

# Caraterísticas e Princípios Gerais da Política e Direito do Planeamento Territorial em Portugal

RICARDO ALEXANDRE AZEVEDO CONDESSO E FERNANDO CONDESSO \*

**Temas:** I.Conceitos, fundamentos, objetivos e características.-II.Macroprincípios jurídicos do planeamento físico.-A)-Supremacia do planeamento sobre a gestão urbanística.-a)-Princípio da gestão urbanística de conformidade com o planeamento.-b)-Princípio da demolição de uma edificação contra-plano como *última ratio*.-B)-Garantias de tipicidade, procedimentalização e segurança jurídica.-a)-Princípio da tipicidade dos planos.-b)-Princípio da procedimentalização ordenamental.-c)-Princípio da segurança jurídica.-d)-Princípio da participação.-e)-Princípio da transparência.-C)-Ampla margem de conformação administrativa e suas limitações.-a)-Princípio da discricionariedade de planificação.-b)-Sobre a aplicação especial ao planeamento dos princípios da igualdade e da interdição de excesso.-α)-Aplicação do princípio da igualdade.-β)-Sobre o princípio da interdição de excesso.-c)- Princípio da prevalência dos planos supra-ordenados sobre os PMOT.-d)-Princípio da integração de todas as regras sobre o uso do solo.- e)-Sobre a imposição de padrões urbanísticos.-f)- Sobre a imparcialidade implicando a justa ponderação dos interesses relevantes envolvidos.-g)- Princípio da sujeição do conteúdo futuro dos instrumentos de planeamento à sua prévia avaliação.-D)-Pluralização das intervenções os poderes públicos.-a)-Princípio da interação coordenada dos instrumentos de gestão territorial.-Bibliografia.

---

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 225-269.

\* RAAC: Doutor em Administração Pública e DEA em Economia e Gestão Regionais.  
FC: Doutor em Direito e em Planeamento Territorial.

## I. Conceitos, fundamentos, objetivos e características

A problemática do ordenamento físico visando pré-configurar uma *perspetiva global do território* (como quadro geral de referência, essencialmente estratégico, para os municípios) e a do urbanismo, a ele subordinado e mais diretamente vocacionada a estabelecer a ordem concreta no espaço urbano e na edificação em geral, tem sofrido um tratamento de *complexificação crescente*, face à hiperbolização da factualidade que lhe subjaz. Assistimos a uma irreversível lógica de *concentração da radicação da população* nos espaços físicos plurifuncionais<sup>1</sup> e a integração das preocupações ambientais, o que vai transformando as políticas e normações territoriais em áreas fundamentais de ação pública, nacional e europeia, para garantir a sanidade e qualidade de vida do homem.

O ordenamento do território é um tema clássico, pois nasce ligado ao urbanismo, tendo como inspiração e precedente a planificação económica<sup>2</sup> e de desenvolvimento regional.<sup>3</sup> Mas, só recentemente assumido constitucionalmente, foi ganhando dimensão prática e fortemente jurídica,<sup>4</sup> especialmente através do planeamento físico<sup>5</sup> e mesmo no plano unionista europeu como função pública (lugar de encontro e atuação coordenada de todos os poderes públicos com jurisdição territorializada, designadamente a União Europeia,<sup>6</sup> face à repercussão das suas políticas setoriais e à Estratégia Territorial Europeia ou “Esquema de Desenvolvimento do Espaço Comunitário”, enquanto estratégia pan-europeia de desenvolvimento do seu Espaço<sup>7</sup>). Tal

<sup>1</sup> Já em 1964, o artigo de ALARCÃO, Alberto –“Êxodo rural e atração urbana”. *Análise Social*, n.º7-8, Vol.II, 1964, Pp.538-563.

<sup>2</sup> AUSLAND, Patrick Mc –*The ideologies of Planning law*. Pergamon Press, 1980.

<sup>3</sup> SOTELO NAVALPOTRO, J.A. –*Regional development models*. Madrid, 2000; PÉREZ MORENO, A. –“Urbanismo y desarrollo regional: contenido del nuevo regionalismo”. *Revista Espanhola de Direito Administrativo*, n.º8, 1976, Pp.47 e ss.; GOMEZ ORTEGA, D. –*Ordenación Territorial*. Madrid, 2002, Pp.29 e ss.; Meilán Gil, J. L. –El território: protagonista del desarrollo. Madrid, 1971; Vide, ainda, *Seminar on Regional Planning of Tokyo*, de 28 julho a 8 de agosto de 1958, United Nations, Dept. of Economic and Social Affairs, 1959; e *III Conferência de Conselheiros Económicos da comissão para a Europa da ONU de 1964* (v.g., em ONU, Comissão Económica para a Europa –*Three decades of the United Nations Economic Commission for Europe*, 1978), World Commission on Environment and Development, 1987.

<sup>4</sup> GUIDO, D’Angelo –*Urbanística e Diritto*. Nápoles: Morano, 1969.

<sup>5</sup> MALCOM, Grant –*Urban planning law*. Londres: Sweet-Maxwell, 1982, Pp.1-64.

<sup>6</sup> SCHEID, Hildebrand A. –“Nuevas iniciativas de la Unión Europea en material de Ordenación del Territorio. *Revista da las Instituciones Europeas*, 1996; MARINERO PERAL, A.M. –“La ordenación del Territorio en la Unión Europea. In *Noticias de la Unión Europea*, 190, 2000; AUBY, Jean-Bernard –*Droit de l’Urbanisme et droit européen: Doctrine*. AJDA, L’Actualité Juridique, Droit Administratif, Actualité de l’Urbanisme, n.º10, oct.1995, Pp.667 e ss.

<sup>7</sup> A nível europeu, importa destacar pelo menos três pilares de atuação: cooperação transfronteiriça, programas de ordenamento territorial (CONDESSO, F. –*El desarrollo armónico de la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial*. Barcelona: Erasmus Ediciones, Jan 2010); competências setoriais da uniao europeia e os novos objetivos territoriais do Tratado de Lisboa (CONDESSO, F. –«Medio ambiente y territorio en Europa: Propuestas para una

evolução levou à ultrapassagem da mera *abordagem municipal tradicional do território* como solo.<sup>8</sup> Obtendo-se mesmo avanços parahiperbólicos na Administração do território, para efeito da correta prossecução de um desenvolvimento económico-social, ambientalmente resiliente. Indo para além das políticas nacionais mais ou menos liberalizantes, prosseguidas a partir da União Europeia e das novas Escolas de Economia *mainstream*,<sup>9</sup> assim permitindo potenciar a nível da União Europeia,<sup>10</sup> a luta contra as assimetrias de desenvolvimento, de dotação de equipamentos, de enquadramento de investimentos e de coordenação das novas problemáticas campocidade<sup>11</sup> (integração da vertente da coesão territorial no atual Tratado de Lisboa).

O ordenamento do território e o planeamento, como seu instrumento fundamental, são a *política*, a *técnica* e a *arte* de situar adequadamente as populações e as atividades económicas nos diferentes territórios, numa perspetiva racional de conciliação entre o desenvolvimento económico-social, a defesa de uma ambiente urbano e rural promotor da qualidade de vida (ou seja, naturalmente resiliente) e atento aos interesses coletivos essenciais, tais como a beleza das paisagens, a estética dos aglomerados de vivência humana<sup>12</sup> e o património arqueológico, histórico, cultural ou paisagístico, natural ou edificado.<sup>13</sup>

---

política de ordenación espacial en la Península Ibérica». *Revista Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial*, Madrid, Volume 67, 2004, Pp.95-124; -Políticas urbanas y territoriales en la Península Ibérica. Tomo I, GIT, Mérida, Serie Estudios Portugueses, n.º28, 2005; - *Direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2001; -*Direito do Urbanismo: Noções Fundamentais*. Em colaboração com Catarina Condeso. Lisboa. Quid Juris?, 1999.AUBY, J.B. -“Droit de l’urbanisme et droit européen”. *L’Actualité juridique: Droit administratif*, 1995; Bouyssou, F. -“Droit de l’urbanisme et Droit international”. *Melanges Pierre Vella*. Paris, 1995.

<sup>8</sup> LARA CARVAJAL, J.M.DE -“La actividade urbanizadora”. In PEREZ HERRERO, J.M. (Dir.) -*La carestia de suelo y soluciones*.Madrid, 2000, Pp.87 e ss.

<sup>9</sup> Vide, CONDESSO, F. -*Europa em Crise: (...)*. Lisboa: Caleidoscópio, 2012; e, para publicação em 2014, *Economia, Política e Direito (economia política, economia situada e direito económico)*.

<sup>10</sup> Vide, desenvolvidamente, UE, COMISSÃO -*COM(2008) 616 final, Livro Verde sobre a Coesão Territorial Europeia: Tirar Partido da Diversidade Territorial*. SEC(2008) 2550, Bruxelas, 6.10.2008.

<sup>11</sup> Sobre os seus objetivos, ver desenvolvidamente CONDESSO, F. -Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional.Lisboa: ISCSP, 2005; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago -*Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, p.25

<sup>12</sup> Sobre o valor da estética e a possível valorização negativa de uma envolvente urbana, vide NEUMAN, M. -“La imagen y la ciudad. *Ciudad y Territorio*, n.º104, 1995, p.377. Em geral, CONDESSO, F. -“Sobre a estética urbana”. Coimbra: Almedina, p.259 e ss.; -“Questão da degradação estético-cultural do ambiente urbano por demissão dos poderes administrativo e jurisdicional. Problema da estética urbana”, “Direito do Ambiente em Portugal”.In *Eugenio Soriano, José (coord.), Derecho Ambiental Iberoamericano* (no prelo).

<sup>13</sup> BIELZA DE ORY, V.; MIGUEL GONZÁLEZ, R. de -“El patrimonio cultural: Componente de ordenación del territorio”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º10, 1997.

Face à *supremacia do direito territorial*, construído à base de vinculações segundo escalões dos vários poderes de intervenção no território, importa que vigore globalmente entre estes uma distribuição de funções regida pelo princípio do *equilíbrio de todo o sistema* na articulação desses poderes, de modo que os municípios, local das decisões concretas, não fiquem competencialmente esvaziados de todo o conteúdo conformador do desenvolvimento futuro dos territórios concretos que administram.<sup>14</sup> Ou seja, há limites à vinculação do plano. A limitação tem de processar-se de acordo com o concreto carácter do escalão em que é criada, de diretriz ou com fins locais específicos, com sujeição estrita dos planos de ordenamento do território a uma concreta definição normativa e balizas substantivas e procedimentais, o que impede o uso do planeamento físico para “legislar” ou confiscar livremente poderes decisórios. Tal como impede regulamentações de natureza territorial sem seguir procedimentos especiais, em qualquer escalão do poder territorial, para fugir à específica lógica exigencial da regulamentação de planificação.

A *legislação nacional* disciplina em termos amplos os instrumentos de administração territorial (IGT), essencialmente no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, objeto contínuo de alterações, pretendendo dar-lhe conteúdos mais *precisos e articulados*, numa lógica de *hierarquização*, conforme se vai descendo na sua escala territorial e se vai substituindo orientações mais gerais por imposições face à colocação de questões mais concretas. No que concerne aos *elementos essenciais*, referentes ao *conteúdo do planeamento*, eles devem desempenhar *três tarefas condicionantes* do seu êxito: a identificação dos recursos e valores territoriais, a determinação do destino básico dos terrenos, através da definição do uso do solo (pelos planos municipais de ordenamento), por meio da sua classificação e a determinação da *definição do perímetro urbano*, através da *qualificação do solo* urbano (terreno para o qual é reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação: solos urbanizados ou cuja urbanização seja possível programar e afetos à estrutura ecológica necessários ao equilíbrio do sistema urbano) e da *classificação* dos solos (segundo o princípio de que, nesta fase de revisão geral do planeamento municipal, deve já ser apenas excecionalmente admitida a transição de solos rurais para solo urbano).<sup>15</sup>

A nova Lei de Bases da Política de Solos, do Ordenamento do Território e de Urbanismo<sup>16</sup> pretende propiciar uma nova reforma dos diplomas que regulam todo o

<sup>14</sup> LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. -*Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*. Madrid, 1992.

<sup>15</sup> CONDESSO, F. -“O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal”. In *A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na américa ibérica: Balanço de Resultados das Quatro décadas da Conferência de Estocolmo*. Santos: Unisantos, 2012, Pp.157-170.

<sup>16</sup> Não aplicável ao ordenamento e à gestão do espaço marítimo nacional, que conta com legislação específica, mas sem prejuízo da coerência, articulação e compatibilização da política de solos e de ordenamento do território com a política do ordenamento e da gestão do espaço marítimo nacional.

planeamento do território, urbanismo e edificação, ou seja, essencialmente os Decretos-leis n.º380/99, de 22.9 e n.º555/99, de 16.12. Esta lei de bases tem como novidade integrar num só diploma as matérias respeitantes a todas as políticas nestas áreas, lançando assim as bases para uma “nova fase” da afirmação destas. Está em causa, na justificação governamental, assumir o solo como “fator decisivo de *competitividade*, associando positivamente a conservação e o aproveitamento eficiente dos recursos, a qualidade ambiental e a criação de boas condições para o desenvolvimento económico e social”. Isto, reforçando a integração de políticas no território, a eficácia dos mecanismos de execução dos planos; a sustentabilidade económica e financeira dos processos de desenvolvimento urbano, simplificando as condições de realização das operações urbanísticas e promovendo uma maior equidade e *coesão social e territorial*.

A nova Lei de Bases da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo vem consagrar um direito geral “ao ordenamento do território”, numa postura semelhante ao texto constitucional em relação ao ambiente (“a um ordenamento do território *racional, proporcional e equilibrado*), através de um intervencionismo público em matéria de solos, ordenamento do território e urbanismo com respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos (art.º5.º).

Os fins da LBPSOTU são: a)- no domínio dos *solos* em geral: o aproveitamento racional e eficiente do solo, com a devida valorização das suas potencialidades, quer em relação às áreas agrícolas, florestais e silvo-pastoris quer à orla costeira, margens dos rios e albufeiras, quer ao património natural, cultural e paisagístico (garantindo adequadamente as suas funções ambientais, económicas, sociais e culturais); b)- no âmbito da *economia situada*: o desenvolvimento sustentável (compatível com a economia territorial) e avanço para a correção das assimetrias regionais;<sup>17</sup> c)- No plano do *ordenamento físico e urbanístico*: a reabilitação dos centros urbanos e dos aglomerados rurais, a requalificação de áreas degradadas e a reconversão de áreas urbanas de génese ilegal; a limitação da expansão urbana e da edificação dispersa; d)- no campo específico do *ambiente*: a potenciação da resiliência do território e o combate à contaminação dos solos (face aos fatores agressivos do ambiente e da saúde humana).<sup>18</sup>

<sup>17</sup> c)-“*Economia e eficiência*, assegurando a utilização racional e eficiente dos recursos naturais e culturais, bem como a sustentabilidade ambiental e financeira das opções adotadas pelos programas e planos territoriais”.

<sup>18</sup> Subordinadas aos seguintes princípios ambientais: “a)-Do desenvolvimento sustentável, que obriga à satisfação das necessidades do presente sem comprometer as das gerações futuras, para o que concorrem a preservação de recursos naturais e a herança cultural, a capacidade de produção dos ecossistemas a longo prazo, o ordenamento racional e equilibrado do território com vista ao combate às assimetrias regionais, a promoção da coesão territorial, a produção e o consumo sustentáveis de energia, a salvaguarda da biodiversidade, do equilíbrio biológico, do clima e da estabilidade geológica, harmonizando a vida humana e o ambiente; b)-Da prevenção e

Quanto às *características* atuais do direito do ordenamento do território,<sup>19</sup> podemos referi-lo como um *direito estratégico*, porque exige cada vez mais (pelo menos em parte para atingir eficazmente os seus objetivos) intervenções planificadoras e programadoras. Uma, visando diretamente a problemática ambiental, ligada à proteção de zonas naturais ou altamente sensíveis num plano ambiental. Outras, visando objetivos ordenamentais físicos autónomas, mas que não podem deixar de considerar as perspetivas de defesa ambiental. E é também um *direito prospetivo*, no sentido de que se concebe tendo presente que há que impor o dever dos viventes de hoje não prejudicarem os direitos ambientais dos homens de amanhã. Estamos face a um *direito com uma componente territorial geral*. Mas, mesmo assim, um direito cada vez mais preocupado com o *homem sedentário e concentracionário*, que tudo complica, ao tender a viver polarizado em aglomerados urbanos.<sup>20</sup> Ou seja, um direito em que a *urbe* aparece enquadrada como um *ecossistema*. E, portanto, como um bem globalmente considerado. Exigindo uma *polarização normativa adequada*. Como *direito de intervenção pública hiperbólica*, implica legislação panterritorial enquanto direito de interesse global, no sentido que supõe, em geral, uma interdependência dos homens e das regiões. O que pressupõe o desenvolvimento de uma visão global dos problemas. É, por isso, um *direito de nomogénese global*, integrando desde normas de direito internacional, nível de intervenção onde começaram por singrar as primeiras normas significativas modernas, até normas regulamentares autárquicas. Portanto, é um *direito de atribuição de intervenções concorrentes* aos vários escalões dos poderes públicos estabelecidos, internacionais ou nacionais, e dentro destes.<sup>21</sup>

---

da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar os impactes adversos no ambiente; c)-Da transversalidade e da integração de políticas ambientais nas políticas de ordenamento do território e urbanismo, nomeadamente mediante a realização de avaliação ambiental que identifique e monitorize efeitos significativos no ambiente que resultem de um programa ou plano territorial; d)-Do poluidor-pagador e do utilizador-pagador, que obriga o responsável pela poluição ou o utente de serviços públicos a assumir os custos da atividade poluente ou os custos da utilização dos recursos; e)-Da responsabilidade, que obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente; f)-Da recuperação, que obriga o causador do dano ambiental à restauração do estado do ambiente tal como se encontrava anteriormente à ocorrência do facto danoso.

<sup>19</sup> CONDESSO, F –“Definição e características do direito do urbanismo”. In *CONDESSO, Fernando e Catarina –Direito do urbanismo*. Pp.53 e ss..

<sup>20</sup> De facto, conjuntos de edificações e sua área envolvente, possuindo vias públicas. Em geral, hoje, já áreas delimitadas com tal designação nos planos municipais de ordenamento do território, que fixam os perímetros urbanos.

<sup>21</sup> CONDESSO, F. –*Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional*. Lisboa: ISCSP, 2005.

## II. Macroprincípios jurídicos do planeamento físico

São muitas as questões fundamentais que o atual sistema de planeamento físico suscita, designadamente relacionadas com a aplicabilidade direta ou não dos regulamentos dos planos, a compatibilidade e conformidade das normas dos diferentes planos e a sua função integradora, a leitura doutrinal do princípio da discricionariedade do plano, o significado e operatividade do princípio da justa ponderação dos interesses relevantes, os *standard* (padrões urbanísticos) de operatividade imediata e de operatividade diferida, a relação do direito geral dos solos com o planeamento e entre eles e o direito de construir.<sup>22</sup> O que implica a questão da natureza do direito de propriedade, do planeamento e dos instrumentos jurídicos de gestão urbanística. E são muitos os princípios a que obedece o planeamento territorial, todos eles, desde os substantivos, operativos, aos orgânico-procedimentais, de importância axiliar para que esta função pública possa atingir os seus objetivos globais em termos de adequada administração do território.<sup>23</sup> Importa começar por referir que o *planeamento*, enquanto atividade *regulamentar pública de natureza especial*, está sujeito aos princípios constitucionais da atividade administrativa, com realce para o da proibição de excesso, e ainda aos princípios específicos ou que, nele, assumem um especial enfoque. Da vasta gama de princípios do planeamento destacarei os basilares, muitos deles mera modulação específica da aplicação a este campo de estudo de princípios gerais da atividade administrativa, agregando-os em quatro grandes tópicos caracterizadores do direito do planeamento territorial: supremacia do planeamento face à administração urbanística, tipicidade e procedimentalização do planeamento, ampla margem de conformação administrativa e hiperbolicidade da intervenção administrativa.<sup>24</sup>

### A)-Supremacia do planeamento sobre a gestão urbanística

#### a)-Princípio da gestão urbanística de conformidade com o planeamento

A natural supremacia dos planos, face à administração urbanística e seus corolários, é conatural ao princípio da inderrogabilidade singular das normas. A gestão ou Administração individual e concreta dos solos fica condicionada à partida pelos regulamentos planificantes, sendo certo que estes ao nível do território municipal são obrigatórios. Não exclusivamente. Também fica sujeita ao direito do urbanismo,

<sup>22</sup> RUEDA PÉREZ, M. A. (dir.) –*Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda*. Madrid, 2003.

<sup>23</sup> CONDESSO, Ricardo –*Las estructuras de gobernación en Portugal ante las asimetrías de desarrollo territorial: ¿Qué modelo seguir?* Tese doutoral. Biblioteca FFLUNEX, Espanha, 2012.

<sup>24</sup> Em geral, CONDESSO, F. –“Os Princípios do Planeamento Territorial”. In *Direito do urbanismo*, o.c., Pp.228-258.

especialmente ao seu regime geral, o RJUE. Mas este ou normas especiais do DU podem permitir ou mesmo legitimar o afastamento do regulamento planificante, que assim perde o caráter absoluto, com a possibilidade de ultrapassagem em situações excepcionais devidamente justificadas, tendo presente o art.º 65.º (direito à habitação, as normas referentes às AUGI, RJRU, art.º 60.º sobre a conservação do existente e os corolários sobre alterações futuras, ou a possibilidade de licenciamentos especiais contra-plano do 88.º do mesmo RJUE, etc.

O princípio geral da precedência e vinculação pelo planeamento da gestão territorial concreta visa executar a política de solos, de ordenamento do território e de urbanismo,<sup>25</sup> de acordo com os planos em vigor. E, na linha lógica desta exigência, desde logo, temos o *princípio da obrigatoriedade de planeamento* no âmbito municipal, consequência do princípio da precedência do planeamento para a gestão territorial. Com efeito, é, hoje, inquestionável a necessidade de imposição da gestão urbanística de conformidade com os planos.

Este *princípio da gestão urbanística* impede um *desenvolvimento urbanístico espontâneo* (impondo a vigência e execução de um sistema legal de planificação), segundo meras *decisões privadas ou públicas casuísticas*, sem ordenação e disciplina. O que, portanto, implica um dever de planificação. Perdidas, na generalidade dos municípios do país, mesmo onde era obrigatório e não foram elaboradas, as oportunidades legislativas ligadas aos regimes dos planos designados como “áreas de desenvolvimento prioritário” e “áreas de construção prioritária”, hoje, quanto aos planos gerais de todo o território de cada município, PDM, existe uma obrigação de os elaborar por parte dos municípios. E a lei impõe *procedimentos* estritos para a elaboração destes planos, no chamado RJGT, não só para garantir a necessária *ponderação* e cooperação interadministrativa em face de todos os interesses relevantes envolvidos, como para propiciar a concertação e contratualização entre os interesses públicos e privados implicados, incentivando uma vinculação recíproca entre a iniciativa pública e a privada na concretização dos programas e planos territoriais (art.º 3.º, 1, al. h LBPSOTU; art.º47.º sobre a contratualização do planeamento<sup>26</sup>).

