-administrativa obedece a regras estritas, sob pena de conduzir a resultados indesejáveis, falsos, incorretos, enfim, de não se alcançar a exigida **justa ponderação**. A ponderação opera-se em três fases¹⁴:

- a) **reunião (ou identificação) do material a ponderar;**
- b) **pesagem dos elementos a ponderar** (dignos de ponderação), individualmente e globalmente, no confronto direto entre si (por exemplo: se este vale 5, então aquele tem de valer 7); e, por fim,
- c) **apuramento do resultado final da ponderação**, numa confrontação global dos custos benefícios, dos aspetos positivos e negativos, dos prós e contras, para se chegar a um valor final, positivo ou negativo.

4.1. Reunião do material a ser ponderado

O primeiro passo, patamar ou fase da ponderação, consiste na “**identificação**” (“**reunião**”) do material a ponderar, que abrange “**todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório**”. A “**identificação**” (“**reunião**”) do material (muitas vezes na forma de “**interesses**”) a ser ponderado também pode ser considerada como uma **exigência prévia da correta e justa ponderação**. Se vamos ponderar, é necessário, primeiro, identificar, individualizando, os elementos, aspetos ou interesses que vamos ponderar. Trata-se de reunir o “**material que deve ser ponderado**”.

A exigência da reunião ou identificação dos elementos a ponderar é, para além de lógica e exigida pela doutrina¹⁵, expressamente exigida pela atual legislação, com especial visibilidade na legislação do urbanismo e ambiente. Particularmente elucidativo é o art.º 8.º, n.º 1, do Regime Jurídico dos Instrumentos de Ges-

tão Territorial (RJIGT), segundo o qual, “Os programas e os planos territoriais **identificam os interesses públicos prosseguidos**. Mas esta operação de identificação não é arbitrária ou meramente subjetiva. A identificação obedece a critérios da lei aplicável e do direito, critérios que se refletem também na hierarquização dos elementos a ponderar. Por isso, com toda a propriedade, o art.º 8.º, n.º 1, do RJIGT manda a autoridade “justificar” os critérios utilizados na sua identificação e hierarquização. Exemplo concreto disto encontra-se logo no art.º 10.º do mesmo diploma que diz, de forma imperativa¹⁶, **quais são os elementos, aspetos ou interesses a identificar**, excluindo qualquer discricionariedade neste caso específico. O legislador é ainda mais exigente quando impõe a identificação dos diferentes elementos que fazem parte dos “**recursos e valores naturais com relevância estratégica para a sustentabilidade ambiental e a solidariedade intergeracional**”, entre os quais menciona a **orla costeira e as zonas ribeirinhas**” (art.º 12.º, n.º 2, do RJIGT). Esta imposição do legislador a quem realiza os programas e planos territoriais alarga-se às autoridades que realizam os planos intermunicipais e planos municipais, como resulta expressamente do n.º 3, al. b), do art.º 12.º, segundo o qual “os planos intermunicipais ou os planos municipais estabelecem, **no quadro definido pelos programas e pelos planos territoriais (...)**”¹⁷, os parâmetros urbanísticos de ocupação e de utilização do solo adequados à salvaguarda e à valorização dos recursos e valores naturais”. Entre as **especificações imperativas** do legislador situam-se também as relativas às “**áreas perigosas e de risco**” (art.º 13.º do RJIGT). Por outro lado, quanto às atividades turísticas, o art.º 19.º,

12 Assim concluiu no seu ac. de 14.2.1975 o Tribunal Administrativo Federal alemão na conhecida *B-42 Urteil* (in: *BVerwGE* 48, 56, 66). De salientar que esta jurisprudência se tem mantido ao longo dos anos, como bem testemunha a seguinte passagem de um ac. do mesmo Tribunal Administrativo Federal de 2018: “O imperativo de ponderação exige que os interesses públicos e privados atingidos pela planificação sejam ponderados com justiça em si e uns com os outros. Ao fazê-lo, soluções alternativas que se ofereçam seriamente também devem ser levadas em consideração, com a sua importância objetiva, na reunião do material relevante para a ponderação e devem ser incluídas no controle comparativo dos interesses públicos e privados atingidos pelas alternativas possíveis” (a. de 17.7.2018, *BVerwG* 7 B 15.17). No mesmo sentido, veja-se também o ac. do mesmo Tribunal Administrativo Federal de 26.11.2020.

