

DGT	
Proa	Rui Alves
CNT	AS
DSOT	
DSIC	
DSGCIG	ANA CRISTINA BORDALO
DSPRI	SUBDIRETORA - GERAL
DGRI	
DRAJ	X

21/10/2015

Exmo. Senhor
Prof. Dr. Rui Alves
Presidente da Comissão Nacional do
Território
Rua Artilharia Um, 107
1099-052 Lisboa

DGT
ENT/5631/2015
21-10-2015

22.10.2015
Rz

RUI AMARO ALVES
DIRETOR-GERAL

Assunto: Instrumentos de gestão territorial - cláusulas de dispensa para derrogação de parâmetros

Sua Exa. o Provedor de Justiça, no âmbito da revisão do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, enviou a esta Gabinete uma recomendação no sentido de que fosse incluída uma norma que proíba os planos municipais de conterem habilitações aos seus aplicadores para derogarem o seu conteúdo através de atos e contratos administrativos, questionando a legalidade das normas do regulamento do PDM de Lisboa.

De facto, o ordenamento do território é um domínio de atuação administrativa no qual convergem diversos interesses, prosseguidos por entidades distintas, sendo necessário criar mecanismos de envolvimento, capazes de se assumirem como plataformas para dirimir conflitos, consensualizar soluções e operacionalizar ações.

Desta forma, o legislador já na anterior Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de agosto, alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de agosto, definia as competências dos vários níveis de atuação da administração que se encontram estruturados em três âmbitos distintos - nacional, regional e municipal.

Os planos, agora programas, de âmbito nacional e regional constituem um meio de intervenção do Governo na tutela dos mais relevantes interesses públicos de âmbito nacional e regional.





Por sua vez, os planos municipais constituem um instrumento integrado, na medida em que devem ter em consideração todos os interesses que confluem naquela área e estabelecerem métodos de harmonização e compatibilização entre eles. Daí que esses instrumentos, designadamente os planos diretores municipais, tenham simultaneamente um carácter *regulamentar* – enquanto instrumento que estabelece as opções e ações concretas em matéria de planeamento e organização do território e definem o uso do solo e compatibilizam os diversos interesses– e *estratégico* –reflexo da estratégia municipal, uma visão para o futuro do desenvolvimento do concelho e da região.

Deste modo, os municípios dispõem de competência municipal para, no âmbito dos planos municipais, ordenar e planejar racionalmente o seu território, sendo que em matéria de *“definição do regime do uso do solo impera a discricionariedade de planeamento, permitindo que os Municípios possam encontrar as melhores soluções tendo em vista o interesse público urbanístico”*¹.

O artigo 96.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, cuja redação tem correspondência com o artigo 85.º do revogado Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, estabelece um conteúdo mínimo a observar na elaboração dos planos diretores municipais. Para além destes os municípios têm uma larga margem de discricionariedade, sendo certo que é necessário respeitar alguns limites, não lhe competindo entrar na ponderação primária de outros cuja competência estão reservadas a outras entidades.

De facto, uma das notas características da administração é a procura por estratégias alternativas mais flexíveis que assegurem a eficácia e a rapidez na concretização dos objectivos a prosseguir através da máquina administrativa, razão pela qual a discricionariedade de planeamento permite um processo de transformação do solo adequado às necessidades do ciclo económico, em permanente mudança, por contraposição à rigidez dos planos que conduz ao desencadear de procedimentos de dinâmica, sempre que haja uma alteração das circunstâncias.

¹ JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e SANDRA GUERREIRO *“Infraestruturas da rede nacional de transporte de eletricidade e condicionantes impostas pelos planos municipais de ordenamento do território”*, E-pública – Revista Electrónica de Direito Público, n.º 1, janeiro de 2014.