### **b)- Princípio da demolição de uma edificação *contra-planum* como *última ratio***

<sup>25</sup> Sistema de gestão territorial (título III), CAPÍTULO I Gestão territorial, Artigo 37.º Objetivos da gestão territorial.

<sup>26</sup> “3 -Os particulares interessados na elaboração, alteração ou revisão de um plano de urbanização ou de plano de pormenor podem apresentar propostas de contratos para planeamento aos municípios”.

Sobre esta magna questão da “regularização” de operações urbanísticas, especialmente quando implicam o direito fundamental à habitação, a nova Lei de Bases da Política de Solos, do Ordenamento do Território e de Urbanismo refere um “*procedimento excecional* para a regularização de operações urbanísticas ilegais, no sentido geral de obras realizadas sem o devido controlo prévio, quando exigido, e ainda para a “finalização de operações urbanísticas inacabadas ou abandonadas pelos seus promotores”, matéria que hoje deve ter-se por enquadrada já no art.º 88.º do RJUE e outros.<sup>27</sup> Trata-se expressamente de obras *inacabadas por caducidade* de existentes licenciamentos ou de admissões, expressas ou tácitas, de comunicações prévias; ou, por maioria de razão, de obras prosseguidas ou acabadas depois da caducidade ou mesmo com génese, substantiva ou procedimental, ilegal. Embora, essa regularização não prejudique a aplicação de sanções e de medidas de tutela da legalidade urbanística (diferentes da demolição), v.g. embargo ou imposição de alterações, ou mesmo, fora das situações previstas designadamente no n.º 3 do referido artigo, o cumprimento de planos intermunicipais e municipais e outras normas legais e regulamentares vigentes “à data em que tenham lugar”. Podendo sempre a lei “dispensar o cumprimento de requisitos de legalidade relativos a construções”, cuja aplicação se tenha “tornado *impossível* ou que não seja *razoável* exigir”, desde que fique pelo

<sup>27</sup> Sobre o tema, *vide* CONDESSO, Fernando - "Legalização de situações irregulares", in *Direito do Ambiente* (Direito do Ambiente: Normas, Doutrina, Jurisprudência, Questões Atuais). Coimbra: Almedina, 2014, Pp.182-185 e nota 208; e, ainda, "Sobre a Defesa do Ambiente no Regime Jurídico de Reconversão de Áreas Urbanas de Génese Ilegal", Pp.186-190. Esperemos (contrariamente ao que, por vezes, ocorre com o legislador) que a adaptação a fazer, por força da nova Lei de Base Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio), através de novas alterações aos diplomas referentes ao Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 380/99, de 22.9) e Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99, de 16.12), e que deveriam começar pelo primeiro regime, tenham realmente em conta a realidade da edificação existente no país e do direito à habitação e, portanto, se abram, agora em termos expressos, à previsão da legalização dos imensos casos (pelo menos, em áreas rurais, embora em geral camuflados), de situações de construções isoladas, efetivadas posteriormente à legislação nacional impositiva ou mesmo a anteriores regulamentações municipais exigentes de licenciamentos, pelo menos nos casos de habitações de génese ilegal servindo de residência habitual, tal como facilite, sem metas nacionalmente fixadas e sem irrealistas e desnecessárias sucessivas prorrogações, tendo não só a objetiva dificuldade regularizadora como até a própria inércias histórica da grande maioria dos municípios numa ativa e apoiada promoção dessa regularização. Que, seguramente, ou passa pelas soluções apontadas neste texto (numa interpretação extensiva do atual articulado, face ao princípio que vai sendo jurisdicionalizado da demolição como última ratio; ou será sempre, em grande número de situações, um problema por resolver para a maioria dos proprietários e, com ofensa ao princípio da igualdade de tratamento, algo que vai sendo, em certos casos isolados, decidido jurisdicionalmente apenas contra alguns deles, através de demolição, aliás após anos de sofrimento por incertezas.

menos assegurado o cumprimento dos “requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens” (requisito de “habitabilidade” em sentido amplo).<sup>28</sup>

No fundo, tudo deve ser tendencialmente regularizável, em solos urbanos ou rurais, mesmo que, com imposição de alterações por razões de salubridade e segurança (ou seja, por falta de condições mínimas de habitabilidade). Embora possam ocorrer dificuldades acrescidas em zonas de comprovado risco de instabilidade geotécnica ou incontornável perturbação da lógica ínsita a áreas protegidas. Regularizável, quer estejam em causa desconformidades com normas procedimentais de controlo prévio quer normas que, na altura da edificação, já inviabilizavam a construção ou que passaram a inviabilizá-la no momento da regularização. E o critério auxiliar da regularização do edificado pode ser algo mais captável, face ao estatuído sobre o seu critério de “utilização e conservação” (art.º 60.º): a existência ou não de condições de segurança, salubridade e estéticas, necessárias ao fim a que se destinam (n.º1), é o critério direto da aceitabilidade da utilização das edificações e, portanto, indiretamente a orientação para a sua subsistência, e, por isso, na linha do macro-princípio essencial quanto ao edificado de que os proprietários devam “manter as edificações existentes em *boas condições de utilização*, realizando as obras de conservação ou de *outra natureza* que, nos termos legalmente definidos, se revelem indispensáveis a essa finalidade.

\* \* \* \* \*

Já face ao atual RJUE, à partida sem possibilidade jurídica de contestação (por interpretação extensiva), devia ter-se como resolvida a questão prévia de saber se a preservação do existente contra-plano, a regularizar ou demolir, face ao art.º 106.º, e tendo presente os termos constantes do licenciamento especial previsto no art.º88.º do mesmo RJUE, expressamente preocupado em responder a situações de obras inacabadas, também se aplica àquelas entretanto ou em geral já acabadas. A responder positivamente. Em causa podem estar obras inacabadas, sem possibilidade de serem terminadas face à caducidade da licença ou da admissão de comunicação prévia, mesmo que com construções pós-caducidade e mesmo que contra-plano (alterações desconformes com normas atualmente em vigor; artigo 88.º, n.1 e 2). Ou mesmo obras efetivadas sem qualquer controlo prévio, partindo erradamente do pressuposto de isenção legal para tal. Serão ilegalizáveis apenas as situadas dentro de áreas ambientalmente protegidas, constantes de normas com aplicabilidade pluri-subjetiva (PEOT, PMOT; em geral, planeamento ambiental para áreas naturais, albufeiras de águas públicas, estuários, orla marítima, águas, restrições e servidões administrativas e normas ambientais integrantes de planos locais de aplicabilidade

<sup>28</sup> A ele também se referem, a propósito de imposições administrativas de conservação, várias leis de solos de regiões autónomas espanholas, vide, v.g., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago—*Urbanismo y Ordenación del Territorio*. Madrid: Aranzdi, 2004, P.274.

direta); a menos que haja normas excepcionatórias que o permitam. Como positiva será a resposta acerca de obras já acabadas, efetivadas sem controlo prévio na altura legalmente exigido, e já antes ou atualmente em desconformidade com normaçaõ atualmente em vigor (artigo 88.º, n.º3).

Pois, se se pretende preservar as quase acabadas (em estado avançado de construção), por igual ou mesmo maioria de razão, ele deve ter-se como aplicável, no mínimo, se outro mais favorável ainda não existir, o regime aplicável às já acabadas, em situação ilegal, quer tenham partido de situações com título designadamente de admissão de comunicação prévia já caducado (n.ºs 1 e 2), quer não tenha havido qualquer título de controlo prévio legal (n.º3). Podemos, pois, com propriedade, face à normaçaõ atual, falar em preservaçaõ do existente não só face ao artigo 60.º referente a construções feitas antes da existência de legislaçaõ de controlo prévio (RGEU de 1951, para áreas urbanas, e legislaçaõ de 1991, para áreas rurais, se não existiam anteriormente regulamentos municipais exigindo licenciamento), em que não há qualquer anomalia da construçaõ original, efetivada à base da legislaçaõ então vigente, como para além do disposto nele, com controlo administrativo ou sem ele, com garantia de não afetaçaõ dessa construçaõ existente, nem (em princípio) de obras futuras nela a efetivar (preservaçaõ relativa a partir do existente, de possibilidades edificatórias, segundo a legislaçaõ original), apesar de desconformidade com normaçaõ superveniente, designadamente planificadora; e quer a construçaõ esteja ainda totalmente erigida (em caso de pretendidas alterações ou mesmo reconstruçaõ), quer já em ruínas (ou melhor, em situaçaões de existência de anterior construçaõ não ilegal: para as situaçaões em que se pretenda a reconstruçaõ); e também (aqui, já apenas um princípio do primado da preservaçaõ do construído), embora com disciplinas reguladoras distintas daquela e mesmo entre si, àquelas em que, face a construções ilegais ou que entretanto se tornaram ilegais, o legislador cria soluções próprias de regularizaçaõ, seja o artigo 106.º, “*secundum legem geral*”, sejam as distintas normas do artigo 88.º do RJUE (*contra legem geral*, e cujo n.º 2 remete para o artigo 60.º), assim como os artigos 84.º e 85.º, ambos em casos inacabados de urbanizaçaõ e o 84.º ainda também em situaçaões de edificaçaõ (obras inacabadas, passíveis de serem terminadas pela Câmara Municipal ou por terceiros).

Com efeito, o artigo 106.º, em si e juntamente com os artigos 84.º, 85.º, 88.1, o regime das AUGI, o artigo 59.º, 60.º e 61.º da LBPSOTU, o artigo 65.º da Constituiçaõ, tal com a mais recente jurisprudência do STA e dos TCAN-S, consagram claramente o *princípio da demoliçaõ como última ratio*. Ou seja, só se, de todo em todo, não houver soluçaõ: ou porque o proprietário não está disposto a regularizar a situaçaõ, com pedido de licenciamento especial ou alterações propostas pela Câmara Municipal, ou porque, mesmo que esteja ou passe a estar o construído não tenha por onde se pegue, por razoes insupríveis de segurança da habitaçaõ ou de incapacidade de lhe introduzir modificações que resolvam problemas de insalubridade. Ou seja, estando o proprietário ou passando a estar interessado na sua “salvaçaõ” no termos

do ordenamento jurídico, no plano material, a Câmara Municipal demonstre que não é possível aproveitar a obra ilegal, acabada ou inacabada, ou mesmo com título construtivo válido mas caducado (inacabada mas em estado avançado de conclusão, ou, por maioria de razão, se já acabada, mesmo que fosse recente, mas muito mais se pelo tempo decorrido se tiver sedimentado no património do respetivo proprietário, e desde logo com elementos de oficialidade, registos para efeitos fiscais ou prediais, numa situação de isotonia exigindo tratamento igual à de uma situação de construção sem licença, por esta ser nula e portanto de nenhum efeito, mas ter decorrido tempo largo (10 anos, na tese de Marcelo Caetano, em seu Manual de Direito Administrativo, tudo hoje com cobertura expressa ou por analogia, dado não se verem argumentos que possam justificar tratamento distinto, com base mesmo em lei escrita: o artigo 134, n.º 3 (efeitos putativos de ato nulo; o ato é ilegal mas a Administração deve fazer de conta que é legal e tratar como se o fosse, em nome de princípios basilares do direito, como o da segurança jurídica e o da boa fé, da proporcionalidade, etc.). E, casos há em que este princípio do aproveitamento do existente total ou do existente parcial, quando seja o facto, pode mesmo ser, se não diretamente baseado, pelo menos apoiado, em razões relacionadas com a existência anterior a legislação impositiva de controlo prévio (zonas urbanas e envolventes, 1951; zonas rurais, inexistindo regulamento municipal de extensão do RGEU, 1991); neste caso, factos passíveis de constatação por inspeção local e análise física ao solo e subsolo de terrenos com vestígios de ruínas referentes a casario de família ou de apoio agrícola, até documentos de acesso oficial, e mesmo um amplo conhecimento de cidadãos da zona, ainda vivos. Portanto, de facto, temos hoje vigente este princípio da demolição apenas quando nada em termos regularizadores o proprietário queira fazer ou, mesmo que o queira, nada seja possível fazer para dar ao edificado condições de legalização. O artigo 106.º do RJUE pressupõe um licenciamento de regularização edificatória normal, em situações que caibam na norma vigente no momento em que se pretende regularizar a ilegalidade, mas não pode deixar de se invocar extensivamente o artigo 88, n.º 3, para o licenciamento especial aí previsto (situações quase acabadas, em que seria desperdício demolir, e por maioria de razão, situações de construção já acabadas, em que o desperdício seria maior). Concluindo este ponto, face ao ordenamento jurídico português, são absolutamente residuais os casos em que, por incapacidade total de dotar o imóvel de condições de salubridade e segurança, a sua salvação (mesmo que com imposição eventual de condições para o efeito), se revele, em apreciação casuística, completamente e na totalidade impossível. Mesmo que um proprietário não tenha apresentado em dado momento, pretendido pelo município, um pedido de licenciamento com projeto de regularização-legalização, pode sempre fazê-lo e o pedido de licenciamento deve ser deferido, mesmo que possa haver norma de PDM aplicável (então face ao artigo 88.º, n.º3, seja obra acabada, seja obra inacabada, em ordem a evitar uma demolição, cabendo ao município atentar nos artigos 87.º e 88.º, n.º1 do Código do Procedimento Administrativo, e ter presente que também é tarefa sua tentar por sua iniciativa enquadrar situações construtivas anómalas, sob pena de um eventual assumir de responsabili-

dades e de obrigação de indemnizar por uma demolição que poderia ser evitada, por lhe caber em primeira linha aplicar devidamente o direito aos factos, que portanto também lhe cabe diligenciar apurar (Decreto-Lei n.º n.º67/2007, de 31 de Dezembro, em concretização do artigo 22.º da Constituição). Decidir mandar demolir e executar tal ordem sem diligenciar a efetivação do preceituado no artigo 106, n.º1 e 2, ou sem ter presente o artigo 60.º, caso seja aplicável, ou desprezando a possibilidade de licenciamento especial do artigo 88.º, a justificar adequadamente, quer nas situações de poder vinculado, quer nas de “poder discricionário”, é algo inadmissível e responsabilizante.

Face às normas citadas, pode referir-se que o art.º 65.º da Constituição tem também de ser chamado à colação em matéria de regularização de edificações ocupadas ou aptas para habitação, pois nele o urbanismo está intimamente, teleologicamente, imbricado no direito fundamental à habitação, com a natureza dos “direitos económicos, sociais e culturais”, que integra e consagra. Pelo que, independentemente da sua possibilidade concreta de maior ou menor concretização pelo legislador, pelo menos há que considerar as situações urbanísticas referentes a edificações (e, nesta linha protetiva de loteamentos e edificações ilegais, com a regularização a todo o custo, temos as leis das AUGI) ou edifícios isolados aptos a habitação, e por maioria de razão se já habitados, especialmente se não for uma habitação secundária ou, em geral, os proprietários não tiverem outra habitação para viverem e, em princípio, se a regularização não ofender regras ambientais ordenamentais diretamente aplicáveis aos cidadãos em função da localização (PEOT e PMOT), em que só casuisticamente poderá haver alguma justificação excecionatória face à, cumulativamente, dimensão e estilo da construção e meios económicos do proprietário.

Explicitando algo mais sobre o regime do artigo 88.º do RJUE, ele refere-se expressamente a obras muito adiantadas embora ainda não acabadas, ou seja quase acabadas, inacabadas portanto mas que estão tão adiantadas que é como se já estivessem acabadas. Tendo presente a boa interpretação, aliás acolhida no direito comparado, é obra em “estado avançado” de construção mas ainda inacabada, v.g., aquela a que falte colocar na totalidade ou em parte o telhado, rebocar paredes em tijolo, não pintada exteriormente, com incompletudes várias visíveis a um simples olhar... Embora, face à *ratio legis*, seja tanto mais aplicável esta norma do artigo 88.º quanto mais acabada estiver a obra, porque obviamente maior seria o desaproveitamento da construção quanto mais se tivesse de destruir, para voltar depois a construir.

Refere-se, pois, as situações em que os seus proprietários, face a à aplicação de novas normas (por exemplo, normas de um PDM, etc.), posteriores à caducidade do título construtivo, não conseguiriam vir a ter uma licença normal segundo o artigo 106.º, para serem terminadas como estava previsto anteriormente, face à necessidade normal de novo procedimento de licenciamento segundo as novas regras. Estando sem possibilidade disso, a construção já quase acabada (ou acabada, por maioria de

razão) teria de seguir a nova legislação, e portanto teria de ser demolida e reconstruída em termos diferentes com nova licença como se nada tivesse acontecido antes. Se chegou a haver antes um título licenciador ou admissão de comunicação prévia, aplica-se o n.º 1 e 2 e as regras do artigo 60.º, que deve ser lido como um poder vinculado: o município é obrigado a legalizar o resto da construção com uma licença especial não obrigando a aplicar as novas normas, embora também não possa aproveitar-se para agravar o desrespeito delas (fazer como estava no título caducado). Se, como é entendimento da doutrina,<sup>29</sup> em qualquer outra situação, ou seja, se não houve nunca tal título (isto é, se estamos face a uma construção isolada de génese ilegal; se fossem várias, uma área delas, aplicar-se-ia também normação semelhante, a AUGI, que aliás pode servir de orientação analógica quanto ao construído passível de ser salvo), que na totalidade ou em parte, não está conforme às novas regras, temos o seu n.º 3: “Podem ser concedidas as licenças (...) quando a câmara municipal reconheça o interesse na conclusão da obra e não se mostre aconselhável a demolição da mesma, por razões ambientais, urbanísticas, técnicas ou económicas”. Ou seja, a Câmara Municipal mesmo em construções ilegais que vão contra normas atuais e portanto não suscetíveis de legalizar nos termos do artigo 106.º (mesmo que fossem concluídas ontem e não acabadas ou estivessem inacabadas) pode permitir acabar ou manter o já construído, desde que declare e fundamente que se reconhece “o interesse em não a demolir”, não existindo razões urbanísticas, económicas, etc. para as demolir. Ora, se este poder discricionário existe qual o interesse da Câmara em as demolir – em certas aldeias não seria demolir metade do edificado? Ou então ofender o princípio constitucional de tratamento igual de todos os cidadãos, mandando demolir umas e não outras? Razões urbanísticas podem existir para se defender tal interesse.

Voltando, ainda, à Constituição, havendo ocupação habitacional, não é verdade que o artigo 65.º da Constituição (“Constituição do Urbanismo”), intitulado “Habitação e Urbanismo”, consagra o *direito à habitação* como um *direito económico, social e cultural*. Artigo constitucional fundador portanto de um direito fundamental do cidadão, que – embora não obrigue a dar casa gratuita num país que não é rico de meios públicos para o efeito –, pelo menos impede em princípio a sua demolição, quando seja uma obra (para ou) já ocupada para habitação de uma família, e ainda mais se não tem outra para o efeito. Portanto, independentemente da densidade, maior ou menor, com que o legislador ordinário o tenha ou venha a concretizar, pelo menos, integra e exige a ponderação regularizadora pelo município, aberta-permitida pelo legislador, para levar – neste caso de habitação, impor mesmo o reconhecimento do “interesse”, referido no normativo em apreço (n.º 3 do art.º 88.º RGUE), na manutenção e mesmo na conclusão (situação expressada, por que seria aquela em

<sup>29</sup> V.g., OLIVEIRA, Fernanda Paula de; NEVES, Maria José Castanheira; LOPES, Dulce; MAÇAS, Fernanda -*Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

que as dúvidas legitimadoras da emissão de uma licença especial poderiam ocorrer: se o que ainda não está concluído deve ser defendido, muito mais o já concluído, sem necessidade de o expressar e a resultar portanto da incontornável metodologia científica de interpretação jurídica). Basta fundar a concessão da licença numa das razões, mas naturalmente que razões técnicas e ambientais (ambiente rural ou urbano) podem existir também, v.g., se não se vislumbrar a vantagem de transformar um pequeno terreno, sem unidade mínima legal de cultura, em terreno agrícola, quando não serve a mais do que a construção e horta de subsistência familiar: inútil para a atividade agrícola a não ser de apoio à casa, ficaria abandonado, numa zona de casario, irracionalmente, sem se ver qual o interesse público a criar à custa do desinteresse privado!? Tecnicamente e economicamente, poderíamos estar face a uma demolição que só poderia ser utilmente seguida de uma reconstrução sensivelmente idêntica, ofendendo o princípio da proporcionalidade se tudo fosse deitado abaixo e não só algo disforme, em grande desproporção face à relação custo económico e também como se referiu custo de agressão ao direito fundamental à habitação, valor superior a qualquer norma regulamentar de duvidosa legalidade, porque valor constitucional em comparação com o benefício municipal concreto, que em geral não se enxergaria.

O macro-princípio do direito urbanístico, mesmo colocando em causa a normação de planeamento geral em vigor, hoje claramente previsto no ordenamento jurídico vigente, é o da *preservação do edificado ilegal*, mesmo que tenha de haver “dispensa” do cumprimento de “requisitos de legalidade relativos à construção, cuja aplicação se tenha tornado *impossível* ou que não seja *razoável* exigir”, desde que se assegure o mínimo, que é o cumprimento dos “requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens” (art.º 59.º, n.º3, LBPSOTU).

A demolição é, pois, a *ultima ratio*, reservada apenas para os casos em que, por sua iniciativa ou, na inércia do proprietário, por iniciativa a efetivar pelo Câmara Municipal, os proprietários não tenham querido diligenciar a sua regularização, no todo ou em parte. E, isto, aliás, se o município não entender haver interesses públicos que permitam mesmo impor-lhe a “salvação” do edificado ou do já edificado, designadamente face às razões relacionadas com os condicionalismos do art.º 88.º e outros, que justifiquem não a demolição mas um procedimento expropriativo para-regularizador (art.º 34, 35.º LPSOTU, etc.).

### **B)- Garantias de tipicidade, procedimentalização e segurança jurídica**

O princípio da tipicidade, para além da densificação do princípio da legalidade em termos meramente atributivos, legitimador de tarefas públicas e de sujeição a um sistema de vinculações, é fundamental para impor o cumprimento de regras substantivas e procedimentais conaturais à lógica e objetivos ínsitos ao planeamento.

**a)- Princípio da tipicidade dos planos**

O princípio da tipicidade dos planos é um corolário do *princípio da legalidade da Administração*, que justifica e implica uma especial *procedimentalização*. Tais como as especialidades sobre prazos de elaboração, regras estritas sobre participação e acesso permanente à informação ativa da Administração, designadamente publicitação de Relatórios periódicos com os resultados dos processos de acompanhamento de execução, sobre segurança jurídica face ao plano, intervenções hiperbólicas articuladas e harmonizadoras de todas as entidades territoriais implicadas, com possíveis pareceres bloqueantes-vinculativos do poder discricionário. A lei indica a designação, define os objetivos e determina o conteúdo técnico de cada plano. Este princípio da tipicidade dos planos resulta da definição por lei das figuras e dos procedimentos de formação dos planos físicos. Impõe e permite apenas as figuras de planos legalmente criadas e procedimentalizadas, impedindo a Administração Pública de elaborar os planos que quiser, o que lhe iria permitir fugir ao procedimento legalmente previsto para os diferentes objetivos planificadores. Ela só pode criar as espécies de planos que o legislador regula. Só podem elaborar-se os previstos na lei, embora a sua elaboração técnica possa ser atribuída por concurso ou contratação a particulares, a sua aprovação cabe às entidades territoriais competentes na matéria, Parlamento (PNPOT), Governo (todos os planos não municipais, fora das Regiões Autónomas) e assembleias municipais (PMOT). Isto sem prejuízo da determinação em lei especial de regimes particulares para certos tipos de bens.