13 O art.º 22.º, n.º 2, do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, determina que “a elaboração, a aprovação, a alteração, a revisão, a execução e a avaliação dos programas e dos planos territoriais **obriga a identificar e a ponderar**, nos diversos âmbitos, os planos, os programas e os projetos, designadamente da iniciativa da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, considerando os que já existem e os que se encontrem em preparação, por forma a assegurar as necessárias compatibilizações”. Na mesma linha, determina o art.º 46.º, n.º 2, do mesmo diploma: “A elaboração dos programas setoriais e dos programas especiais **obriga a identificar e a ponderar**, os planos, os programas e os projetos da iniciativa da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, bem como os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo, considerando os que já existem e os que se encontrem em preparação, por forma a assegurar as necessárias compatibilizações”.

14 A doutrina é pacífica quanto a estas exigências. Por todos e com pioneirismo em Portugal, cf. SOUSA, António Francisco de, *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*, Lisboa, Editora Danúbio, 1987, pág. 39 e segs.

15 *Idem, ibidem*.

16 A imposição de elementos a ponderar (ou a “identificar”) está presente de forma clara e objetiva em diversas outras normas do RJIGT, como é o caso do art.º 17.º, n.º 1, quanto aos vestígios arqueológicos e aos elementos e conjuntos construídos que “representam testemunhos da história da ocupação e do uso do território e assumem interesse relevante para a memória e a identidade das comunidades”.

17 Vinculação idêntica verifica-se no art.º 16.º, n.º 3, do RJIGT, segundo o qual, “os planos intermunicipais e municipais estabelecem, **no quadro definido pelos programas e pelos planos territoriais**, cuja eficácia condicione o respetivo conteúdo, os parâmetros e as condições de ocupação e de utilização do solo, assegurando a compatibilização das funções de proteção, regulação e enquadramento com os usos produtivos, o recreio e lazer, e o bem-estar das populações”.

n.º 1, do RJIGT, impõe a sua **identificação** nos programas e nos planos territoriais¹⁸. A imposição de **identificação de elementos a ponderar** alarga-se a diversos outros aspetos, como as redes de transporte e mobilidade (art.º 20.º) ou as redes de infraestruturas e equipamentos coletivos (art.º 21.º).

Ainda no que respeita especificamente à **orla costeira**, ela é salvaguardada especificamente pelos **programas especiais**¹⁹, os quais têm por objeto “a **orla costeira**, as áreas protegidas, as albufeiras de águas públicas e os estuários”. Nos termos do art.º 45.º, n.º 1, do RJIGT, os programas especiais “**estabelecem as diretrizes para a proteção e valorização de recursos e valores naturais** e definem normas de execução, integrando as peças gráficas necessárias à representação da respetiva expressão territorial”. Estes programas especiais “são elaborados pela administração central e visam a prossecução de objetivos considerados indispensáveis à tutela de interesses públicos e de recursos de relevância nacional com repercussão territorial, estabelecendo, exclusivamente, regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais” (art.º 42.º, n.º 1, do RJIGT). Ainda de relevante interesse no âmbito da identificação do material a ser ponderado, deve ser salientado que também os **planos municipais** devem **identificar e ponderar**, com a finalidade de respeitar e de não contrariar “os programas, os planos e os projetos, com incidência na área em causa, considerando os que já existam e os que se encontrem em preparação, por forma a **assegurar as neces-**

sárias compatibilizações” (art.º 76.º, n.º 4, do RJIGT)²⁰.

4.2. Pesagem de cada um dos elementos a ponderar

Depois de identificados os elementos a ponderar, passa-se à **ponderação** (que significa “**pesagem**”²¹, “**valorização**” ou “**avaliação**”) propriamente dita, a qual se opera em duas subfases, que na prática podem ser mais ou menos autonomizadas:

- 1.ª **subfase**: determinação do valor de cada elemento identificado *per se*;
- 2.ª **subfase**: ponderação ou pesagem de cada elemento na sua relação com os demais elementos identificados (elementos a ponderar), isto é, na sua relação recíproca (harmonização).