As vantagens da discricionariedade de planeamento têm sido avançadas pela doutrina. A este propósito FERNANDA PAULA OLIVEIRA considera que *“em muitas situações, será mesmo uma técnica aconselhável a englobar um conjunto de situações que o plano pretende impedir ou estimular, mas sem fechar a porta a integração, no conjunto de normas e, por isso, no âmbito da regulamentação material do plano, de outras situações que tenham a mesma lógica de ocupação do território, quer se trate de situações surgidas posteriormente à sua elaboração, quer de situações existentes a essa data, mas não conhecidas pelo legislador. [...] Consideramos, assim, ser possível um plano diretor municipal formular exigências genéricas [...] mas que terão que ser devidamente conformadas, com ampla margem de discricionariedade, no momento da apreciação dos projetos em sede de licenciamento.”*²

Neste enquadramento, podem ser definidas cláusulas acessórias ou normas com um conteúdo alternativo: verificadas determinadas circunstâncias concretas existentes no momento são aplicadas regras distintas.

Se a discricionariedade é genericamente admitida, o problema parece residir no grau de flexibilidade das normas regulamentares dos planos municipais. Nas palavras da autora supra referida *“[o] desafio está em criar normas de planeamento que se posicionem a um meio-termo entre normas que nada determinam - por demasiado genéricas, abstractas e indeterminadas - e normas que tudo predeterminam e regulam”*.³

Em causa, no parecer de Sua Exa., o Provedor de Justiça, está o disposto no artigo 66.º do Regulamento do PDM de Lisboa que estabelece:

“1 – Os espaços a consolidar de uso especial ribeirinho localizam-se na frente ribeirinha e integram zonas desafetadas do uso portuário, para as quais se pretende uma reconversão urbana através do desenvolvimento de atividades ligadas ao lazer, cultura e desporto que tirem partido do posicionamento geográfico destes espaços.

2 – Nestes espaços são admitidos os usos de terciário, turismo e equipamento e atividades no âmbito da cultura, investigação desporto, pesca, atividades náutico turísticas e náutica de recreio.

3 – Não são admitidos os usos de indústria, habitação e logística não associada às atividades náuticas, designadamente à náutica de recreio, à náutica desportiva, à pesca e às atividades marítimo turísticas.

² *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, Almedina, 2012, página 313.

³ *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Almedina, 2011, página 471.



4 – A altura máxima da fachada é de três pisos, permitindo -se pontualmente quatro pisos, em função do sistema de vistas, não devendo ser superior, respetivamente, a 13 metros e a 17 metros.

5 – O índice de edificabilidade é de 1,2.

6 – As novas construções e as obras de ampliação não podem ocupar uma faixa que varia entre 25 e 20 m a contar da margem do leito do rio Tejo, em função do enquadramento urbanístico e paisagístico local, para garantia do acesso e fruição da margem ribeirinha, salvo casos excecionais cujo programa não seja compatível com esta exigência, se a Câmara Municipal considerar que revestem excepcional importância para a cidade.

7 – As atividades admitidas não devem contribuir para a degradação da qualidade da água do rio Tejo.”

(sublinhado nosso)

Em causa está a previsão de uma exceção à regra geral relativa às novas construções, nos espaços de uso especial ribeirinho, sempre que a programação da operação urbanística não seja compatível com o afastamento de 25 a 20 metros da margem do rio, para os projetos que se revelem de excepcional interesse público municipal.

É necessário sublinhar que em matéria de planeamento, existem vários regimes legais que preconizam soluções semelhantes, como é o caso do artigo 21.º do regime jurídico da Reserva Ecológica Nacional, do artigo 25.º do regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional, do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 327/90, de 22 de outubro, relativo ao levantamento das proibições em áreas percorridas por incêndios, no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de abril.

Nestas situações, a proibição de edificar pode ser afastada mediante o reconhecimento de interesse público por despacho dos membros do governo responsáveis, desde que não se possam realizar adequadamente em áreas não integradas por aquelas condicionantes. São, por isso, situações excecionais, que merecem procedimento diferenciado na sua apreciação.

Não obstante, a questão em apreço não decorre de um regime geral, mas de um regulamento municipal.