**b)- Princípio da procedimentalização ordenamental**

Em geral, o direito do ordenamento do território é um direito procedimentalizador especial dos condicionamentos e operações das entidades públicas e dos particulares relacionadas com a ocupação, o uso e a transformação do solo. A intervenção administrativa no domínio do planeamento e urbanismo encontra-se sujeita a normas de procedimento, quer no domínio da planificação, quer no da viabilização de construções.

Quanto aos diferentes procedimentos administrativos de elaboração dos planos, podemos defini-los, dizendo que o procedimento de ordenamento territorial, e portanto o urbanístico, é a sucessão ordenada de atos e formalidades integrando designadamente a audição dos particulares, a colaboração e concertação de várias entidades públicas e a ponderação dos diferentes interesses relevantes envolvidos, tendentes à manifestação de vontade das Administrações competentes para a formulação racional das opções ordenamentais em geral e das de urbanização, sobretudo no domínio da ocupação, uso e transformação dos solos, através de um plano. E quais

são estes procedimentos de formulação dos planos territoriais? Os procedimentos são variados, de acordo com a diferente tipologia planificante.<sup>30</sup>

### c)-Princípio da segurança jurídica

No atual ordenamento jurídico vigora uma clara limitação do direito de propriedade pelo planeamento. Princípio que convive em geral também com um regime planificador respeitador dos princípios da estabilidade e da flexibilidade.

Quanto à aquisição das faculdades urbanísticas, que integram o conteúdo do aproveitamento do solo, como refere a artigo 15.º da atual LPSOTU, ela “é efetuada de *forma sucessiva e gradual*”, ficando sujeita ao cumprimento dos ónus e deveres jusurbanísticos, leis e planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipais aplicáveis. Mas a inexistência das faculdades urbanísticas pode implicar legalmente uma “indenização por expropriação”.

Com efeito, hoje, os proprietários do solo têm apenas o direito a “utilizar o solo de acordo com a sua natureza”, observando o previsto em programas e planos territoriais. E, sendo solos rústicos, o direito de explorar a sua aptidão produtiva, mas preservando e valorizando os bens culturais, naturais, ambientais e paisagísticos e a biodiversidade (art.º13.º). Este uso legal do solo deve respeitar os limites constantes dos planos intermunicipais e municipais, face à classificação e qualificação aí efetivada, cabendo ao regime de uso do solo definir a disciplina relativa à sua ocupação, utilização e transformação (art.º 9.º LPSOTU). Com efeito, o *uso concreto do solo* é definido exclusivamente pelos planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal, ao indicarem as áreas de construção ou, na impossibilidade dessa definição, ao preverem parâmetros e índices legais quantitativos e qualitativos de aproveitamento

<sup>30</sup> CONDESSO, F.; MORA ALISEDA, J., SÃO PEDRO, B. (Dir.) -Infraestructuras, Competitividad y Cooperación Territorial. Madrid. Ministerio de Educación y Ciencia; -Planeamiento y Perspectivas del Territorio. Madrid. EMinisterio de Educación y Ciencia, 2001; CONDESSO, F. -Desarrollo y cohesión en la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial. Barcelona: Erasmus Ediciones, 254 pág.s.; -Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional, Lisboa: ISCSP, 2005, p. 964;-Desenvolvimento rural, património e turismo”. Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development, 8, (66), p.197-222, Código SICI: 0122-1450 (201106)8:66 <195:drpt>2.0.TX;2-U. Bogotá: Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Instituto de Estudios Rurales, Departamento de Desarrollo Rural y Regional, Pontificia Universidad Javeriana, enero-junio 2011.Revista indexada en ISI, SCopus, Publindex A1, Redalyc, Scielo; ISSN: 2215-7727; -O Ordenamento do Território da Península Ibérica e o novo contexto da Estratégia Territorial Europeia (tese interdisciplinar sobre temas de Administração Pública, Políticas Públicas e Direito do Planeamento Territorial;-“O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal”. In A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Ibérica: Balanço de Resultados das Quatro décadas da Conferência de Estocolmo. Santos: Unisantos, 2012, p.157-170

ou de edificabilidade (art.º20.º).

No entanto, segundo a nova LBPSOTU (art.º2.º, al. i), garante-se a “segurança jurídica” e a “*proteção da confiança*”, através da *estabilidade dos regimes legais* e do respeito pelos *direitos preexistentes e juridicamente consolidados*. Em causa, não estará em geral a estabilidade dos regimes legais, face à garantia do adequado desenvolvimento dos direitos dos cidadãos pelo reconhecimento das situações jurídicas validamente constituídas e dos direitos a tal ligados. Há a garantia da existência de um período de *vigência mínima dos planos vinculativos*, embora seja uma garantia de *natureza relativa*, na medida em que existe também a admissão legal de um *princípio da adaptação em face da evolução das perspetivas de desenvolvimento económico e social*. O que permite que também os instrumentos de aplicabilidade direta (vinculativos dos particulares) fiquem sujeitos quer ao *princípio da revisão obrigatória* (segundo prazos ou condições a prever legalmente), quer da revisão excepcional fora desse prazo.

Serve, ainda, à ideia de segurança e de confiança o princípio geral da *não retroatividade*, sem prejuízo de esta poder ocorrer quanto a certas normas jurídicas (instrumentos supervenientes com que colidam ou se criarem servidões ou restrições de utilidade pública, afetando as suas disposições). E não pode ainda esquecer-se o *princípio da suspensabilidade dos planos* em casos excecionais, de relevante interesse público, ou de normas de planos vinculativos dos particulares, no caso dessas normas não terem sofrido a devida alteração no prazo fixado por planos não vinculativos sobre-ordenadores (nova LBPDOTU).

Por fim, refira-se que esta garantia não impede o direito planificador físico de admitir o sacrifício de direitos preexistentes e juridicamente consolidados, quer nos casos legalmente previstos, quer através de planos territoriais aplicáveis, mas, como expropriação do plano, implicando adequadas ou o pagamento de indemnização. Esta, aliás, tem de ser prevista obrigatoriamente e de forma expressa no plano territorial de âmbito *intermunicipal ou municipal*, que fundamenta a imposição do sacrifício, onde nomeadamente pode passar pela definição dos seus mecanismos de perequação. No entanto, é inquestionável que serão indemnizáveis todos os sacrifícios impostos aos proprietários do solo que tenham *efeito equivalente a uma expropriação* (art.º 17.º LBPSOTU). Além disso, a reserva de solo para *infraestruturas urbanísticas, equipamentos, espaços verdes ou outros espaços de utilização coletiva*, incidindo sobre solos privados, implica a obrigatoriedade da aquisição pela Administração Pública, em prazo que deve ficar consignado no plano territorial ou instrumento de programação, sob pena de caducidade (a menos que o atraso seja imputável à falta de iniciativa do proprietário ou ao incumprimento dos respetivos ónus ou deveres urbanísticos). No caso de não fixação de prazo, essa reserva do solo caduca no prazo de cinco anos, contados a partir da data da entrada em vigor do plano territorial que a prevê (artigo 18.º), sendo as “associações” de municípios, institucionali-

zadas (ou formadas *ad hoc* apenas para a elaboração de planos intermunicipais de ordenamento do território) e os municípios obrigadas a *declarar a caducidade dessa reserva de solo*, e a efetivar uma redefinição do uso do solo, no caso de o plano territorial vigente não haver previsto um regime supletivo para tal.

#### **d)- Princípio da participação**

Este princípio vive de várias vertentes, umas condicionantes do conhecimento para a vigência das normas, outras favorecentes do conhecimento para o devido controlo da legalidade e do mérito das decisões públicas.<sup>31</sup>

Uma dessas vertentes é o princípio da publicidade (diário da república e outros meios de divulgação adequada), as outras estão ligadas aos princípios da transparência e da informação cidadã. No que concerne à *publicidade*, ela é condição de produção de eficácia destes instrumentos de ordenamento territorial, que depende da sua publicação em Diário da República, onde têm de ser publicitados todos os planos acompanhados do esquema respetivo (o programa nacional de política de ordenamento do território, os planos regionais de ordenamento do território, os planos especiais de ordenamento do território, os planos municipais e intermunicipais de ordenamento do território e os planos e programas de ação sectorial com incidência na organização do território).

Quanto à *participação dos cidadãos* (desde a de iniciativa particular até à ligada à discussão pública das versões dos planos), a al. g) fala nessa participação como condição do reforço do acesso à informação e à intervenção nos procedimentos de *elaboração, execução, avaliação e revisão* dos programas e planos territoriais. E a al. e), ao falar na *subsidiariedade*, na *simplificação* e *coordenação dos procedimentos* dos diversos níveis da Administração Pública, mostra ter em vista “aproximar o nível decisório ao cidadão”. Este princípio da participação das populações e a salvaguarda dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, que também propicia, são uma peça axilar de um planeamento não autocrático. Ele tem hoje assento, desde logo, no art.º6.º, n.º1 da LBPSOTU, que estabelece que “todos gozam dos direitos de intervir e participar nos procedimentos administrativos relativos ao solo, ordenamento do território e urbanismo”, nomeadamente do *direito de participação efetiva nos procedimentos* com incidência na *ocupação, uso e transformação*

<sup>31</sup> CONDESSO, F. *-Derecho a la Información. Crisis del Sistema Político. Transparencia de los Poderes Públicos*. Madrid: Dykinson, 2011; *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales*. Tomo I, EUA, RU, Tubingen: Lambert Academic Publishing GmbH & Co, KG, março de 2012; *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación y información: Regímenes jurídicos Unión Europea y Península Ibérica*. Tomo II, Saarsbruck, Lambert Academic Publishing GmbH & Co, KG, EAE, 2012.

*dos solos*, através da apresentação de *propostas, sugestões e reclamações*, do direito a obter uma “*resposta fundamentada da administração*” e do direito de *acesso à informação* de que as entidades públicas disponham e aos documentos que integram os procedimentos. Expressamente, o art.º 8.º, 2, al.b), refere-se à igualdade e à transparência no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres relacionados com o solo, designadamente, através do direito de participação e do direito à informação dos cidadãos.

Em causa, um direito à intervenção dos particulares nos processos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos instrumentos de gestão territorial, designadamente na *fase prévia à aprovação*. Todos os instrumentos de gestão territorial estão sujeitos ao conhecimento e à *discussão pública*. Os diferentes interessados no planeamento, titulares de direitos subjetivos, como os *proprietários dos terrenos ou de direitos reais* sobre eles, ou portadores de *interesses legítimos ou difusos* (relacionados com um âmbito especial) podem participar na elaboração do plano, designadamente na fase do inquérito público e da sua aplicação. E podem fazê-lo mesmo os cidadãos em geral [v.g. art.º 6.º, n.º 2, al.b) e art.º 5.º, n.º 1 da Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto de 2007, que, na esteira da Lei n.º 83/95, de 31.8], enquanto interessados e preocupados com a evolução territorial, macro-urbanística. É, desde logo, o art.º 53.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo, que o permite também, ao referir-se à legitimidade dos interessados e contrainteressados, associações de residentes e de cidadãos envolvidos na atuação de Administração que possa provocar prejuízos (art.º 53.º, n.º 2).

Hoje, a legislação do planeamento só prevê explicitamente a participação na fase sucessiva à elaboração do projeto, através da participação na *consulta ou inquérito público*. Para os cidadãos apresentarem propostas e comentários sobre documentos expostos formalmente para o efeito. Os próprios loteamentos e até certos licenciamentos de grande significado podem ser processados com inquérito público. Embora tenha sido eliminado do texto legal anterior a referência expressa à participação preventiva dos cidadãos nos próprios planos de pormenor, no entanto, essa participação continua a ser possível pelas regras procedimentais gerais e face ao direito constitucional de petição. Portanto, até previamente a qualquer iniciativa pública, para solicitar a criação, extinção ou alteração de um plano. Ou seja, esta participação traduz-se mesmo na possibilidade de os cidadãos solicitarem a elaboração dos planos pertinentes, em requerimento devidamente fundamentado. E, ainda, na possibilidade de os cidadãos fazerem as observações e sugestões que entenderem, preventivamente a quando da manifestação de tal intenção pelos poderes públicos. No início da elaboração do plano, mas também durante o procedimento ou antes. Pelo menos, na fase oficialmente prevista e regulada, do inquérito público e da formulação do projeto final, embora aqui se esteja já no momento em que as opções dos responsáveis pela criação do plano começam a ficar muito sedimentadas em face das posições de múltiplas entidades estaduais e, portanto, possa haver maior resistência à alteração. Ou

seja, os cidadãos podem não se reservar apenas para a fase da divulgação pública do projeto já elaborado. Isto é, além da participação na fase de inquérito público, os interessados podem também participar na fase anterior e até apresentar petições fundamentadas, integrando ou não projetos, e solicitar a elaboração, a alteração, a revisão ou revogação de um regulamento ordenamental ou urbanístico ou parte do mesmo, nos termos do art.º 115.º do Código do Procedimento Administrativo. Aliás, nada impede que os cidadãos se pronunciem sobre os próprios objetivos e fins gerais da planificação, embora sem impor apreciações e motivações à Administração pública.

O *princípio da participação procedimental* vem realizar um princípio constitucional, previsto no art.º 267.º, n.º 1 e 4 da CRP, aparecendo, além do mais, na Administração planificadora, como um instrumento de apoio à realização do *princípio da justa ponderação dos interesses* relevantes envolvidos no planeamento, na medida em que é um meio de recolha dos interesses privados e até públicos. Assim sendo, podemos dizer que o princípio da participação tem uma finalidade subjetiva (tutela procedimental dos direitos e interesses legalmente protegidos) e objetiva (dar a conhecer à Administração Pública todos os interesses que possam vir a revelar-se relevantes para as opções do plano, sem cujo levantamento e pesagem o plano será inválido). No que diz respeito à *legitimidade de intervenção dos particulares*, podem participar no debate planificador quaisquer pessoas singulares ou coletivas, não apenas nas situações em que possam ser atingidas com as disposições de um plano, mas mesmo, simplesmente, como interessados nas suas opções (enquanto cidadãos), efetivando um controlo individual ou em grupo da atividade administrativa. Aliás, a participação coletiva, através de associações de defesa dos portadores de interesses públicos, é frequente nos domínios do ordenamento do território, ambiente e urbanismo.

Quer na *participação-audição* (pareceres, observações, sugestões, representação de interesses sociais e profissionais, muitas vezes em órgãos consultivos ou de gestão da Administração), quer na *participação-negociação*, numa linha de Administração concertada (troca de pontos de vista, informação e negociação, para acertar uma linha convergente de soluções no plano sobre os meios e os objetivos e, muitas vezes, executar as decisões administrativas), estamos perante mecanismos ínsitos ao moderno direito administrativo e naturalmente ordenamental físico. E as relações participativas com os diretamente interessados na orientação do plano podem terminar por um *contrato administrativo* ou desembocar na solução de tomada de decisão unilateral da Administração Pública. Os cidadãos afirmam a democracia administrativa também (independentemente dos resultados ou do vencimento do conteúdo das suas posições, forma ou efeitos), pela participação no processo de formulação das soluções. A participação tem que ver com o “agree” do procedimento e não com o ato ou decisão concreta ou a forma que ela assuma, sendo certo que a Administração mantém os seus poderes públicos, podendo impor a sua vontade na equação dos interesses referentes aos solos que entenda deverem prevalecer. As observações da

população têm de constar de um relatório da Câmara Municipal, que acompanha cada proposta de plano, dirigida à Assembleia Municipal, aquando da sua aprovação. E, no final, no caso de, sobre as várias soluções, haver uma divergência profunda das entidades que se pronunciaram, designadamente dos munícipes, não sanáveis na altura da aprovação, a Câmara Municipal deve alterar as suas opções no projeto final do plano.

As formas de participação no procedimento planificador devem ser adequadas a compensar o enorme *poder discricionário* da Administração planificadora e a conciliar os diferentes interesses envolvidos na planificação, que acabam por configurar, embora com limitações normativas, a programação contida em cada plano. A lei programa finalisticamente, quase sem possibilidade de condicionar o conteúdo concreto dos planos. Os fins ou objetivos, resultantes da lei de planificação ou de outras leis, são diretivas («richt punkten» da planificação), que referem os meios e os momentos adequados a atingi-los, mas sem poder tocar na natureza criadora da planificação, inconciliável com uma mera atividade executiva de normas legais. Mesmo que os interesses superiores levem o Estado a formular padrões urbanísticos, estes são *limitações de mínimos* à discricionariedade, que traduzem preocupações de equilíbrio, o que não impede que, designadamente por solicitação dos cidadãos, o planificador possa dar uma concretização mais exigente.

O que importa reter é que o *direito de participação*, com a formulação de críticas, queixas, reclamações, observações e sugestões, obriga a Administração Pública a considerá-las, aceitando-as ou contraditando-as com razoabilidade e lógica, pois se exige que as decisões tenham uma *fundamentação suficientemente pormenorizada, precisa, coerente*, assim condicionando ou limitando as opções finais e permitindo o devido controlo público e jurisdicional.

#### **e)- Princípio da transparência**

Quanto ao direito à informação, hoje, vigoram em Portugal algumas componentes importantes da efetivação do princípio da transparência em relação à atividade administrativa, quer por imposições ativas à própria entidade pública, quer pela criação de um regime concretizador de direitos fundamentais, quer pelos diretamente interessados nas fases endoprocedimentais (acesso pelos interessados, contrainteressados e terceiros com interesse legítimo), quer pelos meros administrados em geral após as tomadas de decisão, mas por vezes também, embora em muitas matérias, que não a do planeamento, condicionadamente na fase endoprocedimental. Ou seja, este princípio aplica-se a esta matéria, mesmo na fase de preparação e elaboração do plano. Como estabelece a art.º49.º da LPSOTU, o procedimento de *elaboração, alteração ou revisão dos programas e planos* territoriais assegura aos particulares as garantias gerais que a lei lhes confere, nomeadamente, *a informação e os meios de*

*participação pública efetiva*”, e o “*direito de apresentação de observações e sugestões* à entidade responsável pela sua elaboração e de *consulta do respetivo processo*, o que a legislação sobre os Instrumentos de Gestão Territorial concretiza nos termos mais amplos. Com efeito, existe o livre acesso à informação administrativa sobre o planeamento, quer na fase do procedimento, quer após a sua aprovação e publicação, através de exame direto, de emissão de fotocópia e de certidão. Portanto, consagra-se um direito geral de acesso, em qualquer fase do procedimento. Neste aspeto, ultrapassando os atuais direitos instrumentais referentes aos interessados na fase endo-procedimental, assim amplificando o direito geral de acesso previsto na LADA e na Convenção Europeia sobre o acesso à informação oficial assinada sob a égide do Conselho da Europa, em princípio nas matérias em geral, restrito ao momento posterior às tomadas de decisão administrativa, sem prejuízo de regras mais abertas constantes da Lei de acesso à informação ambiental, tal como impõe a diretiva europeia e a Convenção de *Aarhus*.

O legislador atribui carácter público a todos os instrumentos de gestão territorial e estipula os meios de acesso à informação ordenamental. As Câmaras Municipais, aliás, para além das declarações vinculativas sobre viabilidade loteadora e construtiva, no domínio do controle prévio das operações urbanísticas (pedido procedimentalizado de informação prévia, com deliberação formal válida por um ano ou mesmo depois enquanto não ocorrerem alterações normativas supervenientes), deveriam, em face de pedido de informação concreta de qualquer interessado que pretendesse efetivar uma intervenção no solo, ter de emitir uma informação escrita sobre o possível aproveitamento do solo, a qual fizesse menção expressa dos instrumentos de gestão territorial cujo teor fundamenta a resposta, assim como uma informação completa e atualizada relativamente à disciplina de ordenamento do território aplicável à área em causa.

### **C)- Ampla margem de conformação administrativa e suas limitações**

#### **a)- Princípio da discricionariedade de planificação**

Sobre a discricionariedade planificadora, imporá referir que a *discricionariedade do conteúdo do plano*<sup>32</sup> é limitada em geral por princípios constitucionais da atividade administrativa e também por normas legais que se referem a alguns planos e mesmo a alguns tipos de imóveis que ficam sujeitos a um regime jurídico particular. São *limitações de preservação*, de índole real (impostas em face das características das próprias coisas imóveis; como acontece com os solos da reserva agrícola nacional: interdição de ações, em especial operações urbanísticas, que ponham em causa a sua

<sup>32</sup> Vide, sobre um certo entendimento coordenador do conceito, PONCE SOLÉ, J. –*Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*. Madrid, 1996, especialmente Pp.59 e 109 e ss.

utilização para a agricultura; ou em áreas da reserva ecológica nacional: interdição de edificação, aterros, escavações, destruição do coberto vegetal e da vida animal e de construção de vias de comunicação e outros acessos; em áreas incluídas em parques e reservas naturais e em áreas de paisagem protegida condicionamento rigoroso de obras de modificação ou transformação; servidões *non aedificandi* junto de estradas e terrenos adjacentes a vias ferroviárias,<sup>33</sup> em geral restrições referentes ao regime de bens do domínio público<sup>34</sup>) ou funcional (tendo que ver com o destino que os bens por razões de interesse público recebem por determinação legal).<sup>35</sup>

A atividade de planificação territorial, de natureza provisional, assente na situação local e em *juízos de prognose*, exige o exercício daquilo a que a doutrina tem chamado “discricionariedade de planeamento”. Esta assume especial relevo no domínio da conformação do conteúdo do plano, ou seja, das opções a adotar no domínio do regime de ocupação, uso e transformação dos solos, desde logo na determinação dos destinos funcionais das diferentes parcelas do território, através da técnica do zonamento. Tudo dentro dos princípios básicos da política ordenamental, e sobretudo do macroprincípio da preservação e defesa dos solos com aptidão natural ou aproveitados para *atividades agrícolas, pecuárias ou florestais* (restringindo-se a sua afetação a outras utilizações aos casos em que tal for comprovadamente necessário), do princípio do estabelecimento do regime de uso dos solos de modo que a sua qualificação regule, com respeito pela sua classificação básica, o aproveitamento dos terrenos em função da atividade dominante que neles possa ser efetuada ou desenvolvida, do *princípio da salvaguarda dos valores naturais essenciais*, integrando as edificações na paisagem, preservando os recursos hídricos, as zonas ribeirinhas, a orla costeira, as florestas e outros locais com interesse particular para a conservação da natureza, e as paisagens resultantes da atuação humana (caracterizadas pela diversidade, pela harmonia e pelos sistemas socioculturais que suportam) e do *princípio da adequação dos níveis de densificação urbana* (impedindo a degradação da qualidade de vida, bem como o desequilíbrio da organização económica e social), do *princípio da reabilitação das infraestruturas* (evitando a extensão desnecessária das redes e dos perímetros urbanos e racionalizando o aproveitamento das áreas intersticiais).

De qualquer maneira, em relação à chamada “discricionariedade de planificação”, importa referir que os poderes de planificação são atribuídos com liberdade criadora, que traduz uma forma de atuação específica em face da discricionariedade administrativa tradicional (na medida em que se entenda que esta é a faculdade resultante da

<sup>33</sup> Decreto-Lei n.º276/2003, de 4 de novembro de 2003: Diário da República n.º255, de 4.11.2003.