Trata-se de **valorar** ou **identificar o valor** de cada um dos elementos a ponderar (“dignos de ponderação”), individualmente e no confronto direto com todos os demais (por exemplo: se este vale 5, então aquele tem de valer 7). Em concreto, o raciocínio a fazer é orientado pelas ideias de adequação, proporcionalidade e justiça material. Por exemplo, num concurso público para provimento de um cargo na Administração pública e considerando a ponderação da “**formação em direito**”: se uma licenciatura em direito vale 10 pontos, então, para se respeitar uma “**justa relação recíproca**” entre todos os elementos a ponderar, um mestrado em direito tem de valer 12 pontos e um doutoramento em direito tem de valer 15 pontos, considerando a relevância destes graus académicos para o cargo a prover, considerando o grau de exigência para a sua obtenção e considerando a presumível diferença de conhecimento e preparação técnica para o cargo. Como se vê, há **critérios jurídicos vinculativos a observar** por quem está,

no caso concreto (ou no caso geral e abstrato), incumbido de proceder à ponderação/avaliação/pesagem. Já a identificação dos elementos a ponderar, mas sobretudo a ponderação em si (individual) e uns com os outros (global, harmonização) exigem **hierarquização**, a qual tem de ser feita segundo os critérios da lei que em concreto está a ser aplicada e do direito (p. ex. proporcionalidade, justiça, equidade). A **operação de pesagem ou avaliação** de todos os elementos a ponderar é, geralmente, **complexa** ou mesmo **muito complexa**, mas **da complexidade em concreto não se pode retirar discricionariedade** para a Administração. Como sabemos, a discricionariedade só existe quando é atribuída expressamente pelo legislador. Inversamente, são muitas as passagens da lei que indicam claramente a **vontade de vinculação do legislador** ou mesmo que dão uma **ordem expressa de vinculação**, para não falar da orientação para a vinculação que sempre resulta dos princípios jurídico-administrativos.

Nos termos do art.º 39.º, n.º 1, da LBG da PPSOTU, “os programas e planos territoriais **identificam, graduam e harmonizam** os vários interesses públicos e privados com tradução no ordenamento do território”. A fórmula é elucidativa na perspetiva da separação das operações, mas é enganadora na medida em que tanto a identificação como a graduação, como a harmonização exigem a graduação dos elementos a ponderar. As três operações não são discricionárias; antes, o legislador orienta-as vinculativamente. Por exemplo, o legislador impõe a harmonização dos vários interesses públicos com expressão espacial, ao determinar que **deve ser tida em conta** “a defesa nacional, a segurança, a saúde pública, a proteção civil e as estratégias de desenvolvimento, bem como a sustentabilidade territorial, em termos económicos, sociais, culturais e ambientais, a médio e longo prazo” (n.º 2 do mesmo artigo). A **valorização** ou **ponderação** é, por vezes, identificada como **avaliação**, mas o legislador faz questão em **excluí-la do livre arbítrio e da discricionariedade do avaliador**. Por exemplo, o art.º 11.º, n.º 5, do Código das Expropriações, exige que a **avaliação seja “documentada por relatório elaborado por perito”**. E, na mesma linha de pensamento, o art.º 10, n.º 4, do mesmo diploma, determina que “a previsão dos encargos com a expropriação tem por base a quantia que for determinada previamente em avaliação, documentada por relatório, efetuada por

18 Concretamente, nos seguintes termos: “as condições e os critérios de localização e a distribuição das atividades industriais, **turísticas**, de comércio e de serviços, são identificadas nos programas e nos planos territoriais.” E o n.º 3 do mesmo diploma volta a lembrar que “os planos intermunicipais e municipais estabelecem, **no quadro definido pelos programas e pelos planos territoriais**, cuja eficácia condicione o respetivo conteúdo, as condições e os critérios e parâmetros de ocupação e de utilização do solo, para os fins relativos à localização e distribuição das atividades económicas.

19 Os **planos de ordenamento da orla costeira** entram na categoria dos “planos especiais de ordenamento do território”, a par dos planos de ordenamento de áreas protegidas, dos planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas e dos planos de ordenamento dos estuários (cf. art.º 98.º, n.º 3, do RJIGT). Um dos fins expressamente assumidos da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo consiste em “salvaguardar e valorizar a orla costeira” (art.º 2.º, al. k), da LBG PPSOTU.

20 O art.º 96.º do RJIGT faz diversas exigências de identificação e ponderação na elaboração e aprovação do plano diretor municipal; também o art.º 99.º faz exigências de identificação e ponderação para o plano de urbanização.