Considera Sua Exa., o Provedor de Justiça, no que concerne ao regulamento do PDM de Lisboa que: *“esta desaplicação escapa, em grande parte, à participação cívica e furta-se às garantias de racionalidade e de coordenação interadministrativa que o procedimento de formação e de revisão dos planos procura promover e salvaguardar. Aos instrumentos de gestão territorial é exigido que explicitem de forma clara e*



racional os fundamentos daquilo que preveem, indicam e determinam. Tudo isto se perde quando se faculta ao órgão executor do plano que derogue as indicações, previsões e determinações, e que o derogue discricionariamente”.

Propondo, por fim, que no âmbito da revisão do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial seja incluída *“uma norma que proíba aos planos conterem habilitações aos seus aplicadores para derogarem o seu conteúdo através de atos ou contratos administrativos”.*

A questão colocada, pela sua complexidade, mereceu a ponderação deste Gabinete no âmbito da preparação do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, tendo-se concluído que, pela sua complexidade e importância no quadro legal, deveria ser objecto de maior discussão e participação, desde logo, quanto à sede legal para regulamentar esta matéria.

Assim, atento o disposto no artigo 184.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, solicita-se o parecer da Comissão Nacional do Território sobre esta questão.

Com os melhores cumprimentos, *e consideração*

A Chefe do Gabinete

Teresa Mouro Ferreira

/mg

Anexo: ofício n.º 11728 de 06-11-2014

At SECOT N

4 DR R R

7/11/2014

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

A Sua Excelência
O Ministro do Ambiente, Ordenamento
do Território e Energia
Rua de 'O Século', 51
1200-433 Lisboa

Vª Ref.ª

Vª Comunicação

Nossa Ref.ª
Proc. Q-2308/13 (A1)

Assunto: instrumentos de gestão territorial – cláusulas de dispensa para derrogação de parâmetros

Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência, Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, no pressuposto de se encontrarem ainda por concluir os trabalhos de revisão do regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial para cumprimento do artigo 81.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, que aprovou as Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo

Pretende este órgão do Estado contribuir para o aperfeiçoamento legislativo do desenvolvimento confiado ao Governo pela citada lei de bases num aspeto determinado e do qual me dei conta na investigação suscitada por uma queixa em torno da desaplicação de parâmetros urbanísticos admitida pelo Plano Diretor Municipal de Lisboa.

O regulamento deste plano, com efeito, permite ao executivo municipal derogar singularmente muitos dos parâmetros urbanísticos nas zonas ribeirinhas, bastando-se com o reconhecimento de um excecional interesse para a cidade e com a insusceptibilidade de satisfazer as prescrições do plano.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

Trata-se, nomeadamente do artigo 66.º que permite afastar alguns parâmetros urbanísticos estipulados para a zona ribeirinha. O plano impede novas edificações ou ampliações numa faixa que oscila entre 20 e 25 metros da margem do Tejo e submete o uso destes solos ao uso e fruição comum pela população, ao mesmo tempo que providencia pela contenção da altura e da volumetria. Mas no n.º6 ressalva «casos excecionais cujo programa não seja compatível com esta exigência, se a Câmara Municipal considerar que revestem excecional importância para a cidade».

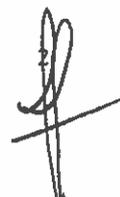
Normas com estas características encontram-se em muitas outras disposições do regulamento citado (v.g. artigo 17.º, artigo 18.º, artigo 33.º, artigo 40.º, artigo 56.º e artigo 57.º).

Normas assim põem a causa a própria razão de ser do planeamento urbanístico, pois devolvem aos órgãos que deveriam estar vinculados ao plano a competência para não o cumprir pontualmente. Toda a coordenação de interesses públicos com expressão territorial que se alcançou na formação de um plano pode simplesmente ver-se ultrapassada por simples deliberação da câmara municipal.

Razões de ordem paisagística, de proteção do estuário e de segurança contra cheias aconselhariam que, pelo contrário, as exceções obedecessem a critérios mais exigentes.