<sup>34</sup> Vide MONIZ, Ana Raquel Gonçalves -*O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>35</sup> Em geral, CONDESSO, F. –“As restrições urbanísticas”. In *Direito do urbanismo*. Lisboa: Quid Juris?, 1999, Pp.353468; “Restrições administrativas”. In *Direito do ambiente*.Pp.1226-1272.

lei) de, dentro de certos pressupostos, a Administração poder escolher entre várias soluções, consideradas igualmente justas, corretas. No entanto, a liberdade de decisão no domínio da planificação releva da natureza programática das suas normas, orientadas para situações futuras. Trata-se de uma liberdade para criar normas e executá-las ao longo do tempo, implicando *a ponderação e a prognose*. A decisão planificadora, entrando na política da Administração, pauta-se essencialmente por critérios jurídicos, resultando, aliás, em geral do preenchimento de *conceitos jurídicos indeterminados*, e nessa medida *vinculada*, embora não passível de total controlo jurisdicional, integral, dado que assenta essencialmente nessa ponderação de interesses e na prognose.

O tribunal fica limitado no seu controlo devido à *liberdade de inovação* existente nas mãos da Administração. Ou seja, o controlo jurisdicional não sofre limitações no preenchimento dos conceitos imprecisos, dos trâmites processuais, da forma e da fundamentação, do tratamento das informações e da fundamentação da ponderação. Mas, fora destes domínios, fica limitado aos seus contornos externos: existiu ou não uma ponderação de interesses? O tribunal poderá saber se todos os interesses a integrar na ponderação foram ou não tomados em consideração, se o princípio da proporcionalidade foi ou não violado num exercício em que os vários interesses deviam ser objeto de adequada ponderação, se os diferentes interesses foram ponderados com o devido significado. Isto é, no fundo, o tribunal limita-se a verificar a *exatidão dos dados objetivos* (desde logo, o material a ser ponderado), e a *coerência da fundamentação aduzida*, tendo presente os padrões gerais de atuação e com “uma representável apreciação de prognoses”.

Embora seja uma margem de liberdade limitada. Limitada mesmo pelo princípio da sujeição às diretivas gerais e setoriais de planeamento e pelos *padrões urbanísticos* (critérios materiais de planeamento, impostos por normas jurídicas; limites antepostos à planificação e gestão, de garantia mínima inderrogável de certas soluções, fixando a proporção de espaços públicos e equipamentos coletivos, limite máximo de densidades urbanas, etc.). E pelas diretivas sectoriais e gerais do planeamento, entre as quais a que obriga à justa ponderação dos interesses públicos e privados dignos de relevo. Mas a discricionariedade está limitada também em geral pelos princípios do planeamento urbanístico. E desde logo pelos importantes princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição de excesso (que engloba os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), o princípio da igualdade,<sup>36</sup> o da justiça e o da imparcialidade. Portanto, a planificação dos aglomerados urbanos do território é naturalmente uma atividade “discionária”, embora sempre norteada pelo interesse urbanístico, que é o desenvolvimento racional (isto é, mais correto e adequado) da urbe ou em geral do território abrangido. E juridicamente obrigada ao respeito de

<sup>36</sup> Vide JOUANJAN, Olivier – *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*. Paris, 1992.

certos princípios fundamentais da atividade administrativa. Em geral, quanto às limitações; umas impõem-se *à priori* e outras, durante o procedimento.

As limitações *à priori* são de ordem material, derivadas da obrigação de integrar as orientações resultantes de interesses públicos com assento legal, que funcionam como diretrizes condicionadoras, não são interesses públicos a ponderar pela Administração planificante, mas valorados como uma primeira prioridade. Trata-se de interesses enquadradores do plano, estruturantes do plano, e não a estruturar pelo plano. São interesses dirigentes do plano e não dirigidos pelo plano. E portanto constitutivos do plano e não apenas recolhidos e selecionados, privilegiados, ou preteridos e que portanto poderão ser esquecidos pelo plano.

As limitações setoriais são derivadas de normas de proteção específica dos solos, ou de regimes jurídicos próprios para certos tipos de bens imóveis, obrigando a compatibilizar com eles os planos. Estas limitações resultam das características e qualidades dos solos ou do destino que as normas lhes atribuem. Ou seja, resultam dos atributos dos imóveis e das atribuições dadas aos imóveis. E logicamente visam a manutenção deles como estão, na medida em que a modificação da sua estrutura ou da sua função iria contra interesses públicos específicos que a legislação específica visa salvaguardar.

Em causa está o *princípio da preservação de bens de interesse público nacional*, que deve prevalecer sobre o interesse do desenvolvimento urbanístico e portanto não admite derrogações urbanísticas. Em regra, é definido pelo legislador estadual, pelo Direito Comunitário Europeu ou pelo Direito Internacional Público, sem admitir juízos de comparação com outros interesses públicos ou privados, que irão ser medidos apenas no procedimento, ao ficar sujeitos ao jogo de avaliação, que apenas exige que sejam tomados no seu devido significado, porque assumem uma relevância relativa ou necessariamente relativizada pela natureza ôntica do ordenamento territorial. São um limite absoluto à atividade planificadora. Temos aqui o regime dos solos incluídos na RAN, REN, terrenos florestais incendiados, terrenos da faixa costeira, de áreas protegidas e de albufeiras públicas. E há *limitações de ordem procedimental* com influência na conformação do conteúdo do plano, visando o levantamento e o arrolamento dos interesses implicados, a audição dos particulares e de entidades públicas sectoriais sobre eles, a consensualização de posições destas, a ponderação e a priorização dos interesses relevantes a considerar para viabilizar o plano e a motivação das soluções adotadas e das rejeitadas quando explicitadas pelos diferentes implicados.

Tudo isto exige a aplicação não só dos princípios constitucionais referentes à atividade administrativa já referidos, como dos princípios da cooperação entre Administrações, da participação dos particulares, da harmonização dos planos, vertical (com-

patibilização ou conformação) e horizontal (articulação) e da justa ponderação dos interesses.

## **b)-Sobre a aplicação especial ao planeamento dos princípios da igualdade e da interdição de excesso**

### **α)- Aplicação do princípio da igualdade**

No que concerne ao da *igualdade*, este princípio exige que a desigualdade natural à natureza discriminatória do planeamento não traduza uma desigualdade de tratamento. Ou seja, implica que haja uma repartição dos benefícios e encargos decorrentes do plano, através de adequadas *técnicas perequativas* a favor dos proprietários dos terrenos abrangidos pelo plano e suas medidas expropriativas. Este princípio da atividade administrativa resulta de um imperativo constitucional, expresso no n.º 1 do art.º 13.º e n.º 2 do art.º 266.º da lei fundamental. A CRP impõe o respeito pela Administração Urbanística da igualdade de tratamento dos vários proprietários. Acontece que a planificação territorial concretiza, em termos diferentes, os usos futuros do solo. E portanto, o plano urbanístico é por natureza revelador da realização de oportunidades desiguais entre os proprietários dos terrenos abrangidos, dado que ele cria, prescreve, diferentes tipos e níveis de intensidade na utilização das parcelas sujeitas a planificação. Isto significa que o princípio da igualdade exige a reconstrução a nível extraterritorial desse tratamento igual.

Para além das situações em que a igualdade não possa ser efetivada por si, com afetações niveladas pelas intervenções que mais favorecem os proprietários locais, há princípios da aproximação igualizadora a respeitar: o princípio da racionalidade do plano, o princípio da compensação dos sacrifícios especiais e o princípio da correção da desigualdade de destinos dos terrenos.

Em face do *princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos* por parte da Administração Urbanística, impõe-se a criação de técnicas corretoras dos efeitos discriminatórios da planificação territorial. O *princípio da racionalidade ou da igualdade imanente* ao plano exige sempre, desde logo, que o plano, para diferenciar o tratamento dos destinatários, tenha de fazê-lo com disposições objetivamente fundadas na razoabilidade das coisas em função dos objetivos impostos. O *princípio da compensação ou da igualdade* em face dos encargos públicos implica que as disposições do plano respeitem a igualdade perante os encargos, o que em si transcende a dinâmica do plano, mas equilibra as medidas expropriativas geradas por ele, ao repor ou restabelecer no plano jurídico a igualdade entre todos, pela indemnização dos especialmente sacrificados no contexto dos tocados pelas soluções do plano. O *princípio da correção da desigualdade de oportunidades* implica uma igualização de tratamento no domínio das oportunidades urbanísticas, em face das medidas que definem

formas e intensidades de utilização das diferentes parcelas de solo. Dado que não conferem direito a indemnização, implicam técnicas perequativas adjacentes ao plano, corretora das desigualdades resultantes do plano para os vários proprietários. Quanto às técnicas realizadoras da igualdade da planificação em face das medidas não expropriáveis, existem várias soluções: a socialização do solo urbanizável; a desprivatização do *ius aedificandi*,<sup>37</sup> separando a dominialidade sobre o solo da referente ao espaço aéreo supra-ordenado; a associação da Administração Pública e dos proprietários (abrangidos por uma zona, plano ou por todos os planos); a tributação das mais-valias dos proprietários beneficiados, com identificação dos sacrificados e a criação de um *plafond* legal de densidade de edificação (publicização do espaço supra-telúrico, para além de um certo volume de construção).

Estas várias soluções agrupam-se em dois tipos de técnicas, de diferente densificação igualizadora. Há técnicas que visam realizar a igualdade de tratamento em termos territoriais supra-plano, ou seja, não dentro do mesmo plano, mas dentro de todos os planos urbanísticos: a publicização dos solos urbanizáveis, dos espaços de edificação (*ius aedificandi* ou para além do Plafond Legal de Construção) e da totalidade das mais-valias geradas pela urbanização. Há outras técnicas que se contentam com a igualdade dos vizinhos sujeitos a uma dada planificação, os integrados no mesmo plano ou até só na mesma zona de um plano: técnicas de transparência de coeficientes de ocupação do solo, do aproveitamento médio e as de perequação através da constituição de associações de execução dos planos, englobando a Administração e os proprietários implicados pelo plano. Este objetivo da igualização restrita é, de qualquer modo, mais eficaz, ou porque permite critérios de comparação entre os diferentes proprietários, ou porque dispensa critérios, ao emparcelar, dividir custos e dividir em termos proporcionais os diferentes lotes. De qualquer modo, nenhuma técnica é eficaz sozinha, exigindo-se, em termos de igualdade geral, o recurso a várias técnicas, que os municípios, dado que não ofendem princípios fundamentais do direito dos solos e do direito de propriedade, podem e devem consagrar nos planos, no cumprimento da obrigação, dirigida a toda a Administração Pública, de realizar o princípio da igualdade consagrado na CRP, em termos de norma de aplicabilidade direta.

O princípio da igualdade pode ser referido como “perequação compensatória”, a qual visa realmente trazer equidade ao planeamento, em face da sua natureza fisicamente discriminatória. O anteprojeto de lei que veio regular a matéria exigia apenas uma “justa repartição” dos encargos e benefícios decorrentes da aplicação dos instrumentos de gestão territorial. A referência inicial ao tema, no referido anteprojeto

---

<sup>37</sup> Sobre o planeamento, constituição do *ius aedificandi* e direitos adquiridos, vide CONDESSO, F. – *Direito do Urbanismo: (...)*. com CATARINA CONDESSO. Lisboa: Quid Juris, 1999, Pp.60-67; Soriano, José Eugenio – *Hacia la tercera desamortización (por la reforma de la Leyndel Suelo)*. Madrid, 1995.

governamental, considerava que os IGT vinculativos dos particulares “poderiam” (em vez do atual “devem”) prever um *mecanismo equitativo de perequação compensatória das vantagens e inconvenientes* para os particulares. Com a designação dada à exigência da não discriminação no tratamento, em face da desigual oportunidade para os proprietários, implicada pelos planos, parecia pretender-se uma *releitura soft do princípio constitucional da igualdade*, realizador de uma fórmula restrita do mesmo. Os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares devem prever mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes, nos termos a estabelecer na lei, existindo o *dever de indemnizar* sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas, de efeitos equivalentes à expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados (que não possam ser compensados pelas técnicas de perequação), em prazo e condições de exercício definidos no RJGT.

Acrescente-se que, agora já numa linha do princípio da responsabilidade civil extracontratual da Administração territorial, entre outras normas que preveem compensações, a nova LBPSOTU vem manter que são *indemnizáveis quaisquer sacrifícios* impostos aos proprietários do solo que tenham *efeito equivalente a uma expropriação*, além de dispor, naturalmente que o *sacrifício de direitos preexistentes e juridicamente consolidados* só pode ter lugar nos casos expressamente previstos na lei ou nos planos territoriais aplicáveis e mediante o pagamento de compensação ou indemnização. Acrescentando que esta *compensação ou indemnização* é prevista, obrigatoriamente e de forma expressa, no plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal que fundamenta a imposição do sacrifício, nomeadamente através da definição de mecanismos de perequação deles resultantes (art.º17.º).

### **β)- Sobre o princípio da interdição de excesso**

O *princípio da proporcionalidade*, na sua proibição de excesso, proíbe que as medidas do plano estabeleçam restrições ou interditem realizações transformadoras nos imóveis, que não se apresentem como *idóneas, necessárias, adequadas*. E elas não são necessárias se se pode prosseguir o mesmo fim com outros meios menos sacrificadores dos particulares. Não são adequadas se não forem idóneas para o efeito pretendido. Nem são proporcionadas se os custos ou inconvenientes daí resultantes são notoriamente excessivos em comparação com o fim público a prosseguir.

### **c)- Princípio da prevalência dos planos supra-ordenados sobre os Planos Municipais de Ordenamento do Território**

Este princípio implica uma dada hierarquia. Esta, hoje, ainda sofre o ataque do *princípio da contracorrente planificadora*. Mas impõe em geral ou a não incompatibili-

dade<sup>38</sup> ou mesmo a conformidade entre planos, com os devidos sancionamentos jurídicos das infrações, a invalidação com nulidade da norma infra-ordenada antinómica e mesmo o contraordenacional, consequência do facto do princípio da hierarquia implicar a imposição da prevalência dos planos supra-ordenados.

Este princípio aplica-se em geral entre planos em relação de escalões descendentes na carta territorial e dos poderes orgânico-administrativos implicados, desde a Lei do Programa Nacional de Política de Ordenamento do Território até à base territorial. Assim, os planos regionais e os planos especiais impõem-se aos planos municipais. Entre estes a relação de conformação é clara: PDM, PU e PP. Nesta relação entram também os planos sectoriais, desde que tenham incidência territorial, como resulta naturalmente do RJGT. Sobre este sistema, importa ter presente que o princípio da legalidade-tipicidade da Administração implica necessariamente que só possam ser considerados planos de ordenamento do território os planos expressamente previstos em lei e que, consequentemente, quaisquer outros planos devem ser entendidos como documentos de trabalho programáticos ou estratégicos, vinculando as administrações públicas, mas sem eficácia e carácter normativo externo para os proprietários. No entanto, este princípio convive com a possibilidade embora excepcional da ratificação governamental de normas autárquicas nulas. Em geral, é de diferente natureza a vinculatividade derivada dos diferentes tipos de planos. Em geral, a LBPSOTU não toca na diferenciação e respetiva localização tipológica no que concerne ao conceito de plano apenas vinculativo para a Administração pública (na lógica do princípio da hierarquia e sanção de nulidade) e os planos também vinculativos dos particulares (que permitem a sua invocação direta pela administração urbanística para interditar ou condicionar o desenvolvimento urbanístico e em geral qualquer operação urbanística e a que, aliás, as próprias entidades públicas estão sujeitas, mesmo que dispensadas dos mecanismos camarários de controlo prévio).

Neste campo, a grande inovação opera-se no plano da *vinculação*, não positiva, mas negativa aos planos de aplicabilidade indireta. Com efeito, em termos de vinculação (art.º46.º da LBPSOTU), não só se mantém a dualidade de planos, uns que apenas se impõem ao planeamento infra territorial, e outros que se aplicam diretamente aos particulares, como se resolve o problema da inação reconfiguradora destes planos quando não transcrevem aquelas orientações. Com efeito, os planos territoriais de âmbito municipal, e agora também os intermunicipais e as normas legais ou regulamentares em matéria de recursos florestais, “vinculam as entidades públicas e ainda, direta e imediatamente, os particulares”. Mas, os primeiros, que vinculam apenas as entidades públicas, que prossigam *objetivos de interesse nacional ou regional*, cujo conteúdo, em função da sua *incidência territorial urbanística*, devam ser vertidos em plano diretor intermunicipal ou municipal e em outros planos territoriais, no caso

---

<sup>38</sup> COUTET, William -“La notion de compatibilité dans le droit de l’Urbanisme”. In *AJDA*, 1976 (6), Pp.291 e ss.

de a respetiva associação de municípios ou o município não ter procedido à atualização, no prazo aí estabelecido para isso, implica a suspensão das normas do plano territorial intermunicipal ou municipal que deveriam ter sido alteradas, “não podendo, na área abrangida, haver lugar à prática de quaisquer atos ou operações que impliquem a alteração do uso do solo, enquanto durar a suspensão”.

Ocorre, ainda, que, no domínio da elaboração e aprovação dos planos, se constata a vigência de um *princípio da pluralidade de intervenção de poderes políticos e administrativos*. Depende do âmbito territorial de competências a exercer, com exceção do âmbito regional, na ausência de regiões autárquicas, pouco ocupado por municípios associados e em geral coberto pela Administração estatal. Tradicionalmente, não sem alguma polémica sobre a sua inconstitucionalidade, existia generalizadamente a figura da ratificação governamental dos planos aprovados pelas assembleias municipais, até que este instituto foi evoluindo para um princípio da excecionalidade da ratificação governamental dos planos da autoria das autarquias. Ela podia ser total ou parcial, de acordo com a conformidade das suas disposições com as normas e os instrumentos vigentes e eficazes. Mas era sempre uma legalização pela via estatal de uma regulamentação que, sem ela, seria nula. Portanto, visando fazer respeitar a lei e o *princípio da hierarquia dos planos*, permitia que o poder estatal afrontasse este princípio, em aplicação, primeiro distorcida e mais tarde coerente (derrogação automática da norma supra-ordenadora e obrigação de substituição da mesma), do princípio da contracorrente. Cujá admissibilidade marcava, portanto, a vigência, não de uma hierarquia de planos, mas realmente de uma hierarquia de poderes, com domínio final do poder estadual. Após a aprovação do programa nacional da política de ordenamento do território e dos novos planos regionais de ordenamento do território, a ratificação de planos municipais pelo Governo passou a só ter lugar nos casos em que fosse suscitada, no âmbito do procedimento de elaboração e aprovação dos planos, a desconformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes ou com instrumentos de gestão territorial eficazes. E a não revisão normal dos PDM, após 10 anos de vigência, obrigava à ratificação dos PU e PP, que se elaborassem após aquele período. Entretanto, tornou-se um instituto excecional.

Atualmente, nos termos da LBPSOTU, reafirma-se que a ratificação pelo Governo do plano diretor intermunicipal ou do plano diretor municipal, que pode ser total ou parcial (aproveitando apenas a parte objeto de ratificação) é excecional. Só pode ocorrer nas situações em que, no âmbito do respetivo procedimento de elaboração e aprovação, seja “suscitada pela associação de municípios ou pelo município a sua *incompatibilidade com programa especial, regional ou sectorial*”. Ou pelas Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional. A acontecer, essa ratificação tem como efeito a *revogação ou alteração das normas incompatíveis do programa regional, sectorial ou especial* (art.º51.º), a substituir.

#### **d)-Princípio da integração de todas as regras sobre o uso do solo**

Este princípio da integração das regras sobre a utilização do espaço deriva do facto de um correto ordenamento do território só ser possível através da existência e preservação de todas as normas que o implicam, designadamente da Reserva Agrícola Nacional e Reserva Ecológica Nacional, das áreas naturais protegidas, do património classificado, da disciplina da faixa costeira, da planificação do sector florestal, dos terrenos baldios, etc. Cada uma visando acautelar interesses públicos específicos de valor prevaemente, que se impõem à partida. Com todos os outros a serem ponderados, e conjugados, e por isso passíveis de derrogação parcial (v.g. recuo da zona agrícola para permitir a expansão urbana, construções de carácter excepcional nos baldios, etc.), recebendo um enquadramento aglutinador capaz de estabelecer o necessário equilíbrio, em termos de um ordenamento integrado do território.

Esta integração de todas as regras de disciplina do território implica a alteração dos planos quando os regimes específicos de utilização do solo sofram alterações derivadas das suas dinâmicas, autónomas do planeamento, implicando a execução de uma política integrada de ordenamento do território, assegurando um desenvolvimento económico e social sustentável, com a definição dos princípios e regras de ocupação, uso e transformação do solo e de utilização de áreas protegidas, a compatibilização com a proteção e valorização dos recursos naturais, das áreas agrícolas e florestais e do património natural e construído e com a previsão de zonas destinadas ao recreio e lazer, a aplicação das disposições legais e regulamentares vigentes e dos princípios legais de ordenamento do território, a salvaguarda e valorização do património natural e construído e a articulação com planos, programas e projetos de âmbito nacional, municipal ou supramunicipal. As restrições de utilidade pública, com carácter permanente e expressão territorial, suscetíveis de impedir ou condicionar o aproveitamento do solo, são obrigatoriamente transcritas nos planos territoriais de âmbito intermunicipal ou municipal.

#### **e)-Sobre a imposição de padrões urbanísticos**

Os padrões urbanísticos funcionam como *limites à liberdade* de intervenção da Administração urbanística, antepostos à discricionariedade planificadora e à gestão do território. A sua teorização resulta da criação de regras que consagram soluções que impõem *limites de garantia mínima* na elaboração planificadora. Numa linha geral de evolução da legislação do pós-guerra, que tem tendido, crescentemente, à imposição de *limites e vínculos*, de vária ordem, impostos à atividade administrativa, antepostos à planificação e à gestão urbanística. Em geral, podemos constatar a existência *normativa de limites*, quer para condicionar *ex-lege* o conteúdo dos planos físicos, aquando da sua formação (que designaria por *padrões de aplicação mediata*

ou *padrões para transposição*). São normas que exigem o *método da concretização*, isto é, de “transcrição” do conteúdo da norma extra-planificante para a do plano. Em obediência a *exigências ordenamentais mínimas*, a integrar no regulamento dos planos. E, portanto, de *aplicabilidade diferida*, porque obrigam o planificador, e só por via dele vinculam os particulares. E há também normas dirigidas a estes, ou seja, à atividade de construção, na fase do seu concreto desenvolvimento (*padrões de aplicação direta*), independentemente da existência do plano ou na omissão dispositiva deste, nas situações de normas supletivas.

Assim, há normas de operatividade direta, que se impõem à Administração e aos particulares, na ausência de planos. Com elas, a lei pretende evitar o *comprometimento negativo do ordenamento* do território. E, por isso, ela visa sujeitar posteriormente a atividade de construção a um *regime particularmente limitativo*, com interdição de lotear, urbanizar e edificar, antes da aprovação de instrumentos de urbanização geral. São normas interditadoras, próprias da *atividade circunscritiva* dos poderes públicos. Intentam, por vezes, limitar a atividade de edificação na ausência de instrumentos urbanísticos fundamentais. Em geral, o direito de intervenção nos solos conta com normas de aplicação direta, impostas, com ou sem plano. Há *limites ex-lege*, v.g., reservas de solo junto ao mar, distâncias mínimas de proteção estradal fora do aglomerado urbano, normas de proteção do ambiente que imponham restrições para a manutenção de certo habitat, de proteção da zona costeira, de centros históricos, interdição de construções de qualquer tipo em zonas de incêndios de florestas, etc.