21 A ponderação consiste numa “operação de pesagem em que se coloca num dos pratos da balança os interesses ‘a favor’ (públicos e/ou privados) e no outro prato da balança os interesses ‘contra’ (públicos e/ou privados)” (SOUSA, António Francisco de, *A estrutura jurídica das normas de planificação administrativa*, Lisboa, 1987, pág. 31).

perito”. Também o art.º 26.º, n.º 5, do mesmo diploma não podia ser mais expressivo quando determina que **“o valor dos bens calculado de acordo com os critérios referenciais constantes dos artigos 26.º, n.º 5, e seguintes, deve corresponder ao valor real e corrente dos mesmos, numa situação normal de mercado, podendo a entidade expropriante e o expropriado, quando tal se não verifique, requerer, ou o tribunal decidir oficiosamente, que na avaliação sejam atendidos outros critérios para alcançar aquele valor”**. Repare-se que **até o tribunal pode ser chamado a interferir na avaliação dos bens**, o que deve causar muito “espanto” àqueles que defendem que os tribunais não podem, de modo algum, interferir na ação de administrar²². Por exemplo, o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT) estabelece prioridades imperativas e dá ordens diretas de graduação, nomeadamente de graduação do interesse público (art.º 9.º), estabelecendo, como regra geral, que **“nas áreas territoriais em que convergem interesses públicos incompatíveis entre si, deve ser dada prioridade àqueles cuja prossecução determine o mais adequado uso do solo**, em termos ambientais, económicos, sociais e culturais”. Por outro lado, o art.º 13.º, n.º 2, do mesmo diploma, no âmbito das áreas perigosas e de risco, manda atender aos níveis de perigosidade. O legislador também manda graduar as coimas em função da gravidade das contraordenações (p. ex. art.º 98.º do RJIGT)²³. No mesmo sentido, a Lei da Água impõe prioridades, ao estabelecer, em certos casos, uma ordem de preferência de usos dos recursos hídricos (art.º 64.º).

22 Repudiando claramente o entendimento tradicional de um respeito reverencial pela ação “discricionária” da Administração, cf. SOUSA, António Francisco de, “Controle da Administração pelos tribunais: julgar é ainda administrar”, in: *Jornal Estado de Direito* (S. Paulo-Brasil), 23.ª ed., janeiro de 2011. Retundante “espanto” causou um suposto “grande administrativista” do meio jurídico português quando sentenciou que quem afirma que “julgar é ainda (uma forma de) administrar, não pode ser doutor em direito. Pelos vistos, quem não pode ser doutor em direito é aquele que, arrogantemente e com grave desconhecimento, se atreve a sentenciar levanamente os outros, numa repugnante “condenação à morte” por divergência científica.

23 Nos termos do art.º 26.º, n.º 2, do regime jurídico do Domínio Público Hídrico (DPH), “o montante das coimas é graduado entre o mínimo e o máximo fixados pela Lei da Água”.

4.3. Apuramento do resultado final da ponderação

O apuramento do resultado final da ponderação faz-se através de uma confrontação global dos custos-benefícios, de uma pesagem dos aspetos positivos e negativos, dos prós e contras, para se chegar a um valor final, positivo ou negativo. Trata-se de colocar num dos pratos da balança (de dois braços) os custos (desvantagens, contras, aspetos negativos) e no outro prato da balança os benefícios (vantagens, prós, aspetos positivos). Feito isto, só falta olhar para o ponteiro da balança e ver se as vantagens superam claramente as desvantagens ou vice-versa. Não poderia haver maior objetividade (e menor discricionariedade) nesta operação, que é também transparente.

5. Objetividade da ponderação

5.1. Critérios jurídicos de ponderação

A ponderação, que tem de ser justa, faz-se respeitando exigências formais e materiais. Como exigência formal, devem ser previamente identificados e depois ponderados todos e apenas os elementos relevantes para a decisão, na sua justa medida. Também na confrontação de custos e benefícios há uma exigência formal. Substancialmente, é importante respeitar na ponderação a objetividade e plausibilidade, e em geral todos os “valores fundamentais do direito” (como é expressamente exigido no art.º 10.º, n.º 2, do CPA)²⁴, que se traduzem, na prática, nos princípios jurídico-administrativos fundamentais.

Critérios jurídicos de ponderação são, antes de mais, os princípios da proporcionalidade e da administração aberta, como é exigido expressamente no art.º 6.º, n.º 5, al. b, do Regime de Acesso à Informação Administrativa e Ambiental (RAIAA), Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, segundo o qual, **a ponderação deve efetuar-se “no quadro do princípio da proporcionalidade, de todos os direitos fundamentais em presença e do princípio da administração aberta”** (cf., igualmente, o n.º 6, do mesmo artigo)²⁵.