Não é assim, porém, desde que verificados os dois pressupostos: o da excecional importância para a cidade e o da incompatibilidade com os parâmetros comuns.

Este último pressuposto representa a confissão da ilegalidade como premissa para conferir a certas operações um estatuto acima da lei, ou melhor, do plano.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

O primeiro, por seu turno, é tributário de um conceito amplamente vago e indeterminado que o executivo municipal preenche singularmente e ao arrepio da separação vertical de poderes que implicaria uma coordenação com o Estado.

Até às alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 316/2007, de 19 de setembro, a necessária ratificação dos planos diretores municipais pelo Conselho de Ministros impedia que muitas normas análogas a estas chegassem a adquirir eficácia.

Diminuída a intensidade do controlo preventivo, o simples parecer das comissões de coordenação e desenvolvimento regional e o seu acompanhamento das vicissitudes dos planos não lograram obstar à aprovação de planos municipais dotados de normas desconformes com a lei. O controlo mostra-se apostado, principalmente, em assegurar as relações de conformidade ou de simples compatibilidade com outros instrumentos de gestão territorial.

Daí que o tempo e a experiência adquirida permitam hoje reconhecer a necessidade de maior densidade da lei conformadora dos instrumentos de gestão territorial, nomeadamente com limites que salvaguardem o interesse nacional e a unidade do sistema.

O exemplo mais notório é aquele que comecei por descrever: normas que permitem às autoridades municipais desaplicarem regimes enunciados nos planos cuja execução se lhes encontra confiada. Esta desaplicação escapa, em grande parte, à participação cívica e furta-se às garantias de racionalidade e de coordenação interadministrativa que o procedimento de formação e revisão dos planos procura promover e salvaguardar.

Aos instrumentos de gestão territorial é exigido que explicitem de forma clara e racional os fundamentos daquilo que preveem, indicam e determinam (artigo 4.º



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

do atual regime jurídico). Tudo isto se perde quando se faculta ao órgão executor do plano que derroque as indicações, previsões e determinações, e que o derroque discricionariamente.

À abertura da previsão vem juntar-se a abertura da estatuição, pois não se fixam parâmetros urbanísticos supletivos a aplicar nas situações excepcionais.

Por outras palavras, o órgão municipal consegue reaver a ampla discricionari-idade planificatória na própria aplicação e execução do plano sem ter de se consen-atar com os protagonistas dos demais interesses públicos que tomam voz ativa na formação dos instrumentos de gestão territorial.

A matriz constitucional asseverou ao plano urbanístico uma função determi-nante na definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos (artigo 65.º, n.º 4). O plano permite proteção da confiança. O plano contém um equilíbrio desejável das desigualdades. O plano conta com a participação reforçada dos cida-dãos.

Esta mesma norma traduz ainda a invocada separação vertical de poderes como necessidade de conciliar e otimizar soluções entre o Estado, as regiões autó-nomas e os municípios, refletindo a unidade do Estado avessa a uma ideia de soma dos territórios municipais.

Se porventura sobrevém ao plano um facto que reclama imperiosamente a sua desaplicação, a lei prevê um procedimento próprio: a sua suspensão total ou parcial.

O tema das particularidades da discricionari-idade administrativa no plano foi, entre nós, objeto de investigação na doutrina nacional, embora com algum atra-ssado por comparação com outros países europeus. À margem de livre decisão sobre os

4


O PROVIDOR DE JUSTIÇA

meios soma-se no plano uma margem de natureza próxima da função política: a margem de livre escolha dos fins.

Sobressai a dissertação apresentada por *Fernanda Paula Oliveira*¹ que, precisamente, adverte contra normas subalternizadas pela remissão para novas margens de discricionariedade de planeamento². Para situações excecionais devem prever-se regras excecionais. Não a simples devolução para juízos concretos de oportunidade e conveniência, sob pena de um desvio de procedimento e de uma rarefação da legalidade que o Tribunal Constitucional não tolerou por ser contrária aos mínimos de segurança e certeza (cf. Acórdão n.º 303/90).