No entanto, há algumas normas que, mais do que impedir o atuar dos particulares, interditam o *atuar de um certo modo*, para garantir a *configuração e utilização das coisas* face a objetivos funcionais pré-fixados. Impõem um dado atuar, ou seja, enunciam *exigências padronizadas ao desenvolvimento urbanístico*, a integrar em todas as situações previstas no quadro de referência indicado. Aqui temos um tipo de “*normas-padrão*”, no sentido de padrões urbanísticos de aplicabilidade direta. Basta que tal seja a intenção da norma jurídica e a sua configuração técnica permita essa aplicação imediata, sem a intermediação regulamentar do plano. Ou seja, que tenha *carácter impositivo* a uma dada realidade urbanística concreta, pela sua *pormenorização, incondicionalidade e precisão* (sem o que a sua invocação para indeferir qualquer projeto introduziria *insegurança jurídica e arbitrariedade*, que chocariam com a realização do *direito de propriedade*, com as faculdades edificatórias já definidas). Aqui cabem todas aquelas *normas extra-planificantes* com indicação de *limites variados de volume, altura*, etc., em conformidade com a tipologia das zonas em que se pretende construir (centro histórico, centro habitado ou restante parte do território) e em relação com as *funções* da própria construção (residencial, comercial ou industrial).

Portanto, em conclusão sobre o tema, à teoria do planeamento interessam os *padrões de planeamento*. Há padrões urbanísticos (a final, dirigidos aos particulares, de aplicação derivada do plano), contidos em normas extra-planificantes de operatividade diferida (só são aplicáveis aos particulares depois da aprovação do plano). Ou seja, normas com padrões a inserir nos instrumentos planificadores. Elas funcionam como *limite importante à discricionariedade da planificação*. São *padrões de fixação de limites mínimos*, a ser concretizados (e que podem ser elevados) em sede de formação do plano, correspondendo a exigências de interesse público, em face dos dados factuais justificativos de um *maior sacrifício da posição do proprietário*.

Os *parâmetros concretizadores destes padrões* dependem, por vezes, da individualização de zonas territoriais homogêneas. Prevendo, para cada uma, *padrões adequados* para cada tipo de zonas ou da simples situação de expansão urbana, prevendo uma dada proporção de equipamentos comunitários ou estabelecimentos de serviços e comércio na inserção urbana (nos ordenamentos jurídicos em que tal ocorre, articulando o planeamento comercial de natureza económica com o urbanismo comercial). A sua função é de *ordenação de interesses e poderes administrativos* diferentes. A fixação ou modificação dos “padrões urbanísticos” configuram modos de explorar *funções de orientação e coordenação* da atividade administrativa local e regional, atribuídas ao Estado. Mesmo podendo as regiões definir padrões urbanísticos, o Estado fica com a possibilidade de impor *padrões mínimos*, que, neste caso, se impõem não só ao planificador municipal como ao legislador padronizador regional. Os padrões de planeamento urbanístico são critérios materiais de planeamento e edificação impostos por normas jurídicas. Quando existem num dado ordenamento jurídico, a ordenação concreta pelo planificador fica limitada nas suas escolhas, diferentemente do que ocorre quando o poder legislativo e regulamentar se limita a remeter para o plano a livre ordenação territorial. Em geral, visam garantir um melhor equilíbrio entre o homem e o ambiente, para assegurar a conservação e o aproveitamento da *paisagem urbana tradicional*. Há a imposição de um mínimo inderrogável, porque o conteúdo do plano tem obrigatoriamente de se conformar com ele, em nome da qualidade de vida no meio urbano, que pode chegar à *pré-fixação do limite máximo de densidade urbana*, em termos de edificações ou de residentes, e pode passar também pela fixação de uma *proporção de espaços públicos e equipamentos coletivos*, como instalações desportivas, *áreas de estacionamento, espaços verdes*, etc. Em geral, com especial interesse, estão os *parâmetros do dimensionamento das parcelas* que, em loteamentos futuros, deverão ser destinadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e de equipamentos de utilização coletiva. Neste caso, eles dirigem-se aos urbanizadores e loteadores, promotores urbanísticos e proprietários. Isto é, não se aplicam diretamente ao licenciamento da construção, mas à formulação do loteamento intermediador da atividade construtiva. Só se aplicam diferidamente, na concretização do conteúdo deste tipo de planos de pormenor, de iniciativa particular, que são os loteamentos. Pela abordagem planificadora, são realmente padrões de aplicabilidade diferida em relação à

atividade construtiva. Mas na perspetiva da vinculatividade para os particulares, eles impõem-se na ausência de plano ou na falta de disposições divergentes inseridas em plano de iniciativa pública. Mas também os padrões de equipamentos desportivos comunitários aparecem a pretender a sua aplicação aos loteamentos, com a diferença que os planos públicos que se elaborem anteriormente não podem desconhecer as suas imposições, pois não são de aplicação supletiva, isto é, na falta de ordenamento com disciplina distinta, porquanto o ordenamento, a existir, tem que os respeitar.

Poderíamos considerar os padrões que se dirigem aos loteamentos como exemplo de estatuição de padrões de aplicação diferida, de planeamento (embora nalguns casos, de aplicação apenas a título supletivo, isto é, na ausência de normas nos planos de iniciativa pública sobre a matéria, os PMOT), que se impõem aos particulares (licenciamento loteador)? Deve caber ao Estado, numa lógica de igualdade de exigências, regulamentar os critérios gerais e parâmetros do dimensionamento das parcelas destinadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos de utilização coletiva. Estes não visam a sua aplicação à construção, por isso não seriam «padrões de aplicação direta», apesar de vincularem os particulares loteadores e a Administração licenciadora dos lotes. O loteamento é uma atividade de planeamento, embora de iniciativa particular. Por isso, as limitações ao loteamento são padrões dirigidos a uma planificação e não ao desenvolvimento construtivo. Aliás, os limites diretos à construção, mais do que padrões urbanísticos, ao imporem certas soluções proíbem outras, ou seja, são *interdições construtivas*, o que significa que os verdadeiros padrões seriam apenas as exigências ordenadoras dirigidas aos conteúdos dos planos urbanísticos. Mas qual o interesse da fronteira definidora dos tipos de padrões? Será que a atividade destinatária decide tudo neste campo, sendo irrelevante a sua força obrigatória ou não para o planeamento de iniciativa pública? Isto é, que se imponham sempre à Administração que planifique e não só à atividade loteadora, quando não há planeamento público? Ou que apenas se imponha à atividade loteadora, se não houver plano que, sem vinculação às suas regras, imponha uma dada disciplina? Qual a operatividade jurídica, a vinculatividade decisiva a referenciar no plano classificativo? Se se reporta mais ao ângulo da aplicação direta ou não, das normas que os contêm, aos particulares, independentemente de serem loteadores ou construtores, e não tanto da sua aplicação direta ou não à construção, isto é, se o interesse do conceito o faz inserir em geral no desenvolvimento urbanístico, e não apenas no domínio de licenciamento de obras particulares, há que considerar que devem ser tidos como padrões de aplicabilidade direta, embora de natureza supletiva (se a Administração urbanística nada disser de diferente nos planos da sua autoria). Em boa verdade, seriam padrões que apenas se dirigem ao loteamento, ou seja, padrões de loteamento, que podem não o ser, e nessa medida não funcionando como garantia de mínimos, porquanto o poder planificador municipal pode assumir outros valores e o poder ratificativo do governo (permitindo bloquear a eficácia do plano, mas não substituir as soluções propostas) não é suficiente para acautelar em geral o respeito pelos parâmetros que a Administração estadual considerar de seguir no interesse público para os aglomerados urbanos do país em geral. Mas o interesse

do conceito coloca-o no âmbito da limitação à discricionariedade do planeamento. Assim, será de considerar de aplicabilidade diferida em termos do desenvolvimento construtivo, todo o padrão que se coloque a qualquer tipo de planeamento, mesmo que apenas seja aplicável ao plano de iniciativa particular (cuja responsabilidade última é da Administração, que o aprova ou não), na ausência de normas diferentes sobre a matéria, em plano supra-ordenado de iniciativa pública?

A falta de equipamentos coletivos tem sido responsável pela proliferação de cidades dormitórios, em que o espaço de recreação e de desporto praticamente se confina aos caminhos de peões, completados por pequenas zonas tratadas especialmente para crianças, o que tornava indispensável preencher esta lacuna normativa. Importa, pois, estabelecer um conjunto de regras destinadas a uniformizar os tipos de equipamentos coletivos a consagrar nos vários instrumentos de planeamento. Deve impor-se a obrigação de, nos instrumentos de planeamento, serem previstos equipamentos convenientemente integrados na estrutura urbana, com vista à sua adequada utilização pela população interessada. Exigir-se que, nos estudos de expansão urbana dos aglomerados existentes, sejam tomadas em consideração as eventuais insuficiências desses equipamentos. Os equipamentos coletivos devem ser previstos quer nos PMOT quer nos loteamentos e urbanizações urbanos.

A razão de ser da imposição destes parâmetros tem que ver, desde logo, com o objetivo de “reduzir a arbitrariedade e de balizar a discricionariedade, de salvaguardar a existência de espaços mínimos para a implantação de infra estruturas e de equipamentos, indispensáveis ao quotidiano da vida urbana, à criação, ao desenvolvimento e à manutenção de funções urbanas”. E também “acautelar níveis mínimos de desafogo, de conforto e de fruição aos cidadãos, pela criação de espaços verdes e de utilização coletiva”.

Dada a sua importância teórica, e apesar da quase total cobertura do território nacional por PDM, também operativa, dada a sua aplicação no silêncio das normas destes planos, as normas sobre os padrões ou parâmetros urbanísticos merecem ainda mais algumas referências pormenorizadas.

O dimensionamento das parcelas destinadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos de utilização coletiva são os fixados em normas, tidos como valores mínimos a considerar, atendendo à tipologia de ocupação do espaço. Em termos de *tipologia de ocupação*, nos espaços habitacionais, temos os *espaços verdes* e os *espaços de utilização coletiva*: espaços livres, entendidos como espaços exteriores que se prestam a uma utilização menos condicionada a comportamentos espontâneos e a uma estada descontraída por parte da população utente (LYNCH, 1990), que inclui, nomeadamente, jardins, equipamentos desportivos a céu aberto e praças. Devem ocupar uma dada área por cada porção definida de solo em área bruta de construção para habitação (superfície total da edificação,

medida pelo perímetro exterior das paredes exteriores, incluindo varandas privativas, locais acessórios e espaços de circulação, mas não áreas em cave destinadas exclusivamente a estacionamento). Ou então uma certa área por fogo, no caso de moradias unifamiliares. Os equipamentos de utilização coletiva [edificações destinadas à prestação de serviços à coletividade (saúde, educação, assistência, social, segurança, proteção civil, etc.), à prestação de serviços de carácter económico (matadouros, feiras, etc.) e à prática, pela coletividade, de atividades culturais, de desporto e de recreio e lazer, etc.] devem ocupar uma *área razoável* de cerca de um quarto de área bruta de construção para habitação ou definida por fogo nas moradias unifamiliares. A rede viária e o estacionamento devem ter também exigências mínimas, por área bruta de construção para habitação, com dimensões diferentes conforme o lugar é à superfície ou em estrutura edificada [para o cálculo das áreas por lugar de estacionamento devendo considerar-se certos valores normais para os veículos ligeiros: v.g., 20 m<sup>2</sup> por lugar à superfície e 25 m<sup>2</sup> por lugar em estrutura edificada e os veículos pesados v.g., 75 m<sup>2</sup> por lugar à superfície e 130 m<sup>2</sup> por lugar em estrutura edificada]. Nos espaços para serviços e comércio (inserem-se nesta tipologia todos os casos em que a percentagem de área construída destinada a serviços e comércio exceda uma significativa percentagem do total da área construída), impõe-se cerca de um quarto por cada área bruta considerada, quer quanto a espaços verdes e de utilização coletiva, quer também quanto a equipamentos de utilização coletiva. Nos espaços industriais, o dimensionamento destes espaços obrigatórios pode reduzir-se face à área bruta de construção para a indústria. Nos espaços mistos, de habitação, comércio e serviços, devem aplicar-se as mesmas dimensões, de acordo com a área-destino, a cada uma das áreas brutas para habitação ou comércio e serviços. Quanto a estacionamento em áreas não habitacionais ou mistas (além de se dever destinar uma percentagem da área de estacionamento a uso público, grátis ou não: cerca de um terço da área de estacionamento afeta a habitação e indústria; dois terços da área de estacionamento afeta a comércio e serviços), há que reservar espaços com dimensões significativas. Quanto às *áreas de arruamentos* (isto é, o espaço construído destinado à circulação de pessoas e viaturas, incluindo a faixa de rodagem e os passeios e com exceção de arruamentos em áreas urbanas consolidadas com alinhamentos definidos), nas várias zonas funcionais, deve impor-se o respeito de um dado perfil tipo total, face à dimensão da faixa de rodagem e também quanto à dimensão mínima dos passeios.

Nesta linha de orientação, vigora, hoje, a Portaria n.º 216-B/2008, de 3 de Março, que fixa os *parâmetros para o dimensionamento das áreas destinadas a espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos de utilização coletiva*, tendo presente que o RJUE, na redação da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, impôs que os *projetos de loteamento* tivessem de prever áreas destinadas à sua implantação, com parâmetros de dimensionamento a definir em plano municipal de

ordenamento do território, e cujos valores mínimos face aos tipos de ocupação do espaço constam dos quadros I e II anexos à portaria.<sup>39</sup>

Em suma, no poder planificador coexistem áreas de discricionariedade e áreas com soluções vinculadas pelo legislador, desde logo os padrões urbanísticos, porquanto os critérios materiais condicionam o poder discricionário de disposição sobre o plano.

#### **f)- Sobre a imparcialidade implicando a justa ponderação dos interesses relevantes envolvidos**

Trata-se de um *princípio da prevenção* (ponderação prévia de todas as intervenções com impacto relevante no território). O planeamento é afirmado (al.f) da nova Lei dos Solos), como visando a equidade, a justa repartição dos benefícios e dos encargos decorrentes da aplicação dos programas e planos territoriais e dos instrumentos de política de solos.

No que se refere a este *princípio da adequada ponderação dos interesses envolvidos* (art.º39.º, LBPSolos), para além do levantamento geral, pesagem e seleção dos interesses públicos e particulares relevantes, implica que, na elaboração de novos instrumentos de gestão territorial, devam ser identificados e ponderados os planos, programas e projetos com incidência na área a que respeitam, já existentes ou em preparação, e asseguradas as necessárias compatibilizações. O *princípio da ponderação* é uma diretiva que se impõe ao planificador, pois ele não é livre de efetivar essa ponderação ou não. Mas a ponderação não impõe *ex-ante* os interesses a ponderar. Senão não seria uma ponderação, mas a concretização desses interesses. Estes não são interesses a preservar obrigatoriamente, mas a ponderar obrigatoriamente. Eles não são impostos. O que se impõe é que não sejam desconhecidos. Não esquecidos na planificação, mesmo que «esquecidos» no plano.

A proteção dos interesses relevantes em presença faz-se através do processo de ponderação, que em si se impõe como uma das diretivas da planificação, não podendo haver plano sem a sua efetivação. A ponderação dos interesses é realizada dentro da planificação, enquanto as diretivas em geral orientam desde o início a planificação, limitando permanentemente esta atividade. Não se trata apenas de posições a obrigar à consideração do planificador, mas de posições já consideradas pelo legislador e que se impõem ao planificador. Neste sentido, o princípio da justa ponderação dos interesses envolvidos no plano é uma, embora apenas uma dentro várias, das diretivas da planificação.

<sup>39</sup> Diário da República, 1.ª série, n.º 44, PP.1372-(3) e 1372-(4).

Este *princípio da ponderação dos interesses* em conflito assume uma primordial importância no planeamento, porque ele exige a apreciação e valoração, em termos proporcionais à sua importância relativa, de todos os interesses relevantes envolvidos no plano, sejam eles públicos ou privados. Ele impõe um levantamento de todos os interesses juridicamente protegidos (método tópico), a sua pesagem relativa (método da balança) e, a final, um juízo de primazia relacionadora ou hierarquizadora do conjunto, isto é, dos interesses inter-ponderados (método relacional). Ou seja, tem que haver uma ponderação, colocando em apreciação todos os interesses, que segundo a natureza das coisas, devam ser enquadrados, de molde a não se desconhecer o significado de todos os interesses atingidos pelo plano, para não haver qualquer desequilíbrio entre eles, por atribuição desproporcional de peso objetivo aos vários interesses em presença.

Há aqui uma *obrigação constitutiva, fundamental*, de toda a planificação e que é de raiz constitucional, porque naturalmente exigida pela cláusula do Estado de direito (art.º 2.º, n.os 2 e 3 do art.º 3.º e art.º 266.º). É um princípio característico também da planificação estritamente urbanística, criando para os particulares um direito subjetivo a ver os seus interesses individuais juridicamente protegidos, em jogo no processo de ponderação num dado plano, ponderados com justiça relativamente aos outros interesses concorrentes, por muito relevantes que sejam. A garantia constitucional da propriedade não admite expropriações ilegais por parte da Administração, apenas se podendo expropriar para servir o interesse público, o que leva à exigência de um direito a um controlo jurisdicional da justa ponderação de interesses conflituantes. Há direitos subjetivos dos particulares imediata e mediatamente atingidos. O plano pode visar a expropriação direta, quando implica a transferência da propriedade. Mas pode também ter efeitos expropriativos materiais intensos, efeitos expropriativos mediatos sobre prédios vizinhos. A realização de certos planos pode ainda ter efeitos negativos consideráveis (o que exigirá uma compensação). Ou ter reflexos negativos na propriedade dos particulares<sup>40</sup>. Tudo isto impõe a ponderação dos interesses em jogo pelos efeitos ocasionados. Os titulares de prédios vizinhos de área em intervenção podem ser mediatamente atingidos, estando defendidos na medida em que haja normas que os protegem, v.g. do RGEU.

Neste domínio dos interesses a ponderar, temos a segurança pública, a ordem pública, a proteção da natureza, da paisagem, da vizinhança, a segurança e fluidez do tráfego, a saúde das pessoas, a posse e a propriedade, etc.

Em termos da ponderação dos interesses, a planificação tem três fases: reunião do material a sujeitar a ponderação (levantamento dos interesses a recolher), valorização-pesagem em si de cada um desses interesses (atribuição de relevo) e a sua pon-

<sup>40</sup> CAUPERS, João —“Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade”. *Revista Jurídica do urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina, n.º 3, 1995.

deração no conjunto (relativização). A que se segue a decisão de integração na solução do plano, em termos conjugados ou excludentes, isto é, a sua aceitação ou não. É através da participação dos particulares, quanto seja eficaz, e, de qualquer modo, de métodos prognósticos que se efetiva a investigação, a determinação dos interesses futuros a ponderar, recorrendo-se assim a juízos de plausibilidade, princípios da experiência na procura de padrões de probabilidade naturalmente muito inseguros. E quanto à medição relativa do valor dos interesses reunidos não há normalmente critério normativo definidor da sua priorização. Tem que se proceder, tendo presente os objetivos a alcançar e os princípios gerais da planificação, sem bitolas rígidas ou listagens fixas de valor universal. Não há, de antemão, interesses com primazia, nem se pode, de antemão, fazer uma ordenação objetiva dos interesses concorrentes. Apenas se pode, uma vez recolhidos os interesses relevantes, conformar aproximativamente critérios de ponderação orientadores para ajudar o planeador desde o início do processo de valorização relativa. Um interesse privado pode ter valor semelhante ou superior a um dado interesse público. Há interesses originariamente privados que, pelo seu alcance, podem acabar por dever assumir carácter de interesse público. O peso dos interesses só pode resultar de uma apreciação, caso a caso. E há vícios do planeamento, quer quando o resultado não aparece orientado pelo princípio da ponderação, como quando o processo de criação de um plano de urbanização padece ele mesmo de vícios evidentes de procedimento, que tenham influenciado os resultados da ponderação.

Deve entender-se que há *violação do princípio da ponderação justa dos interesses concorrentes* quando a ponderação não existiu, não foram tomados em consideração interesses que o deveriam ser, seja desconhecido o valor e significado de cada interesse em apreciação, desde logo desprezando-se o valor-prioridade resultante de norma jurídica ou de princípios gerais reconhecidos, se constata uma hierarquização desequilibrada ou uma falta de relação objetiva desse peso relativo de cada interesse em presença. A questão da sua relevância para efeitos de apuramento da eventual invalidade do plano tem de efetivar-se face à resposta a dar à seguinte pergunta: caso o interesse não ponderado, o fosse, o resultado do plano poderia ser diferente?

#### **g)- Princípio da sujeição do conteúdo futuro dos instrumentos de planeamento à sua prévia avaliação**

O acompanhamento e a avaliação dos programas e planos territoriais devem ser periódicos e é com base em relatórios desta avaliação (Relatórios sobre o “estado do solo, do ordenamento do território e do urbanismo”), que eles devem ser objeto de revisão, alteração, suspensão ou revogação, face à *evolução ou reponderação* das condições económicas, sociais, culturais e ambientais subjacentes à sua elaboração (art.º50.º e 72.º, LPSOTU). Além disso, nos termos do RJIGT deve ser publicado bianualmente um “Relatório sobre o estado do ordenamento do território” e deve

existir um sistema nacional de dados sobre o território, articulado aos níveis regional e local.

O Governo tem de apresentar à Assembleia da República, de dois em dois anos, um relatório sobre o estado dos programas e planos territoriais, no qual é feita a avaliação da execução do programa nacional das políticas de ordenamento do território e são discutidos os princípios orientadores e as formas de articulação das políticas sectoriais e regionais com incidência territorial.

Quanto ao *acompanhamento* desta política de solos, a lei estabelece também formas de acompanhamento permanente e de avaliação técnica da gestão territorial e prevê mecanismos que garantam a eficiência dos instrumentos que a concretizam (art.º73.º). Assim, é estabelecida a criação de um *sistema nacional de informação territorial* para disponibilizar informaticamente dados sobre o território, articulado aos níveis nacional, regional e local e um *sistema nacional de informação cadastral* que identifique as unidades prediais. Além disso, todos os programas e planos territoriais têm de definir *parâmetros e indicadores* para viabilizar a monitorização da estratégia, objetivos e resultados da sua execução (art.º 57.º). Todas as entidades de poder territorial ficam obrigadas a recolher esta informação e promover a elaboração dos relatórios de execução e a normalização de fontes de dados e de indicadores comuns. Esta informação tem de ser *disponibilizada publicamente*, pelos meios informáticos adequados, promovendo-se a interoperabilidade e a articulação aos vários níveis territoriais. A necessidade da alteração, revisão ou revogação de um programa ou plano territorial fundamenta-se no respetivo relatório de execução.