24 Neste caso, como também acontece no art.º 9.º do CPA (princípio da imparcialidade), o legislador exige a ponderação no âmbito do princípio da boa-fé: “devem ser ponderados os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas”.

25 Também o art.º 45.º, n.º 7, da Lei da Água, exige a observância da proporcionalidade na ponderação: “O

Que a ponderação não é livre ou discricionária (e muito menos arbitrária) indica também claramente a epígrafe do art.º 64.º, n.º 1, da Lei da Água: **“ordem de preferência de usos”**. Ao estabelecer a preferência de certos usos, o legislador dá uma ordem (imposição) de respeito por uma sequência de prioridades. Assim, determina o legislador que, **“no caso de conflito entre diversas utilizações do domínio público hídrico, são seguidos os critérios de preferência estabelecidos no plano de gestão de bacia hidrográfica, sendo em qualquer caso dada prioridade à captação de água para abastecimento público face aos demais usos previstos**, e em igualdade de condições é preferido o uso que assegure a utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da proteção dos recursos hídricos” (note-se que os n.ºs 2, 3 e 4 do art.º 64.º estabelecem e impõem outros critérios de prioridade). Pela **valorização hierarquizada**, a Administração determina ou “identifica” o valor²⁶, numa operação que envolve ou exige ponderação (pesagem) de vantagens e desvantagens, mas sempre com base nos critérios e limites da lei e do direito, complementados com os reconhecimentos da ciência e os dados comprovados da experiência. Um exemplo acabado de que a **valorização**, enquanto determinação do justo valor²⁷, não pode depender do critério subjeti-

estado da água exprime uma ponderação adequada, necessária e proporcional dos bens e interesses associados”.

26 O RJIGT contém muitas normas que se referem aos valores culturais e da natureza, impondo à Administração, nomeadamente quando aprova planos, o dever de os identificar e proteger. Por exemplo, o art.º 10.º, al. b), mandar identificar os valores naturais. Cf. com especial interesse também o art.º 12.º, art.º 16.º, art.º 42.º etc. Este diploma também fala em valorização impondo neste caso à Administração o dever de acrescentar valor, por exemplo através da reabilitação urbana, através da valorização dos recursos naturais, da valorização ambiental ou da valorização paisagística. O art.º 64.º, n.º 2, al. b), do RJIGT obriga a Administração à “identificação dos valores culturais, naturais e paisagísticos, bem como dos espaços agrícolas e florestais a proteger”. A **identificação do valor** é uma operação de determinação de algo que existe ou não, e não uma operação de criação de alguma coisa, como acontece na **valorização**, em que se acrescenta valor ao que existe. Por exemplo, quando a lei fala em proteger valores refere-se naturalmente a valores que já existem, faltando apenas identificá-los e protegê-los adequadamente.

27 É de louvar a criação em Portugal do **Instituto de Avaliação Educativa** com a função de apoiar os professores no **“diagnóstico de aprendizagens”**. É correta esta

vo de quem avalia, mas dos **critérios e limites da lei e do direito**, resulta do art.º 26.º, n.º 1, do Código das Expropriações (CE), aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de setembro, que, sob a epígrafe “**cálculo do valor do solo apto para a construção**”, determina: “O **valor do solo** apto para a construção **calcula-se** por referência à construção que nele seria possível efetuar se não tivesse sido sujeito a expropriação, num aproveitamento económico normal, de acordo com as leis e os regulamentos em vigor”. E o n.º 2, do mesmo preceito, acrescenta: “O **valor do solo** apto para construção **será o resultante** da média aritmética atualizada entre os preços unitários de aquisições, ou avaliações fiscais que corrijam os valores declarados, efetuadas na mesma freguesia e nas freguesias limítrofes nos três anos, de entre os últimos cinco, com média anual mais elevada”²⁸. Trata-se, pois, de **critérios objetivos** impostos à Administração pública.

A exigência de **critérios objetivos** na avaliação é também patente no art.º 18.º, n.º 2, da Lei de Bases da Política do Ambiente (LBA), Lei n.º 19/2014, de 14 de abril, segundo o qual, “a avaliação ambiental garante que o processo de tomada de decisão integra a **ponderação dos impactos relevantes** em termos biofísicos, económicos, sociais, culturais e políticos”.