Se ao plano for consentido relegar para terceiros a definição do uso dos solos, esvai-se a incumbência constitucional do artigo 65.º, n.º 4.

A ordem jurídica espanhola proíbe expressamente aos planos que contenham reservas de dispensa da sua aplicação. Primeiro a nível nacional, com a Lei do Regime do Solo e da Ordenação Urbana³ e atualmente ao nível da legislação autonómica⁴.

Estamos, no fundo, diante do tradicional *princípio da inderrogabilidade singular do regulamento administrativo*⁵, mas com o risco agravado a que se presta o plano urbanístico na sua qualidade de regulamento autónomo ou independente.

¹ *A Discricionariedade Administrativa de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, 2011.

² Cf. pp. 480-481.

³ Artigo 57.º, n.º 3, do Texto Refundido aprovado pelo Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril de 1976. «São nulas as reservas de dispensa que se contiverem nos planos ou ordenanças, assim como as que independentemente deles se concederem».

⁴ Ver por todos, artigo 11.º do Texto Refundido da Lei do Urbanismo da Catalunha, aprovado pelo decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto. Sob a epígrafe «nulidade das reservas de dispensa», determina-se que «são nulas de pleno direito as reservas de dispensa contidas nos planos urbanísticos e nas ordenanças municipais, e também as que o concedam às administrações públicas à margem destes planos e ordenanças».

⁵ Ver por todos, Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo I*, Lisboa, 1977, p. 169.

5



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

Se o plano é, por definição, um veículo da desigualdade necessária ao correto ordenamento do território, como demonstrou *Fernando Alves Correia*⁶, pois que ela seja o mais possível contida e compensada. Não se admitam novos esteios de desigualdade que fica por conter e por compensar⁷.

O controlo sucessivo dos planos urbanísticos, reservado aos tribunais, além de incidental, leva a declarar a nulidade de normas deste tipo com todos os encargos que a reposição da legalidade pode comportar. É paradigmática a declaração de nulidade do plano diretor municipal de Lagos que, ao fim de uma década, ainda não foi suprida pela aprovação de um novo plano.

Uma vez que as bases da gestão territorial continuam a confiar plenamente à autonomia municipal o controlo preventivo dos planos que aprovam diante do bloco de legalidade, parece-me de indiscutível vantagem robustecer este mesmo parâmetro e adotar uma disposição que expressamente proíba cláusulas abertas de desaplicação dos próprios planos.

Dir-se-ia que a consagração prevista para o Código de Procedimento Administrativo do princípio da inderrogabilidade do regulamento por ato administrativo⁸ bastaria para acautelar os efeitos arbitrários que as cláusulas de dispensa potenciam. Não é assim.

O problema das normas que habilitam um órgão municipal a desaplicar certas regras de um plano urbanístico encontra-se justamente na habilitação, na derrogação singular consentida e incontida.

⁶ *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1990.

⁷ Sobre o princípio da igualdade como fundamento da inderrogabilidade singular dos regulamentos, cf. Ramón Parada, *Derecho Administrativo I – Parte General*, Madrid, 2008, p. 81.

⁸ Artigo 142.º, n.º 2, do anteprojeto.



O PROVIDOR DE JUSTIÇA

Sem uma norma que expressamente interdicte reservas ou cláusulas de derrogação singular dos planos urbanísticos, é mais fácil quebrar o «quadro de interação coordenada» que a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, afirma como base do sistema dos instrumentos de gestão territorial (artigo 38.º, n.º 2).

Em face do exposto, encontro-me firmemente convicto não só da utilidade como, mais ainda, da necessidade de o desenvolvimento legislativo da lei de bases incluir uma norma que proíba aos planos conterem habilitações aos seus aplicadores para derogarem o seu conteúdo através de atos ou de contratos administrativos.

Preveleço-me da oportunidade para apresentar a Vossa Excelência, Senhor Ministro, os meus melhores cumprimentos. *Também pessoais*

~~O Provedor de Justiça~~

José de Faria Costa

(José de Faria Costa)