#### **D)- Pluralização das intervenções dos poderes públicos**

##### **a)-Princípio da interação coordenada dos instrumentos de gestão territorial.**

Com efeito, quanto à organização do sistema, ele assenta na interação coordenada, estruturada em três âmbitos geográficos distintos: o *âmbito nacional* [al. a)], que define o quadro estratégico para o ordenamento de todo o espaço nacional, estabelecendo as diretrizes a considerar no ordenamento regional e municipal e a compatibilização destas com os diversos instrumentos de política sectorial, e instituindo, quando necessário, os instrumentos de natureza especial; o *âmbito regional* [al.b)], que define o quadro estratégico para o ordenamento do espaço regional, em estreita articulação com as políticas nacionais de desenvolvimento económico e social, estabelecendo os grandes princípios orientadores do ordenamento municipal; âmbito que, nesta fase histórica, continuará nas mãos do Estado, embora com um papel das estruturas periféricas, desconcentradas, que deveria tender a acentuar-se com um reforço de legitimidade, isto é, com uma participação institucionalizada dos administrados (em alternativa ao vigente défice democrático, resultante da não criação

das autarquias regionais, dotadas de poder próprio, de fonte eleitoral), em todas as fases do planeamento, independentemente da participação dos seus representantes municipais e da audição alargada, universal, situada na fase da apreciação de «projeto»; e o *âmbito municipal* [al.c)], que define, de acordo com as diretrizes e os princípios de âmbito nacional e regional e com opções próprias de desenvolvimento estratégico, o regime de uso do solo.

Cabe ao programa nacional da política de ordenamento território, os programas sectoriais e aos programas especiais prosseguirem objetivos de interesse nacional e estabelecer os princípios e as regras orientadoras da disciplina a definir pelos programas regionais. Os programas regionais prosseguem os objetivos de interesse regional e respeitam o disposto nos programas territoriais de âmbito nacional. Os planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal devem desenvolver e concretizar as orientações definidas nos programas territoriais preexistentes de âmbito nacional ou regional, com os quais se devem compatibilizar. Os planos territoriais de âmbito municipal devem ainda atender às orientações definidas nos programas intermunicipais preexistentes, que passam agora a ter o mesmo valor dos PDM, vinculando também os particulares. A existência de um plano diretor, de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor de âmbito intermunicipal exclui a possibilidade de existência, ao nível municipal, de planos territoriais do mesmo tipo, na área por eles abrangida, sem prejuízo das regras relativas à dinâmica de planos territoriais. Sempre que entre em vigor um programa territorial de âmbito nacional ou regional, é obrigatória a alteração ou atualização dos planos territoriais de âmbito intermunicipal e municipal, que com ele não sejam compatíveis, nos termos da lei. O programa ou o plano territorial posterior avalia e pondera as regras dos programas ou planos preexistentes ou em preparação, identificando expressamente as normas incompatíveis a alterar ou a revogar nos termos da lei (art.º44.º).

Neste aspeto da interação, os planos obedecem ainda a exigências específicas de *harmonização dos planos e de homogeneidade da planificação*. A homogeneidade existe sempre que a lei exija a sujeição de *todo um território* a um mesmo tipo de plano, independentemente de tratamentos específicos em outros planos de acordo com as suas características próprias. Assim, o PDM trata das áreas urbanas e rurais, sem prejuízo de as áreas urbanas e urbanizáveis serem tratadas especificamente nos PU e PP. Mas há que proceder também à harmonização e à hierarquização ou graduação dos interesses com expressão territorial. Para tal exige-se a coordenação, seja em termos de *endocoordenação* (intradministrativa), seja de *heterocoordenação* (de políticas, externa, interadministrativa) das intervenções. E mesmo, se necessário, *concertação e articulação* das soluções e posições.<sup>41</sup> Em causa também a *coordenação e compatibilização* das diversas políticas públicas com incidência territorial com

<sup>41</sup> MORELL OCAÑA, L. -“Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico”. *DA*, n.º230-231, 1992, Pp.229 e ss.

as políticas de desenvolvimento económico e social, sem o que não estaria assegurada a adequada ponderação dos interesses públicos e privados em presença (art.º 2.º, al. d, LBSOTU).

Impõe-se uma *harmonização horizontal* (articulação) e uma *harmonização vertical* (em termos de *não incompatibilização ou mesmo de conformação*, segundo o modelo de respeito hierárquico maior (PMOT sobre-ordenador em relação aos sub-ordenados) ou menor (PMOT em relação aos PROT). Ou seja, a *harmonização em duplo sentido*. E, por princípio, *descendente*, em modelo hierárquico (embora relativo, porquanto também pode ser *ascendente*, quando disposições de planos de maior abrangência territorial não são respeitadas, por proposta municipal e ratificação governamental, implicando o *princípio da contracorrente*, com a derrogação automática e necessária substituição de normas de escalão territorial superior. Ou seja, mais do que hierarquização dos instrumentos, estamos face a uma hierarquização de poderes. Nesta lógica, normas incompatíveis ou desconformes com plano sobre ordenador são nulas, v.g., as normas dos PU e PP que sejam desconformes (apresentem qualquer diferença) com o disposto no PDM (a menos que sejam ratificadas por Resolução do Conselho de Ministros).

## Bibliografia

- ALARCÃO, Alberto –“Êxodo rural e atração urbana”. *Análise Social*, n.º7-8, Vol.II, 1964, Pp.538-563.
- AUBY, Jean-Bernard -*Droit de Urbanisme et droit européen: Doctrine*. AJDA, L'Actualité Juridique, Droit Administratif, Actualité de l'Urbanisme, n.º10, oct.1995, Pp.667 e ss.
- AUBY, Jean-Bernard -*Droit de Urbanisme et droit européen: Doctrine*. AJDA, L'Actualité Juridique, Droit Administratif, Actualité de l'Urbanisme, n.º10, oct.1995.
- AUSLAND, Patrick Mc -*The ideologies of Planning law*. Pergamon Press, 1980.
- BIELZA DE ORY, V.; MIGUEL GONZÁLEZ, R. de –“El patrimonio cultural: Componente de ordenación del territorio”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º10, 1997.
- CAUPERS, João –“Estado de Direito, Ordenamento do Território e Direito de Propriedade”. *Revista Jurídica do urbanismo e do Ambiente*. Coimbra: Almedina, n.º 3, 1995.
- CONDESSO, Ricardo -*Las estructuras de gobernación en Portugal ante las asimetrías de desarrollo territorial: ¿Qué modelo seguir?* Tese doutoral. Biblioteca FFLUNEX, Espanha, 2012.
- CONDESSO, F. e MORA Aliseda, J.- «Medio ambiente y territorio en Europa: Propuestas para una política de ordenación espacial en la Península Ibérica». *Revista Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial*, Madrid, Volume 67, 2004, Pp.95-124;
- CONDESSO, Fernando -*Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2014; -*Derecho a la*

- Información. Crisis del Sistema Político. Transparencia de los Poderes Públicos.* Madrid: Dykinson, 2011; *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación e información. Cuestiones y fundamentos politológicos, económico-financieros, comunicacionales y ambientales.* Tomo I, EUA, RU, Tubingen: Lambert Academic Publishing GmbH & Co, KG, março de 2012; *-Derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación y información: Regímenes jurídicos Unión Europea y Península Ibérica.* Tomo II, Saarsbruck, Lambert Academic Publishing GmbH & Co, KG, EAE, 2012; - “Desenvolvimento rural, património e turismo”. *Cuadernos de desarrollo rural, International Journal of Rural Development*, 8, (66), p.197-222, Código SICI: 0122-1450 (201106)8:66<195:drpt>2.0.TX;2-U. Bogotá: Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Instituto de Estudios Rurales, Departamento de Desarrollo Rural y Regional, Pontificia Universidad Javeriana, enero-junio 2011. Revista indexada en ISI, SCopus, Pubindex A1, Redalyc, Scielo; ISSN: 2215-7727; *-O Ordenamento do Território da Península Ibérica e o novo contexto da Estratégia Territorial Europeia* (tese interdisciplinar sobre temas de Administração Pública, Políticas Públicas e Direito do Planeamento Territorial); *-El desarrollo armónico de la Península Ibérica: El problema de la ordenación territorial.* Barcelona: Erasmus Ediciones, Jan 2010; *-Políticas urbanas y territoriales en la Península Ibérica.* Tomo I, GIT, Mérida, Serie Estudios Portugueses, n.º28, 2005; *-Direito do Ambiente.* Coimbra: Almedina, outubro de 2014; *-Direito do Ambiente.* Coimbra: Almedina, 2001; *-Direito do Urbanismo: Noções Fundamentais.* (Em colaboração com Catarina Condessó). Lisboa. Quid Juris?, 1999; *-Europa em Crise: (...).* Lisboa: Caleidoscópio, 2012; *-Ordenamento do Território: Administração e Políticas Públicas, Direito Administrativo e Desenvolvimento Regional.* Lisboa: ISCSP, 2005; -“O ordenamento do território e o seu enquadramento legal em Portugal”. In *A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na américa ibérica: Balanço de Resultados das Quatro décadas da Conferência de Estocolmo.* Santos: Unisantos, 2012, Pp.157-170; -“Sobre a estética urbana”. In *Direito do Ambiente.* Coimbra: Almedina, maio 2014.
- COUTET, William -“La notion de compatibilité dans le droit de l’Urbanisme”. In *AJDA*, 1976 (6), Pp.291 e ss.
- GOMEZ ORTEGA, D. -*Ordenación Territorial.* Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago -*Urbanismo y Ordenación del Territorio.* Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago -*Urbanismo y Ordenación del Territorio.* Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, p.25
- GUIDO, D’Angelo -*Urbanística e Diritto.* Nápoles: Morano, 1969.
- JOUANJAN, Olivier -*Le principe d’égalité devant la loi en droit allemand.* Paris, 1992.
- LARA CARVAJAL, J. M. DE -“La actividade urbanizadora”. In PEREZ HERRERO, J.M. (Dir.) -*La carestia de suelo y soluciones.* Madrid, 2000.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. -*Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar.* Madrid, 1992.
- MALCOM, Grant -*Urban planning law.* Londres: Sweet-Maxwell, 1982.

- MARINERO PERAL, A.M. –“La ordenación del Territorio en la Unión Europea. In *Noticias de la Unión Europea*, 190, 2000.
- MEILÁN GIL, J. L. –*El territorio: protagonista del desarrollo*. Madrid, 1971.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves –*O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MORA ALISEDA, J.; CONDESSO, F.; SÃO PEDRO, B. (Dir.) –*Infraestructuras, Competitividad y Cooperación Territorial*. Madrid. Ministerio de Educación y Ciencia; –*Planeamiento y Perspectivas del Territorio*. Madrid. Ed. Ministerio de Educación y Ciencia, 2001.
- MORELL OCAÑA, L. –“Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico”. *DA*, n.º230-231, 1992, Pp.229 e ss.
- NEUMAN, M. –“La imagen y la ciudad. *Ciudad y Territorio*, n.º104, 1995.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula de; NEVES, Maria José Castanheira; LOPES, Dulce; MAÇAS, Fernanda –*Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- PÉREZ MORENO, A. –“Urbanismo y desarrollo regional: contenido del nuevo regionalismo”. *Revista Espanhola de Direito Administrativo*, n.º8, 1976.
- PONCE SOLÉ, J. –*Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*. Madrid, 1996.
- RUEDA PÉREZ, M. A. (dir.) –*Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda*. Madrid, 2003.
- SCHEID, Hildebrand A. –“Nuevas iniciativas de la Unión Europea en material de Ordenación del Territorio. *Revista da las Instituciones Europeas*, 1996.
- SOTELO NAVALPOTRO, J.A. –*Regional development models*. Madrid, 2000.
- UE, COMISSÃO –*COM(2008) 616 final, Livro Verde sobre a Coesão Territorial Europeia: Tirar Partido da Diversidade Territorial*. SEC(2008) 2550, Bruxelas, 6.10.2008.



# A classificação e a qualificação do solo no direito do urbanismo alemão

ANJA BOTHE \*

## 1.Introdução

A classificação do solo em solo rural e urbano na legislação portuguesa<sup>1</sup> é, de certo modo, comparável com a legislação alemã, com as áreas exteriores e interiores de áreas edificadas no seu conjunto. No entanto, os dois sistemas de classificação distinguem-se em vários aspetos: em Portugal, a determinação das classes de solo é estabelecida por meio de um plano municipal que tem eficácia pluri-subjetiva;<sup>2</sup> na Alemanha, a base da determinação desta classificação é a distinção entre uma área que corresponde a um conjunto urbano já consolidado ou não, quer dizer, ela assenta em fatos territoriais existentes, sendo que os municípios alemães só de modo muito restrito aprovam planos municipais que são vinculativos para os particulares. A subsequente análise comparada irá incidir sobre os planos urbanísticos locais dos dois países e os respetivos modelos de determinação do destino básico e a qualificação dos terrenos, i.e., do uso do solo.

---

**JURISMAT**, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 271-285.

\* Doutorada em Direito pela Universidade de Hamburgo, docente no Departamento de Ciências Empresariais da Universidade Atlântica da Barcarena, e no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

<sup>1</sup> Artigo 4.º do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de maio; artigo 72.º do DL n.º 380/99, de 22 de setembro (Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, RJIGT); artigo 10.º da Lei n.º 31/2014, de 30 de maio de 2014 (Lei de Bases Gerais da Política Pública dos Solos, do Ordenamento do Território e do Urbanismo, LBGPPSOTU).

<sup>2</sup> Isto é, vincula as entidades públicas e, direta e imediatamente, os particulares, artigo 3.º, n.º 2 RJIGT.

## 2. Os planos locais na Alemanha

Na Alemanha, todos os 11.197 municípios<sup>3</sup> possuem um plano municipal preparatório.<sup>4</sup> No entanto, previsto no Código Federal de Urbanismo, há um segundo nível de planeamento territorial, que é o único que é vinculativo para os particulares, cuja elaboração se realiza apenas quando o município o considera necessário.<sup>5</sup>

Entre os dois níveis referidos, fundamentados no Código Federal do Urbanismo, existe um planeamento intermédio, que é igualmente da competência dos municípios: este planeamento intermédio encontra-se parcialmente previsto na legislação dos Estados Federados (dos *Länder*), mas decorre igualmente de uma regulamentação informal. Ele consiste não só num planeamento transversal, incidindo simultaneamente sobre os mais diversos aspetos com impacto territorial, como também num planeamento sectorial. Todas as modalidades de planeamento intermédio, que, como foi referido, não se fundamentam no Código Federal do Urbanismo, ainda que orientem e/ou vinculem as entidades públicas, não são vinculativas para os particulares.

## 3. Regulamento de Usos Gerais de Construção – *Baunutzungsverordnung*

As tipologias de qualificação de zonas edificáveis, aplicáveis aos planos municipais territoriais, estão definidas em Regulamento próprio:<sup>6</sup> assim, no plano municipal

<sup>3</sup> É usual traduzir *Gemeinde* por município. Se, em Portugal, o nível inferior da Administração local é o das freguesias e não o dos municípios, na Alemanha, as *Gemeinden* são o nível inferior da Administração, [http://pt.wikipedia.org/wiki/Munic%C3%ADpios\\_da\\_Alemanha](http://pt.wikipedia.org/wiki/Munic%C3%ADpios_da_Alemanha); ver também: OLIVEIRA, Fernanda Paula: Direção Geral do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Urbano, Documento Técnico 8/2011. No entanto, ao nível das circunscrições para fins de estatística, são designadas como LAU 2 as 11.197 *Gemeinden* alemãs e as 4.260 freguesias portuguesas, e os 1.457 *Gemeindeverbände* alemães (associações de municípios) são classificados, para fins de estatística europeia, como LAU 1, i.e., o nível dos 308 municípios portugueses.

<sup>4</sup> Ver imagens em <https://www.google.de/search?q=fl%C3%A4chennutzungsplan&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ei=0RICU6KgKqP0AW7xYCwCA&ved=0CDEQsAQ&biw=1280&bih=631>, último acesso em 17 de fevereiro de 2014; sobre a relação entre o plano preparatório e o plano vinculativo para os particulares, ver: OLIVEIRA, Fernanda Paula: *Urbanismo Comparado: o Paradigma do Modelo Alemão*, in Conferência “Ordenamento do Território e Revisão dos Planos Diretores Municipais”, Figueira da Foz, 8 e 9 de julho de 2003, p. 5.

<sup>5</sup> Artigo 1.º, n.º 2 Código Federal do Urbanismo: “Planos territoriais municipais (*Bauleitpläne*) são o plano preparatório municipal (*Flächennutzungsplan*) e o plano municipal vinculativo para os particulares (*verbindlicher Bebauungsplan*), n.º 3: “Os municípios elaboram planos territoriais municipais, quando e na medida em que é necessário para o desenvolvimento e ordenamento urbanístico (...)”.

<sup>6</sup> Regulamento de Usos Gerais de Construção, *Baunutzungsverordnung*, traduzido por Regulamento Federal sobre a utilização de terrenos com vista à construção, em OLIVEIRA, Fernanda

preparatório distinguem-se zonas de uso habitacional, zonas de uso misto, zonas de uso comercial ou industrial, e zonas de uso especial.<sup>7</sup>

Estas quatro qualificações devem ser concretizadas, quer no plano municipal preparatório, quer no plano municipal vinculativo para os particulares, em dez tipos de áreas: em áreas parcamente habitadas, áreas de habitação “puras”, áreas gerais ou especiais de habitação, áreas de aldeia, áreas mistas, áreas centrais, áreas comerciais, áreas industriais, áreas especiais.<sup>8</sup>

Os municípios devem observar imperativamente estas tipologias de zonas e áreas edificáveis, não podendo criar tipologias que não se encontrem legalmente previstas. Neste aspeto, os municípios portugueses gozam de um mais amplo espaço “para pensarem de forma integrada e adequada a melhor forma de categorizar o solo urbano.”<sup>9</sup>

De acordo com os artigos 2.º a 11.º do Regulamento de Usos Gerais de Construção (RUGC), *Baunutzungsverordnung*, são especificadas, para cada tipo de área, as suas funções e os projetos que admitem, regular ou excepcionalmente.<sup>10</sup> Nos planos, apenas se indicam as abreviaturas das tipologias que o município pretende definir, decorrendo as restantes exigências diretamente da lei, isto é, do Regulamento de Usos Gerais de Construção.

Os artigos 16.º a 21.º do RUGC estipulam as determinações possíveis relativamente

---

Paula: *Análise comparativa das Leis de Solo de Países Europeus*, Direção-Geral do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Urbano, Lisboa, 2004. No Artigo 9.º do Código Federal do Urbanismo, CFU, de epígrafe “autorização para decretar”, lê-se: “O Ministro Federal do Trânsito, Construção e Desenvolvimento Urbano é autorizado a decretar, com o consentimento do Conselho Federal, normas referentes a: 1. Apresentações e determinações nos planos municipais sobre a) O tipo de uso edificatório; b) As intensidades de uso edificatório e o seu cálculo...”

<sup>7</sup> Artigo 5.º, n.º 1, do CFU (sublinhado nosso): No plano municipal preparatório deve ser apresentado, para o território do município na sua íntegra, e em linhas gerais, o tipo de uso do solo que resulta do desenvolvimento urbanístico pretendido em conformidade com as necessidades previsíveis do município. No mesmo artigo, n.º 2: Podem ser apresentados no plano municipal preparatório nomeadamente: ponto 1. As zonas previstas para a construção conforme o tipo geral de uso edificável (zonas edificáveis – *Bauflächen*), conforme o tipo especial de uso edificável (áreas edificáveis - *Baugebiete*), e igualmente as intensidades gerais do uso edificável.

<sup>8</sup> Artigo 9.º, n.º 1, do CFU: No plano municipal vinculativo para os particulares podem ser determinados por motivos urbanísticos: ponto 1. O tipo e a intensidade do uso edificatório; ponto 2. A tipologia de construção, as zonas onde pode e onde não pode haver construção, e a localização das construções.

<sup>9</sup> Preâmbulo e artigo 20.º, n.º 4, do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de maio.

<sup>10</sup> BOEDDINGHAUS, Gerhard: *Neues zur Art und zum Mass der baulichen Nutzung*, (Elementos novos sobre o tipo e a intensidade do uso edificatório), in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colónia, 2013, pp. 1601, 1604.

às intensidades do uso edificatório. É admissível indicar<sup>11</sup> apenas, no plano municipal preparatório, a área de construção,<sup>12</sup> a volumetria de construção<sup>13</sup> ou a altura das construções<sup>14</sup>.

Nos planos municipais vinculativos para os particulares, a administração local pode estabelecer determinações sobre a área de construção e a altura dos edifícios,<sup>15</sup> mas é obrigada a integrar o índice de ocupação<sup>16</sup> e o número de pisos.<sup>17/18</sup> Normalmente estabelecem-se intensidades máximas<sup>19</sup> para cada uma das áreas definidas no artigo 1.º, n.º 2 do RUGC.<sup>20</sup>

Nos planos municipais vinculativo para os particulares, as decisões acerca de uma construção aberta ou fechada,<sup>21</sup> e a exata localização da implantação da construção,<sup>22</sup> são determinações facultativas.

O Regulamento de Usos Gerais de Construção é complementado pelo Regulamento sobre os símbolos que devem ser usados e aplicados na cartografia dos planos, *Planzeichenverordnung*.

Existem três tipos de planos municipais vinculativos para os particulares:

Os qualificados,<sup>23</sup> os de execução,<sup>24</sup> e os simplificados.<sup>25</sup>

<sup>11</sup> Artigo 16.º, n.º 1, do RUGC.

<sup>12</sup> Artigo 20.º, n.º 2, do RUGC: A área de construção indica os metros quadrados de construção por cada metro quadrado de lote.

<sup>13</sup> Artigo 21.º, n.º 1, do RUGC: A volumetria de construção indica os metros cúbicos de construção por cada metro quadrado de lote.

<sup>14</sup> Artigo 18.º, n.º 1, do RUGC: Na determinação da altura de construções determina-se os pontos de referência necessários.

<sup>15</sup> Artigo 16.º, n.º 2, do RUGC

<sup>16</sup> Artigo 19.º, n.º 1, do RUGC: O índice de ocupação são os metros quadrados de implantação por metro quadrado de lote. No n.º 2 do mesmo artigo: A área de implantação indica a parte do lote – calculado com base no n.º 1 – que pode ser ocupado com construções.

<sup>17</sup> Artigo 20.º, n.º 1, do RUGC: Um piso é contabilizado como piso integral conforme determinado em legislação do respetivo Estado Federado.

<sup>18</sup> Artigo 16.º, n.º 3, do RUGC.

<sup>19</sup> Que o artigo 17.º do RUGC indica em forma de tabela.

<sup>20</sup> Áreas parcamente habitadas, áreas de habitação “puras”, áreas gerais ou especiais de habitação, áreas de aldeia, áreas mistas, áreas centrais, áreas comerciais, áreas industriais, áreas especiais

<sup>21</sup> Artigo 22.º do RUGC.

<sup>22</sup> Artigo 23.º do RUGC.

<sup>23</sup> Artigo 30.º, n.º 1, do CFU: Na área de vigência de um plano municipal vinculativo para os particulares, que, autonomamente ou conjuntamente com outras normas urbanísticas, determina no mínimo o tipo e a intensidade do uso edificatório, as superfícies que podem receber edificações, e as áreas para o trânsito local, um projeto é admissível quando não contrária nenhuma destas determinações e quando a infraestruturação é assegurada.