De igual forma, o art.º 25, al. b), da Lei da

“a avaliação justa ... implica excluir a discricionariedade ... ou a “margem de livre apreciação”. A avaliação é mera determinação do justo valor; e o “justo valor” tem de ser demonstrado de forma objetiva, clara e plausível, permitindo o seu controlo”

Água, manda observar o **princípio da ponderação global**, segundo o qual “**devem ser considerados** os aspetos económicos, ambientais, técnicos e institucionais com relevância para a gestão da água, garantindo a sua preservação quantitativa e qualitativa e a sua utilização eficiente, sustentável e ecologicamente equilibrada”.

A obrigação de **ponderar objetivamente** surge também com a obrigação legal de os planos territoriais conterem, designadamente, “a ponderação da viabilidade jurídico-fundiária e da sustentabilidade económico-financeira das respetivas propostas” (art.º 146.º, n.º 4, al. b), do RJIGT).

Por outro lado, a lei pode exigir objetividade através de uma “**sistemática ponderação**”, como acontece, por exemplo, nas bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural, aprovadas pela Lei n.º 107/2001, de 8 de setembro, art.º 6.º, al. h), que exige a “**prévia e sistemática ponderação** das intervenções e dos **atos suscetíveis de afetar a integridade** (...)”. Também esta sistemática ponderação só pode ser dominada por critérios objetivos.

5.2. Relatório de ponderação

A **objetividade da ponderação** revela-se, substancialmente, pela exigência legal de um “**relatório de ponderação**”. Por exemplo, o art.º 97.º, n.º 3, al. e), do RJIGT, relativo ao conteúdo documental do plano diretor municipal, determina que o plano diretor municipal é acompanhado, nomeadamente, das “**participações recebidas** em sede de discussão pública e respetivo **relatório de ponderação**”. A mesma exigência é feita no art.º 100.º, n.º 3, al. f), do RJIGT, para o plano de urbanização, que exige que o plano diretor de urbanização seja acompanhado, nomeadamente, das “**participações recebidas** em sede de discussão pública e respetivo **relatório de ponderação**”. Também o art.º 107.º, n.º 4, al. f), do RJIGT, exige para o plano de pormenor, que ele seja acompanhado, nomeadamente, das “**participações recebidas** em sede de discussão pública e respetivo **relatório de ponderação**”. De igual forma, os **resultados da discussão pública** são objeto de um **relatório de ponderação** (art.º 194.º, n.º 1, do RJIGT).

O **relatório de ponderação** não é uma exigência meramente formal, mas um documento que se destina a **comprovar que a ponderação foi feita e como foi feita**. A ponderação, que tem de ser **procedimentalmente correta e justa**, tem de ser **objetiva** (e aqui se manifesta também uma exigência de imparcialidade) e **correta**, respeitando a **identificação e todos, e apenas, os elementos relevantes para a ponderação na sua justa medida** (art.º 9.º do CPA), ao que se segue a confrontação de custos e benefícios e, por fim, como corolário lógico, a decisão. **Toda a ponderação**, nas suas sucessivas fases (procedimento de ponderação), **tem de ser plausível, isto é, verossímil, razoável, aceitável, crível**. Não há **objetividade sem plausibilidade**. Ambas têm de resultar do relatório. A exigência de **objetividade e plausibilidade** tem duas funções: uma **função interna**, que obriga à **preparação cuidada** da decisão, e uma **função externa**, que permite o **controlo externo**, tanto pelo destinatário da medida, como pelo tribunal (sendo esse o caso), como também pelo público em geral.

Em sede de **avaliação de desempenho ou de conhecimento** de funcionários públicos, onde também está em causa uma **ponderação**, o Tribunal Administrativo Federal alemão faz exigências jurídicas importantes, que contro-

ideia de que a **tarefa de avaliar o conhecimento de um aluno**, da escolaridade básica à superior, consiste fundamentalmente em **diagnosticar corretamente** o nível de aprendizagem alcançado pelo aluno e **declará-lo** formalmente através de uma **nota** qualitativa e/ou quantitativa. É também neste sentido que o legislador usa expressões como: **avaliação do impacto sobre a deficiência, avaliação do impacto sobre a pobreza ou avaliação do impacto sobre os riscos de fraude, corrupção e infrações conexas** (art.º 57.º da Lei Orgânica do Governo D. L. 169-B/2019, de 3 de dezembro). Iria contra a própria ideia de direito e, assim, contra a ideia de justiça material, que alguém na Administração pública tivesse a liberdade subjetiva (mesmo na forma de “margem de livre apreciação”) para avaliar, por exemplo, o risco de corrupção, que, a ser aceite, culminaria num resultado diretamente ligado à integridade ou não do avaliador em concreto, passando a ser ele a lei (“governo dos homens”).