Ao contrário dos planos municipais qualificados, os planos municipais simplificados não servem para a decisão acerca da admissibilidade de um projeto,<sup>26</sup> dado que não incluem determinações acerca dos seguintes aspetos: 1. do tipo e da intensidade do uso edificatório;<sup>27</sup> 2. as áreas de implantação;<sup>28</sup> 3. dos acessos<sup>29</sup> e das infraestruturas.

O conceito de infraestruturas não se encontra legalmente definido,<sup>30</sup> mas deve ser preenchido tendo por base as exigências de um projeto concreto num território concreto. Para a respetiva conceptualização, devemos ainda recorrer aos artigos 123.º a 135.º do CFU, que corresponde ao capítulo acerca da infraestruturização, e ao artigo 127.º, n.º 2 do CFU, que contém uma lista de elementos que fazem parte do equipamento de infraestruturas.<sup>31</sup>

O plano de execução,<sup>32</sup> definido como instrumento urbanístico autónomo,<sup>33</sup> tem elementos comparáveis com os “contratos que tenham por objeto a elaboração de um projeto de plano”<sup>34</sup> da legislação portuguesa, quando o seu autor seja um particular. A sua motivação para a elaboração deste tipo de plano está na intenção de nele inserir um projeto que pretenda executar.<sup>35</sup> O plano de execução consiste em dois elementos: num contrato em que o particular se responsabiliza pela execução

<sup>24</sup> Artigo 30.º, n.º 2, do CFU: Na área de vigência de um plano municipal vinculativo para os particulares elaborado para a implementação de um projeto conforme o § 12, um projeto é admissível quando não contraria este plano e quando a infraestruturização é assegurada.

<sup>25</sup> Artigo 30.º, n.º 3, do CFU: Na área de vigência de um plano municipal vinculativo para os particulares que não reúna os pressupostos do n.º 1 (plano municipal vinculativo para os particulares simplificado), aplica-se para a admissibilidade de projetos os artigos 34.º e 35.º.

<sup>26</sup> Artigo 30.º, n.º 3, do CFU: Na área de vigência de um plano municipal vinculativo para os particulares, que não reúne os requisitos do n.º 1 (plano municipal simplificado), a admissibilidade de projetos é quanto aos outros aspetos de inserção urbanística

<sup>27</sup> Artigo 9.º, n.º 1, ponto 1, e os artigos 1.º a 11.º, e 16.º a 21.º, do Regulamento de Usos Gerais de Construção.

<sup>28</sup> Artigo 9.º, n.º 1, ponto 2, e o artigo 23.º, do Regulamento de Usos Gerais de Construção

<sup>29</sup> Artigo 9.º, n.º 1, ponto 11, do Regulamento de Usos Gerais de Construção.

<sup>30</sup> Tribunal Federal Administrativo, em 30 de agosto de 1985, 4 C 48.81.

<sup>31</sup> Trata-se, no entanto, de uma norma sobre o montante das contribuições pela realização, manutenção e reforço de infraestruturas urbanísticas que os municípios poderão exigir. ERNST, Werner/ ZINKAHN, Willy/ BIELENBERG, Walter/ KRAUTZBERGER, Michael: *Baugesetzbuch Kommentar* (Código Federal do Urbanismo anotado), Vol. II, 113ª edição, Munique, 2014, § 30, p. 27.

<sup>32</sup> *Vorhabenbezogener Bebauungsplan*.

<sup>33</sup> Isto é, ele representa uma opção ou tipologia especial de plano municipal vinculativo para os particulares.

<sup>34</sup> Artigo 6.º-A, do RJIGT.

<sup>35</sup> Para uma melhor distinção entre o plano municipal qualificado e o plano municipal de execução, ver MICHALLIK, Florian: *Mass der baulichen Nutzung – Angebotsplan oder vorhabenbezogener Bebauungsplan bei hoher Nutzungsdichte*, (Intensidade do uso edificatório – plano de oferta em forma de plano municipal vinculativo para os particulares ou plano de execução no caso de uma elevada densidade de uso), in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colónia, 2014, pp. 494 a 499.

urbanística (*Durchführungsvertrag*),<sup>36</sup> e num plano de projeto e de realização de infraestruturas (*Vorhaben- und Erschließungsplan*).<sup>37</sup> Estes dois elementos são aprovados conjuntamente na forma de regulamento.<sup>38</sup>

#### 4. Uso do solo sem planos municipais vinculativos para os particulares

Em termos de planeamento urbanístico,<sup>39</sup> a admissibilidade de projetos assenta nos planos municipais vinculativos para os particulares, caso estes existam; se não existirem, o município recorre aos normativos dos artigos 34.º e 35.º do CFU de modo a poder avaliar a admissibilidade de projetos.<sup>40</sup>

Substituindo-se ao planeamento vinculativo, a norma do artigo 34.º do CFU<sup>41</sup> exige que, para a admissão de projetos, os respetivos usos do solo se compatibilizem com a envolvente física e social existente, não se admitindo qualquer alteração desse uso que seja incompatível com aquela envolvente.

As exigências de compatibilidade para projetos devem preencher cumulativamente os seguintes requisitos:

- i. Deve-se tratar de áreas urbanas consolidadas / áreas edificadas no seu conjunto,
- ii. O projeto deve-se inserir na envolvente próxima,

<sup>36</sup> Artigo 12.º, n.º 1, do CFU: O município pode determinar a admissibilidade de projetos através de um plano de execução sob as seguintes exigências: o titular do projeto responsabiliza-se via contrato, e com base num plano (*Vorhaben- und Erschließungsplan* – plano de projeto e de realização de infraestruturas), que terá de ser aprovado sob forma de regulamento pelo município nos termos do artigo 10.º, n.º 1, de o implementar dentro de um determinado prazo, suportando o particular as despesas de planeamento e de realização de infraestruturas urbanísticas, total ou parcialmente (*Durchführungsvertrag* – contrato de execução).

<sup>37</sup> Artigo 12.º, n.º 3, do CFU: O plano de projeto e de realização de infraestruturas fará parte integrante do plano de execução. Na área do plano de projeto e de realização de infraestruturas, o município não é obrigado a utilizar as tipologias de determinações previstas no artigo 9.º do CFU e no Regulamento de Usos Gerais de Construção (Regulamento que assenta a sua autorização no artigo 9.º a, do CFU).

<sup>38</sup> Artigo 10.º, n.º 1, do CFU: O município aprova o plano municipal vinculativo para os particulares em forma de regulamento.

<sup>39</sup> O artigo 29.º, n.º 2, do CFU, estabelece a ligação para as questões de admissibilidade em termos do Direito das Construções (*Bauordnungsrecht dos Estados Federados*), excluídas da presente análise.

<sup>40</sup> Artigo 30.º, n.º 3, do CFU.

<sup>41</sup> Artigo 34.º Admissão de projetos dentro do perímetro urbano, isto é dentro de áreas edificadas – n.º 1 Dentro de áreas edificadas no seu conjunto, um projeto é admissível quando se insere em conformidade com o tipo e a intensidade do uso edificatório, e com a tipologia de construção e a superfície que se pretende edificar, nas características da envolvente próxima, e quando é garantida a infraestruturização.

- iii. Para avaliar a inserção na envolvente, deve-se, entre outros aspetos, ter em conta o tipo e a intensidade do uso edificatório, a tipologia de construção e a área de implantação;
- iv. As infraestruturas, nomeadamente a acessibilidade, devem ser garantidas;
- v. As condições habitacionais e de trabalho devem ser salvaguardadas; e
- vi. A imagem da localidade não pode ficar prejudicada.

De modo a interpretar e determinar os limites destas exigências, foi produzido um imenso acervo jurisprudencial.

Assim, concretizam-se jurisprudencialmente os pressupostos de um “conjunto urbano consolidado / áreas edificadas no seu conjunto”,<sup>42</sup> que sempre assentam na situação fática existente: deve-se considerar desejável o desenvolvimento das edificações urbanas, opondo-se então, enquanto conjunto, às edificações dispersas.<sup>43</sup>

Para se definir a inserção na envolvente, clarifica-se que esta assenta nas características do meio que estabelecem um certo quadro desenhador de delimitações.<sup>44</sup> O atual uso do solo deve ser respeitado na subsunção deste conceito<sup>45</sup>. Deste modo, as exigências de respeito são maiores quanto mais sensível é a posição das partes tuteladas, e são menores quando os interesses pretendidos pelo titular do projeto são mais óbvios.<sup>46</sup>

Assim, a jurisprudência considerou violada a obrigação de inserção nos seguintes casos:

- O projeto de uma instituição para pessoas sem-abrigo junto à uma agência de transportes;<sup>47</sup>

<sup>42</sup> *Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile.*

<sup>43</sup> Acórdãos do Tribunal Federal Administrativo, de 17 de novembro de 1972 (4 C 13.71); de 30 de abril de 1969 (4 C 38.67); de 6 de novembro de 1968 (4 C 31.66 e 4 C 47.68); de 17 de fevereiro de 1984 (4 C 56.79); de 15 de julho de 1994 (4 B 109.94); de 19 de abril de 1994 (4 B 77.94); DZIALLAS, Olaf: *Innenbereich und Aussenbereich*, (Zonas interiores e exteriores às áreas edificadas), in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, NZBau, (Revista Nova para o Direito do Urbanismo e da Adjudicação), Munique, 2006, pp. 308 a 310.

<sup>44</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 26 de maio de 1978 (4 C 9.77).

<sup>45</sup> Acórdãos do Tribunal Federal Administrativo, de 25 de fevereiro de 1977 (4 C 22.75), de 18 de outubro de 1998 (4 C 5.98), de 13 de fevereiro de 1981, 16 de setembro de 2010 (4 C 7.10), 23 de maio de 1986 (4 C 34.85), de 5 de agosto de 1983 (4 C 96.79), de 4 de julho de 1980 (4 C 101.77), de 28 de abril de 2004, (4 C 10.03): <http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=280404U4C10.03.0> último acesso em 26 de maio de 2014; de 18 de outubro de 1974 (4 C 77.73), de 13 de março de 1991 (4 C 1.78).

<sup>46</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo de 25 de maio de 1977 (4 C 22.75).

<sup>47</sup> Tribunal Central Administrativo (OVG) de Münster de 27 de outubro de 1982 (A 1198/82, BauR, Colónia, 1983, p. 151).

- Parque de descanso para camionistas numa área habitacional;<sup>48</sup>
- Construção de um mercado que iria aumentar o ruído de trânsito numa área habitacional calma;<sup>49</sup>
- Equipamentos de produção de energia solar com uma altura que supera o dobro das construções existentes.<sup>50</sup>

Em contrapartida, a jurisprudência considerou preenchido o requisito de inserção na envolvente nos seguintes projetos:

- Equipamentos de energia do vento numa área habitacional;<sup>51</sup>
- Jaula de puma em zona habitacional;<sup>52</sup>
- Indústria metalúrgica junto a zona habitacional;<sup>53</sup>
- Campos de ténis em zona habitacional;<sup>54</sup>
- Discoteca em zona principalmente industrial;<sup>55</sup>
- Exceder a intensidade do uso edificatório,<sup>56</sup> ou a área de implantação;<sup>57</sup>
- Residência de requerentes de pedido de asilo em zona habitacional;<sup>58</sup>
- Construção do vizinho que prejudica a vista;<sup>59</sup>
- Estufa que aumenta o ruído em alturas de chuva em zona habitacional;<sup>60</sup>
- Parque de estacionamento de uma loja junto ao pasto de vacas leiteiras de agricultura biológica;<sup>61</sup>
- Parque de estacionamento de uma casa de jogos provocando ruídos para um

<sup>48</sup> Tribunal Central Administrativo (*VGH*) de Mannheim de 29 de setembro de 1982 (3 S71/82) in *Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg*, - Coletânea de jurisprudência do Tribunal Central Administrativo de Hesse e do Tribunal Central Administrativo de Bade-Vurtemberg - ESVG 33, 1982, p. 79.

<sup>49</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 22 de maio de 1987 (4 C 6 e 7.85).

<sup>50</sup> Tribunal Central Administrativo (*VGH*) de Mannheim de 16 de junho de 1998 (8 S 1522/98, *BauR*, Colónia, 1999, p. 173).

<sup>51</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 18 de fevereiro de 1983 (4 C 18.81).

<sup>52</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 5 de março de 1984 (4 B 20.84).

<sup>53</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 4 de junho de 1985 (4 B 202.85).

<sup>54</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 30 de agosto de 1985 (4 C 50.82).

<sup>55</sup> Tribunal Central Administrativo (*VGH*) de Mannheim de 22 de setembro de 1989 (5 S 3086/88), in *NVwZ*, Munique 1990, p. 480.

<sup>56</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 17 de junho de 1993 (4 C 17.91).

<sup>57</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 23 de julho de 1993 (4 B 59.93).

<sup>58</sup> Tribunal Central Administrativo (*VGH*) de Mannheim de 25 de agosto de 1989 (5 S 2110/89), in *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg* (Boletim da Administração de Bade-Vurtemberg) VBIBW, Estugarda, 1990, p. 111.

<sup>59</sup> Tribunal Central Administrativo (*VGH*) de Kassel de 7 de novembro de 1986 (4 OE 68/83, *HVGRspr.* 1987, 63; Tribunal Central Administrativo de Mannheim, de 12 de setembro de 1991, (8 S 1382/91), in *Natur und Recht* (Natureza e Direito) *NuR*, Berlim, 1993, p. 29).

<sup>60</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 22 de agosto de 1999 (4 B 95.124).

<sup>61</sup> Tribunal Central Administrativo (*OVG*) de Luneburgo de 26 de março de 1993 (6 L 197/90), in *BauR*, Colónia, 1993, p. 440, e *NuR*, Berlim, 1993, p. 396.

hotel em zona habitacional;<sup>62</sup>

- Aumento de emissão sonora a partir de mais trânsito causado pela construção de cinemas;<sup>63</sup>
- Empresa unipessoal de manutenção de automóveis sem bate chapa e pintura em zona mista.<sup>64</sup>

Os planos municipais informais, que muitas câmaras elaboram por motivos estratégicos,<sup>65</sup> não vinculam diretamente os particulares e, por isso, não são impeditivos da admissão de projetos nos termos do artigo 34.º CFU.<sup>66</sup> O mesmo se aplica aos planos municipais preparatórios<sup>67</sup> e à determinação de objetivos de ordenamento do território nos termos da norma do artigo 3.º, n.º 1, ponto 2, da Lei Federal do Ordenamento do Território,<sup>68</sup> quando estes contrariem o projeto apresentado segundo o artigo 34.º do CFU.

Caso as características da zona onde se pretenda, nos termos do artigo 34.º do CFU, inserir um projeto, correspondam a uma das tipologias enunciadas no Regulamento de Usos Gerais de Construção,<sup>69</sup> a fundamentação da decisão sobre a admissibilidade do projeto deve basear-se neste regulamento.<sup>70</sup> Por exemplo, uma área sem plano vinculativo e com as características fáticas existentes de uma área de aldeia, no sentido definido no artigo 5.º do Regulamento de Usos Gerais de Construção, terá como parâmetro para o deferimento de projetos este citado artigo 5.º. O desenvolvimento legalmente possível desta área é igual ao desenvolvimento, se existisse um plano.<sup>71</sup>

Os projetos admissíveis nos termos do n.ºs 1 e 2 do artigo 34.º do CFU não podem

<sup>62</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 23 de outubro de 2000 (7 B 71.00).

<sup>63</sup> Tribunal Central Administrativo (OVG) de Berlin, de 17 de março de 1999 (2 S 6.98), in BauR, Colónia, 1999, p. 355.

<sup>64</sup> Tribunal Central Administrativo de Mannheim, de 17 de novembro de 1989 (8 S 1172/88), in Umwelt- und Planungsrecht (Revista para o Direito do Ambiente e do Planeamento) UPR, Munique, 1990, p. 390.

<sup>65</sup> Ver supra: capítulo 2 (Planos locais na Alemanha).

<sup>66</sup> Tribunal Central Administrativo de Berlin, de 14 de março de 2012 (OVG 10 N 34.10) in Juris: <http://openjur.de/u/286236.html> último acesso em 30 de maio de 2014.

<sup>67</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 3 de abril de 1981 (4 C 61.78).

<sup>68</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 11 de fevereiro de 1993 (4 C 15.92); WIEDEMANN, Werner: *Ziele der Raumordnung und Landesplanung als öffentliche Belange im Sinne der §§ 34 und 35 BauGB?*, (Objetivos do ordenamento do território e do planeamento do Estado Federado como interesses públicos no sentido dos artigos 34.º e 35.º do CFU?), in Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, NVwZ (Revista Nova para o Direito Administrativo), Munique, 1984, p. 441.

<sup>69</sup> Ver supra: capítulo 3.

<sup>70</sup> Artigo 34.º, n.º 2, do CFU.

<sup>71</sup> Comparar Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 2 de julho de 1991 (4 B 1.91).

prejudicar as áreas centrais de abastecimento.<sup>72</sup> Trata-se de uma concretização do princípio da manutenção e do desenvolvimento de zonas centrais de abastecimento na proximidade dos consumidores, que foi integrado no corpo do artigo 1.º, n.º 6, ponto 4, do CFU em 2007.<sup>73</sup>

As últimas alterações do artigo 34.º do CFU procuraram privilegiar o desenvolvimento de áreas já edificadas em detrimento da consumpção de solos: a exigência da inserção é mitigada quando se trata de ampliações e renovações de usos comerciais, industriais e habitacionais, tal como de qualquer alteração de uso a favor da habitação, artigo 34.º, n.º 3 a do CFU.<sup>74/75</sup> Sobre estas alterações normativas resta agora aguardar as decisões jurisprudenciais.

O normativo do artigo 34.º CFU reflete a síntese realizada entre a tarefa e a necessidade do planeamento urbanístico: considera-se que o planeamento urbanístico deve preparar e dirigir o uso do solo, se bem que esteja sujeito à discricionariedade do poder local em relação à necessidade deste planeamento.<sup>76</sup> Desta síntese resulta a limitação inerente à garantia do direito de propriedade: a chamada vinculação situacional do artigo 14.º, n.º 1, segunda parte, da Constituição

---

<sup>72</sup> Artigo 34.º, n.º 3, do CFU.

<sup>73</sup> Proposta e fundamentação da lei de alteração do CFU de 2004, *in* Diário do Parlamento Federal 15/2550, p. 55.

<sup>74</sup> Artigo 34.º, n.º 3 a, do CFU: Pode haver, em casos individuais, um afastamento da exigência da inserção nas características da envolvente próxima, segundo o n.º 1, primeira parte, se o afastamento preenche os seguintes pressupostos:

1. Trata-se de um aumento, alteração, alteração de uso ou renovação de uma empresa de comércio ou de ofício/ manejo que tenha sido estabelecido de forma legal, inclusive a alteração de uso para fins habitacionais, ou trata-se de um aumento, alteração ou renovação de equipamentos legalmente construídos e que servem para fins habitacionais,
2. Urbanisticamente defensível, e
3. Em harmonia com os interesses públicos tendo também em conta os interesses dos vizinhos.

A primeira parte deste artigo não se aplica às empresas a retalho, que poderão afetar ou prejudicar as possibilidades de abastecimento próximo dos consumidores das populações, seja no município onde se pretende localizar o projeto, seja num outro município.

<sup>75</sup> Proposta e fundamentação da lei de alteração do CFU de 2013, *in* Diário do Parlamento Federal 17/11468, p. 10, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/114/1711468.pdf> último acesso em 19 de abril de 2014. Não podemos confundir esta admissibilidade de projetos de desenvolvimento de áreas edificadas com os instrumentos de reabilitação sistemática conforme os artigos 136.º a 164.º b, do CFU.

<sup>76</sup> Artigo 1.º, n.º 1, do CFU: O objetivo do planeamento municipal (explicação nossa: aqui abrange o planeamento preparativo, e o vinculativo) é preparar e dirigir o uso do solo, seja em termos de construções, seja referente a outros usos, no município e em conformidade com este Código Federal do Urbanismo.

Artigo 1.º, n.º 3, do CFU: Os municípios devem elaborar planos municipais, quando e na medida em que seja necessário para o desenvolvimento e a ordem urbanística. Não existe nenhum direito à elaboração de planos urbanísticos e de regulamentos urbanísticos; este tipo de direito também não pode ser estabelecido por via contratual.

da República Federal da Alemanha.<sup>77</sup> Esta é concretizada pelas características da envolvente, sempre que o município não estabeleceu nenhum plano vinculativo; por outras palavras, o artigo 34.º do CFU tutela o conteúdo do direito de propriedade, sempre que não haja plano vinculativo.<sup>78</sup> Pois só quando o município o considere necessário, haverá plano vinculativo. Este normativo é diferente do normativo da legislação portuguesa, que determina a obrigatoriedade de elaboração de planos diretores municipais.<sup>79</sup>

## 5. Distinção entre interior e exterior às áreas edificadas

Para definir o quadro legal de uso do solo nas áreas exteriores ao perímetro urbanizado, isto é, às áreas edificadas, o legislador optou por determinações semelhantes àquelas adotadas usualmente nos planos: certos usos são admitidos positivamente.<sup>80</sup>

Para circunscrever as áreas urbanas consolidadas, os municípios podem aprovar regulamentos que delimitem as parcelas pertencentes a estas áreas já edificadas em conjunto nos termos do artigo 34.º do CFU, e as respetivas áreas exteriores, nos termos do artigo 35.º do CFU.<sup>81</sup>

Enquanto este tipo de regulamento tem apenas efeitos declarativos, os municípios têm o poder discricionário de alargar as áreas urbanas consolidadas, consentindo a consumpção de áreas rurais no sentido do artigo 35.º do CFU. Ora, este alargamento concretiza-se por via de dois tipos de regulamentos. O primeiro é o regulamento de desenvolvimento, que tem como objeto parcelas com edificações que não se encontram incluídas em área urbana consolidada, e que o município assim passa a incluir nestas.<sup>82</sup> É pressuposto para a aprovação deste tipo de regulamento que o plano municipal preparatório defina as zonas objeto do regulamento como áreas edificáveis. O segundo tipo de regulamento é o de ampliação do perímetro urbano.<sup>83</sup> Este regulamento tem por objeto os espaços individuais que fazem fronteira com

<sup>77</sup> Artigo 14.º, n.º 1, da Constituição da República Federal da Alemanha: A propriedade e o direito à sucessão são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados pelas leis.

<sup>78</sup> Acórdão do Tribunal Federal Administrativo, de 1 de dezembro de 1972 (4 C 6.71)

<sup>79</sup> Artigo 84.º, n.º 4, do RJGT.

<sup>80</sup> Artigo 35.º, cuja epígrafe é “Edificações nas áreas exteriores” (tradução menos literal: solo rural), no n.º 1: Na área exterior, um projeto apenas é admissível, quando não contrarie interesses públicos, quando se encontra garantida a infraestruturização suficiente e quando: Serve para um empreendimento de agricultura ou de silvicultura e ocupa apenas uma parte subordinada da área do empreendimento, pontos 1 até 8 projetos privilegiados neste tipo de área.

<sup>81</sup> Artigo 34.º, n.º 4, ponto 1, do CFU (*Klarstellungssatzung* – Regulamento de clarificação).

<sup>82</sup> Artigo 34.º, n.º 4, ponto 2, do CFU (*Entwicklungssatzung* – Regulamento de desenvolvimento).