28 Cf. António Francisco de SOUSA: “O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose” (comunicação apresentada no âmbito da discussão pública da Reforma do Contencioso Administrativo, realizada em 6/7 de junho de 2000 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto), in: *Reforma do Contencioso Administrativo, Trabalhos Preparatórios — O Debate Universitário* (ed. do Ministério da Justiça), Lisboa 2000, p. 315 e segs.

la plenamente, como aconteceu no seu recente ac. de 1.3.2018, onde se lê: “1. A **obrigação de tornar plausíveis as avaliações individuais** está relacionada com a **faculdade de o funcionário suscitar objeções à sua exatidão ou determinabilidade**. Se o funcionário considerar que a **explicação dada na sua avaliação administrativa não é suficientemente plausível**, sobre ele recai o ónus de especificar pontos concretos que considere que estão **pouco claros ou que estão incorretos**. 2. Ao **justificar a avaliação global de uma valoração**, a **ponderação** dos diferentes elementos individuais deve estar em **justa relação com as exigências estatutárias do cargo** em causa. A Administração deve assegurar que é uniforme a ponderação dos elementos individuais de avaliação, no âmbito de aplicação de critérios de avaliação dentro de um grupo de funcionários abrangidos”²⁹. Neste acórdão, o Tribunal Administrativo Federal alemão concluiu ainda que “a avaliação global feita no quadro de uma avaliação de serviço deve resultar, de forma plausível, das avaliações individuais e deve ser fundamentada”.

5.3. Fundamentação da ponderação

A **objetividade da ponderação** manifesta-se essencialmente na fundamentação. Isto é reconhecido na legislação portuguesa. Por exemplo, o art.º 34.º, n.º 5, al. a), do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana (RJRU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro, determina que o ato de delimitação de unidades de intervenção inclui um programa de execução, que deve, nomeadamente, “**explicar sumariamente os fundamentos subjacentes à ponderação dos diversos interesses públicos e privados relevantes**”. Esta **explicitação deve ser completa, clara, objetiva, congruente, plausível, geradora de confiança (crível) e convincente**.

6. Conceção e execução do plano: “discricionariedade orientada”

A chamada “**discricionariedade de planificação**” é, enquanto discricionariedade administrativa, inexistente, não passando de uma **falsa discricionariedade**. Há que distinguir o **campo próprio do poder político e da decisão política** da autoridade de planificação do cam-

po próprio do direito, da ação jurídico-administrativa. No caso concreto, os dois planos podem estar presentes e parcialmente sobrepostos, mas não devem ser confundidos. O direito ocupa-se das questões jurídicas e nada mais. A autoridade em causa, seja entidade central, regional ou local, tem, geralmente, também um poder político e uma responsabilidade política, por exemplo quando decide fazer e pôr em ação um plano ou programa, fazê-lo agora ou deixar para daqui a um ano, ou através dele “promover o desenvolvimento do interior” ou a “captação de turistas” ou de “investimento estrangeiro”. Mas, como autoridade administrativa, está juridicamente subordinada, pelo que tem de respeitar rigorosamente os limites da lei e do direito, que sempre **impõem a justa ponderação**.

Em muitos casos, o legislador **orienta especificamente a ação de ponderação**, por vezes de forma rigorosa, como acontece, por exemplo, no já referido art.º 64.º da Lei da Água³⁰. Não menos elucidativo é o art.º 69.º da LBG PPSOTU que fixa os “**critérios gerais para a avaliação do solo**”, determinando que “(1) o solo é avaliado pelo **método de avaliação mais apropriado**, tendo em consideração a sua situação concreta, nos termos dos artigos seguintes; (2) a avaliação do solo faz-se de acordo com os métodos comparativo de valores de mercado, de capitalização do rendimento ou de custo de reposição, a definir em lei” e (3) “a avaliação das edificações tem em conta o respetivo estado de conservação”. Fica, assim, claro que o **legislador impõe uma avaliação justa** no caso concreto e não aceita uma avaliação qualquer e muito menos uma avaliação arbitrária. Para chegar à avaliação justa, o legislador **cria critérios claros e objetivos de avaliação**, cujo rigoroso respeito impõe no caso concreto. Se esta é a vontade do legislador para a avaliação do solo, e em geral

para as avaliações urbanísticas e ambientais, não se compreenderia que a mesma exigência não fosse feita noutros domínios da ação administrativa mais sensíveis, como é o caso, por exemplo, das avaliações pela Administração do **mérito técnico, científico ou profissional dos funcionários públicos**. Isto leva-nos a **excluir qualquer discricionariedade** (mesmo encoberta sob a forma de “justiça administrativa”) ou “margem de livre apreciação” da autoridade administrativa na sua ação de avaliação, que deve ser sempre entendida como **mera ação de determinação do justo valor** que já existe e que, por isso, não é criado pela Administração, embora não esteja ainda determinado e declarado.

A **execução do plano** e em geral de instrumentos de gestão territorial tem como característica identitária o facto de exigir **tempo**. O plano realiza-se com o tempo, prolonga-se no tempo “como um intervalo musical”. Por outro lado, é característica do plano, e dos instrumentos de gestão territorial em geral, uma certa **liberdade de conformação**, que, em certa medida, se alarga à sua execução. Esta liberdade de conformação do plano e da planificação tem sido designada de “discricionariedade de planificação”. Contudo, **não se trata de discricionariedade administrativa em sentido jurídico**, uma vez que esta só existe quanto é atribuída expressamente pelo legislador, que subordina a Administração ao princípio da legalidade, com as suas exigências de reserva de lei e de preferência de lei. A “liberdade de conformação” do plano e da planificação situa-se e esgota-se nos seus aspetos políticos, de opção política, de política do urbanismo e do ambiente, que não se confundem com o direito.

A moderna legislação administrativa **orienta** (ou ‘dirige’) a conceção e execução dos planos, e em geral dos instrumentos de gestão territorial, naquilo que lhe é mais **próprio e identitário, a ponderação. Plano sem ponderação seria, em si, uma contradição**. Sirva de exemplo, no direito do urbanismo, o art.º 146.º, n.º 4, al. b), do RJIGT, que determina que os planos territoriais **integram orientações para a sua execução**, que devem ser inscritas nos planos de atividades e nos orçamentos, os quais contêm, designadamente, “a **ponderação da viabilidade jurídico-fundiária e da sustentabilidade económico-financeira das respetivas propostas**”. A referida “orientação” ou “direção” imposta pelo legislador exclui a **livre**

²⁹ In: *BVerwG*, ac. de 1.3.2018, *BVerwG* 2 A 10.17.

³⁰ Este preceito determina: “no caso de **conflito entre diversas utilizações do domínio público hídrico** são seguidos os **critérios de preferência** estabelecidos no plano de gestão de bacia hidrográfica, sendo em qualquer caso **dada prioridade** à captação de água para abastecimento público face aos demais usos previstos, e em igualdade de condições **é preferido** o uso que assegure a utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da proteção dos recursos hídricos” (n.º 1). Ao que o n.º 2, acrescenta: “Ao ponderar a situação de conflito referida no n.º 1, são considerados não só os novos pedidos de títulos de utilização como os títulos de utilização em vigor que possam ser revogados”.

escolha da Administração e, assim, o carácter discricionário do poder, pois “**discricionariedade orientada**” é falsa discricionariedade.

7. Conclusão

No Estado de direito, só há lugar para uma ponderação: a **justa ponderação**. Isto significa a **exclusão de qualquer arbítrio ou discricionariedade da Administração quando procede a ponderações, avaliações, pesagens de prós e contras, de custos e benefícios**. Nestas operações, **o ótimo é sempre exigido** pela lei e pelo direito, na forma de “justa ponderação”, à semelhança da exigência feita expressamente de “justa indemnização” (por exemplo, na CRP). O legislador determina, geralmente, os elementos a ponderar (ou a “identificar”) e fixa os critérios da ponderação (por vezes, na forma de prioridades e graduações a observar), relativa (em si) e global (uns com os outros); para além dos critérios expressamente fixados pelo legislador, a Administração tem de observar os princípios jurídico-administrativos aplicáveis. Só um escrupuloso cuidado na identificação do material a ponderar e na própria ponderação, a demonstrar na fundamentação ou em relatórios de ponderação objetivos e plausíveis, conduz a uma ponderação justa, que é sempre exigida à Administração. Nesta base, propomos a elevação da exigência de “justa ponderação” à dignidade de **princípio geral de direito administrativo**, portanto, com validade geral para toda a atuação da Administração pública, que, assim, de *lege ferenda*, deve ser previsto e regulado expressamente no código de procedimento administrativo.