<sup>83</sup> Artigo 34.º, n.º 4, ponto 3, do CFU (*Einbeziehungs- oder Ergänzungssatzung* – Regulamento de inclusão ou de ampliação do perímetro urbano).

uma área urbana consolidada, mas que evidenciam elementos de pertença à área urbana consolidada, ainda sem se integrar nela.

Estes três tipos de regulamentos podem ser cumulados uns com os outros.<sup>84</sup>

Para o regulamento de desenvolvimento e o regulamento de ampliação do perímetro urbano, devem ser respeitadas as exigências de participação pública e de acompanhamento das entidades representativas dos interesses envolvidos, relevantes para as alterações simplificadas dos planos municipais.<sup>85</sup>

Os pressupostos materiais dos dois últimos tipos de regulamentos resultam, por um lado, do poder discricionário do município referente ao conceito de planeamento local estabelecido e, por outro, dos princípios legais do planeamento municipal definidos nos artigos 1.º, n.ºs 3 a 7, e 1.º a do CFU. Tendo em conta que o objeto dos regulamentos é comparável com o instrumento português da reclassificação do solo rural como solo urbano nos termos do artigo 7.º do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, que prescreve os critérios uniformes de classificação e reclassificação do solo, destacamos aqui apenas os princípios do CFU que visam “proteger o solo como recurso natural escasso e não renovável”:<sup>86</sup> “Os planos municipais devem garantir um desenvolvimento urbanístico sustentável, (...) Eles devem contribuir para um meio ambiente humano digno, proteger e desenvolver as condições naturais do ecossistema, promover a proteção do clima... Para isto, deve o desenvolvimento urbanístico realizar-se prioritariamente através de medidas do desenvolvimento de áreas já urbanizadas.”<sup>87</sup>

Estas preocupações de proteção do solo estiveram no centro das últimas alterações do CFU:<sup>88</sup> nas áreas abrangidas por plano municipal vinculativo para os particulares, o planeamento do desenvolvimento dentro do perímetro urbano em detrimento da expansão urbana é privilegiado: com este objetivo, a alteração de planos municipais

<sup>84</sup> Artigo 34.º, n.º 4 *in fine*, do CFU.

<sup>85</sup> Artigo 34.º, n.º 6, do CFU: conforme o artigo 13.º, n.º 2, pontos 2 e 3, do CFU, consiste esta participação no fornecimento dos elementos relevantes sobre o regulamento em elaboração e a oportunidade de formular sugestões.

<sup>86</sup> Artigo 5.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de maio.

<sup>87</sup> Artigo 1.º, n.º 5, do CFU.

<sup>88</sup> Alteração ao CFU de 11 de junho de 2013 (*Innenentwicklungsnovelle* – Alteração legislativa para o desenvolvimento do perímetro já urbanizado), in Diário do Parlamento Federal I, p. 1548; para mais desenvolvimento sobre esta alteração legislativa, ver KRAUTZBERGER, Michael: *BAUGB 2013*, Bona/Berlim, 2013; <http://www.krautzberger.info/files/2013/04/BauGB-Novelle-2013Kompatibilit%C3%A4tsmodus.pdf>, último acesso em 26 de maio de 2014; UECHTRITZ, Michael: *Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts – “BauGB-Novelle 2013”*, in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colónia, 2013, pp. 1354 a 1370.

vinculativos encontra-se sujeito ao procedimento da alteração simplificada.<sup>89</sup>

Deste modo, observamos que o planeamento da expansão urbana através de planos vinculativos se encontra sujeito ao procedimento regular de alteração de planos,<sup>90</sup> enquanto a ampliação do perímetro urbano em zonas sem plano vinculativo se realiza de acordo com o procedimento simplificado.

## 6. Conclusão

Analisámos os aspetos fundamentais da determinação do uso do solo na Alemanha e em Portugal, e pudemos constatar que os municípios alemães gozam de uma maior discricionariedade na aprovação de um planeamento vinculativo. Nos termos dos artigos 34.º e 35.º do CFU, os municípios alemães têm o poder de decidir sobre o uso do solo, mas apenas fundados em fatos urbanísticos existentes, e podem considerar que um planeamento estratégico, na forma de plano municipal preparatório, é o mais adequado e suficiente.<sup>91</sup> Em Portugal, dada a obrigatoriedade da elaboração de planos diretores municipais, predominam os planos vinculativos, ainda que as autarquias gozem de um relevante poder discricionário sobre o grau de detalhe das determinações nos planos municipais.<sup>92</sup> Os municípios portugueses, ainda que obrigados a elaborar planos municipais vinculativos para os particulares, podem, no entanto, estipular categorias, parâmetros e índices sem definição legal, enquanto os planos municipais alemães se encontram sujeitos ao princípio da tipicidade das categorias legais.

Tendo em conta a utilização de recursos humanos, materiais e financeiros, envolvidos na elaboração de planos territoriais, pergunta-se: será que aumentava a insegurança jurídica se o legislador português recorresse a uma técnica legislativa que permitisse determinar o uso do solo apenas com base nos fatos territoriais existentes, mitigando assim o dever de obrigatoriedade da elaboração de planos vinculativos para os particulares?<sup>93</sup> Tendo em conta a morosidade da revisão de

<sup>89</sup> Artigo 13. A, do CFU: Plano municipal (vinculativo para os particulares) de desenvolvimento de zonas já urbanas (comparável com o plano de reabilitação urbana).

<sup>90</sup> Artigo 1.º, n.º 8, do CFU, que corresponde ao procedimento da revisão e inicial elaboração de planos municipais.

<sup>91</sup> Artigo 1.º, n.º 3, do CFU: “Os municípios têm o poder discricionário de elaborar planos municipais preparativos e planos municipais vinculativos para os particulares, quando e no medida em que considerarem necessários para o desenvolvimento e a ordem urbanística. Não existe nenhum direito à elaboração de planos municipais e regulamentos urbanísticos; este direito não pode ser constituído por contrato.”

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula: *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coimbra, 2011, p. 618.

<sup>93</sup> Neste momento, o conceito de utilização dominante, nos termos do artigo 10.º do Decreto Regulamentar n.º 11/2009, de 29 de maio, pode ser considerada a figura mais parecida com os

alguns planos diretores municipais em Portugal<sup>94</sup> e a consequente aplicação de regimes excecionais,<sup>95</sup> questiona-se: se o legislador admitisse a restrição parcial da exigência de planos vinculativos para os particulares, atribuindo à autarquia competente o respetivo poder discricionário tal iria implicar um trágico aumento da intervenção judicial nesta matéria?

### **Bibliografia:**

- BOEDDINGHAUS, Gerhard: *Neues zur Art und zum Mass der baulichen Nutzung*, (Elementos novos sobre o tipo e a intensidade do uso edificatório), in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colónia, 2013, pp. 1601 a 1608.
- COSTA, João Pedro: *A revisão dos planos diretores municipais de primeira geração*, in GONÇALVES, Fernando / BENTO, João Ferreira / PINHEIRO, Zélia Gil: *Os dez anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo*, Encontro Anual da Ad Urbem, Lisboa, 12 de dezembro de 2008, pp. 323 - 329.
- DZIALLAS, Olaf: *Innenbereich und Aussenbereich*, (Zonas interiores e exteriores às áreas edificadas), in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, NZBau*, (Revista Nova para o Direito do Urbanismo e da Adjudicação), Munique, 2006, pp. 308 a 310.
- ERNST, Werner/ ZINKAHN, Willy/ BIELENBERG, Walter/ KRAUTZBERGER, Michael: *Baugesetzbuch Kommentar* (Código Federal do Urbanismo anotado), Vol. I a VI, 113ª edição, Munique, 2014.
- KRAUTZBERGER, Michael: *BAUGB 2013*, Bona/Berlim, 2013:  
<http://www.krautzberger.info/files/2013/04/BauGB-Novelle-2013-Kompatibilit%C3%A4tsmodus.pdf>, último acesso em 26 de maio de 2014.
- MAGALHÃES, Francisca / RAMALHO, Helda Mendes; *As atuais revisões dos planos diretores municipais são uma missão possível? O caso de Vila Nova de Famalicão*, in Conferência da Ad Urbem: O Plano ainda vale a pena?, Coimbra, 22 de novembro de 2013.
- MICHALLIK, Florian: *Mass der baulichen Nutzung – Angebotsplan oder vorhabenbezogener*

---

artigos 34.º e 35.º do CFU, mas este conceito encontra-se omitido na nova Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, Lei n.º 31/2014, de 30 de maio.

<sup>94</sup> MAGALHÃES, Francisca, et. Al.; *As atuais revisões dos planos diretores municipais são uma missão possível? O caso de Vila Nova de Famalicão*, in Conferência da Ad Urbem: O Plano ainda vale a pena? Coimbra, 22 de novembro de 2013.

<sup>95</sup> RODRIGUES, Luís F., *Manual de Crimes Urbanísticos*, Guerra e Paz Editores, Lisboa, 2011, p. 95; COSTA, João Pedro, *A revisão dos planos diretores municipais de primeira geração*, in *Os dez anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo*, Encontro Anual da Ad Urbem, Lisboa, 12 de dezembro de 2008, pp. 323, 328.

- Bebauungsplan bei hoher Nutzungsdichte*, (Intensidade do uso edificatório – plano de oferta em forma de plano municipal vinculativo para os particulares ou plano de execução no caso de uma elevada densidade de uso), in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colonia, 2014, pp. 494 a 499.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula: *A Discricionarietà de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionarietà Administrativa*, Coimbra, 2011
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, in Direção Geral do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Urbano, *Documento Técnico 8/2011*, Lisboa, 2011
- OLIVEIRA, Fernanda Paula: *Urbanismo Comparado: o Paradigma do Modelo Alemão*, in Conferência “Ordenamento do Território e Revisão dos Planos Diretores Municipais”, Figueira da Foz, 8 e 9 de julho de 2003, pp. 1 - 11.
- RODRIGUES, Luís F.: *Manual de Crimes Urbanísticos*, Guerra e Paz Editores, Lisboa, 2011.
- UECHTRITZ, Michael: *Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts – “BauGB-Novelle 2013”*, in *Zeitschrift für Baurecht, BauR*, (Revista para o Direito do Urbanismo), Colónia, 2013, pp. 1354 a 1370.
- WIEDEMANN, Werner: *Ziele der Raumordnung und Landesplanung als öffentliche Belange im Sinne der §§ 34 und 35 BauGB?*, (Objetivos do ordenamento do território e do planeamento do Estado Federado como interesses públicos no sentido dos artigos 34.º e 35.º do CFU?), in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, NVwZ* (Revista Nova para o Direito Administrativo, Munique, 1984, p. 441.



# La moderna dación en pago<sup>1</sup>

MIGUEL L. LACRUZ MANTECÓN \*

## El origen de la figura

Al participar en un reciente congreso (“Vivienda y crisis económica”, celebrado en Zaragoza, días 3 y 4 de abril de 2014) tuve ocasión de estudiar la nueva regulación de la dación introducida por el legislador español en el *Código de buenas prácticas* del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que recoge a este *Código* como anexo, y que luego la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, vuelve a publicar (con algún retoque), apareciendo la dación en pago en el apartado 3, dedicado a las *Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual*.<sup>2</sup>

---

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 287-304.

\* Profesor Titular, Derecho Civil, Facultad de Derecho – Universidad de Zaragoza.

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la cátedra “Zaragoza Vivienda”, *Vivienda y crisis económica*, código 26-481, financiado por la Universidad de Zaragoza y el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, investigador principal M.ª Teresa Alonso Pérez. Recoge partes de la ponencia que, con el título *La dación en pago en la regulación más reciente*, presenté en el Congreso “Vivienda y crisis económica”, celebrado en Zaragoza los días 3 y 4 de abril de 2014, adicionadas con otras derivaciones y nuevos datos.

<sup>2</sup> 3. *Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual.* a) *En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.* - b) *La dación en pago supondrá la cancela-*

Frente a la predicada novedad de esta regulación, encontramos el origen de algo parecido a esta dación ya en el Derecho romano. No exactamente en la cesión de bienes como figura genérica, que encontramos en el Derecho justinianeo, como un sustitutivo del cumplimiento (*Codex*, libro VII, tít. 71, *Qui bonis cedere possunt*, Leyes 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>). Ahora bien, al lado de esta *cessio bonorum* existe, como estudia BLANCH NOUGUÉS,<sup>3</sup> una *datio* con finalidad solutoria y con un origen consuetudinario y aplicación judicial, figura coincidente con nuestra dación en pago, si bien la expresión “*datio in solutum*” no aparece ni en el *Digesto* ni en otros escritos jurisprudenciales, siendo muy limitado el uso de “*datio*” en la jurisprudencia clásica.<sup>4</sup> Esta *datio in solutum* es voluntaria, por lo que necesita para producir el efecto de un pago del consentimiento del acreedor. Pero al lado de ella, señala BLANCH, hay también una llamada *datio in solutum necessaria* en la que la norma prescinde de la voluntad y atiende sólo a la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor arbitrando un procedimiento judicial que sustituye la ejecución e impone al acreedor la aceptación de un determinado *aliud pro alio*: “De este modo, la dación en pago necesaria viene a sustituir por ley a la ejecución de los bienes del deudor en la vía judicial ordinaria y de ahí su carácter singular en el propio Ordenamiento jurídico romano”. El origen de esta figura se encuentra, nos dice el autor, en las Novelas 4, 3 (a. 535) y 120, 6, 2 (a. 544) de Justiniano,<sup>5</sup> aunque también se cita el antecedente

---

***ción total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.*** - c) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien. -d) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que éste pueda prestar en dicha transmisión. - e) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

<sup>3</sup> BLANCH NOUGUÉS, José María, “Acerca de la *datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos”, *RJUAM*, n° 21, 2010-I, pág. 35.

<sup>4</sup> En realidad, dice BLANCH, la expresión “dación”, *datio*, no aparece nunca en las fuentes romanas (SACCOCCIO) sino que en ellas encontramos los términos “*solutio*” o “*solvere*” con el añadido de un calificativo que viene a matizar ese cumplimiento, para indicar con ello que, aunque la prestación sustitutiva extingue la obligación, ciertamente no constituye en sí el cumplimiento exacto de la prestación debida: “*in solutum dare*”, “*aliud pro alio* (consentiente creditore) *solvere*”, “*pro soluto rem dare*”, “*aliud pro alio permutare*”.

<sup>5</sup> El texto de esta Novela 4, 3, en la traducción de GARCÍA DEL CORRAL que reproduce BLANCH, dice: “...Porque si alguno hubiere dado en mutuo dinero, confiando en los bienes del deudor, mas éste no fuera solvente para la restitución del dinero, pero tuviera bienes inmuebles, y el acreedor apremiara reclamando de todos modos dinero, pero a aquél no le fuera fácil tenerlo, ni tuviera bienes muebles, le damos licencia al acreedor, que quiera, para recibir bienes inmuebles en lugar de dinero. Mas si no se presentara ningún comprador de los bienes inmuebles de aquél,

histórico de las medidas adoptadas por Julio César en el año 49 a. C., cuando se introduce el recurso de la cesión de bienes para que el deudor conservase su libertad y evitase caer en poder de su acreedor, siempre que la situación de insolvencia fuere fortuita o debida a una desgracia y no por mala fe, como relata EGUSQUIZA BALMASEDA.<sup>6</sup> Se trata por tanto de un recurso que aparece en épocas de crisis bélica (las guerras civiles, primero entre Mario y Sila, luego César y Pompeyo), pero con las consiguientes repercusiones en la economía y en el cumplimiento de las obligaciones. Como vemos se trata de una vía paralela a la ejecución, cuya finalidad radica en ahorrar costes cuando el deudor tiene bienes, en situaciones de crisis, lo que nos resulta conocido.

Estas ideas pasan a los textos históricos castellanos, así nos dice SÁNCHEZ ROMÁN – el Fuero Real, libro 1, Título X, Ley XV, establece la regla de que si el deudor no puede cumplir la prestación, tendrá que cumplir la obligación entregando otra cosa de valor equivalente: Opina SERRANO CHAMORRO que este texto recoge la dación en pago necesaria del Derecho justinianeo, pues “Esto supone que no va a jugar ningún papel el consentimiento del acreedor a la hora de entregar una cosa por otra. En consecuencia, parece que el texto sólo contempla el supuesto de *datio in solutum* legal, ya presente en el derecho romano”.

Luego las Partidas,<sup>7</sup> Leyes 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tít. 15, Part. V, aceptaron la última fórmula del Derecho romano de admitir la cesión como recurso de los deudores para mantener la libertad de sus personas y no ser reducidos a prisión por insolvencia, como prevenía el Fuero Juzgo. Como vemos es el mismo recurso romano de la entrega de bienes para no verse el deudor, además, encarcelado por deudas. Las Partidas hablan de “desamparar los bienes”, y señala la primera de estas leyes en cuanto a la forma de efectuar este desamparo: *Desamparar puede sus bienes todo hombre que es libre e estuviere en poder de sí mismo o de otro no habiendo de que pagar lo que debe. E débelos desamparar ante el juzgador. E éste desamparamiento puede hacer el deudor por sí*

---

divulgando también con frecuencia el acreedor, que están obligados los bienes del deudor, y atemorizando con esto a los que quieren acudir a la compra, en este caso procuren en esta felicísima ciudad los jueces de nuestra gloriosísima república ...que, hecha escrupulosa estimación de los bienes del deudor, se les dé a los acreedores posesión de inmuebles con arreglo a la cuantía de la deuda con la misma caución con que pueda dar el deudor...”

<sup>6</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Angeles, “Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller coord., Tomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 61: “El primer hito normativo que se cita a esos efectos es la legislación de Julio César, dictada en época de la guerra civil e incorporada a la *Lex Julia de Pecuniis Mutuis* (49 a. C.). Julio César, ante la disminución de la *fides* y el impago de las deudas existentes en ese momento histórico, dispone un procedimiento que permite resolver el problema del cumplimiento de las obligaciones ofreciendo una salida adecuada a los intereses de los deudores y acreedores”.

<sup>7</sup> *Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (El libro del Fuero de las leyes)*, versión de José SÁNCHEZ-ARCILLA, Editorial Reus, Madrid, 2004, pág. 795.

*o por su personero; o por su carta, conociendo las deudas que debe o cuando fuere la sentencia dada contra él e no antes. E si de otra guisa los desamparare no valdría el desamparamiento.* Esto mismo aparece en la Novísima Recopilación, nos dice SÁNCHEZ ROMÁN,<sup>8</sup> donde la cesión de bienes se contempla como medio de eludir la prisión, como en el Derecho romano, y salvo estas referencias no se recoge una regulación específica, aplicándose la de Partidas.

El Código civil no regula la dación en pago, ni la voluntaria ni la necesaria. Es posible la voluntaria, naturalmente, pues concurriendo el acuerdo de las partes en el *aliud pro alio*, ningún obstáculo puede haber en su aceptación. Pero para este resultado bastan las reglas generales y el uso de la autonomía de la voluntad. Explica BLANCH que la razón de la falta de regulación de la dación en pago en nuestro Código civil está en la doctrina francesa clásica (DOMAT, POTHIER), que sustentó una postura diferente a la europea de la época, negando que el *beneficium dationis in solutum* encontrase acogida en el Derecho francés, pues dicha institución resultaba contraria a los postulados del libre comercio al imponer el *aliud pro alio* al acreedor. Por ello no pasó al Código Napoleón ni a la generalidad de los códigos civiles europeos del siglo XIX. Esta influencia francesa explica la poca atención de la doctrina civilista española de los dos siglos pasados hacia esta figura, e igualmente el que tampoco se aluda a la dación en pago necesaria en nuestro Código Civil. Sin una regulación general de la figura en nuestro principal texto civil, cabe sin embargo encontrar daciones en pago reguladas en otras leyes.

Así, en relación a los tributos, se regula en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, una dación en pago de las cuotas tributarias de determinados impuestos, dación que regula con carácter general el artículo 73 de dicha Ley: *El pago de las deudas Tributarias podrá efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente.*

Volviendo a la legislación civil, tenemos también una regulación de la figura en el Derecho foral navarro, en concreto en el Fuero Nuevo de Navarra, cuya Ley 495 regula expresamente la dación en pago convencional: *Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación.* El segundo párrafo va referido a la cesión de bienes o “para pago”. Pero la que nos interesa es la Ley 493.2.2, que regula una *datio in solutum necessaria*, semejante a la del Derecho

<sup>8</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. Tomo cuarto. Derechos de obligaciones...* cit., pág. 272.

romano: *Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida*. Estamos ante una dación necesaria que, como dice EGUSQUIZA BALMASEDA, se podrá emplear para extinguir cualquier obligación de cantidad que pueda considerarse sujeta al Derecho Privado de Navarra, pudiendo aplicarse "...no sólo en la contratación estrictamente civil que se concluya entre particulares, sino también en la de contratación de consumo y la contratación mercantil entre profesionales o empresarios". El excesivo gravamen de que habla el texto foral está claro que alude a una grave alteración de las circunstancias.

Finalmente, también se enlaza con la dación en pago la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH. En realidad, esta hipoteca no es una figura parecida a la dación en pago: es la propia dación en pago tal y como se diseña hoy en el Código de Buenas prácticas. Es decir, la denominación de la dación es la del Derecho histórico, pero el molde sobre el que se construye es el de la hipoteca de responsabilidad limitada del 140 LH, puesto que se permite a los deudores hipotecarios y se quieren unos efectos coincidentes con los de esta hipoteca: limitar, tanto la responsabilidad como la deuda, exclusivamente a los bienes hipotecados, con el consiguiente efecto extintivo de la deuda con la ejecución de la garantía hipotecaria, y que sea por tanto sólo el bien el que responda; naturalmente ello conlleva la consiguiente quita de la deuda si el valor del bien se ha hecho inferior a la cuantía de la deuda.

Como señala este art. 140 LH: *No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes...* Es decir, que esta hipoteca se establece como excepción a la subsistencia de la responsabilidad patrimonial universal que predica el art. 105 LH reiterando el 1911 CC, y además, más que un tipo de hipoteca, consiste en un pacto de eliminación de la responsabilidad de bienes distintos del hipotecado, con la consecuencia de la limitación de la misma.

Es muy interesante el origen del art. 140. Esta hipoteca, o este pacto de limitación de la responsabilidad provienen de la reforma 1944-1946 de la LH, pero su origen está, según ROCA SASTRE,<sup>9</sup> en la ley cubana de 3 de abril de 1933, confirmada y ampliada por el Decreto-ley de 7 de enero de 1936, que adicionó a los arts. 1876 del Código civil y 105 de la Ley Hipotecaria de dicha nación varios preceptos en los cuales se dispuso que "el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase, ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no

<sup>9</sup> ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, tomo VII, octava edición, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 616.

fuesen objeto del contrato de hipoteca", y en consecuencia los Jueces o Tribunales no podían sustanciar procedimiento alguno dirigido contra otros bienes, presentes o futuros, del deudor, para hacer efectivas las obligaciones garantizadas por contratos de hipoteca. Pero además, y esto es particularmente revelador, dichas reformas se introducen en un contexto de crisis en Cuba en la que, en palabras del hipotecarista cubano AGUIRRE (recogidas por ROCA), "...la propiedad inmueble sufrió una desvalorización extraordinaria. Para evitar el cataclismo y ruina de la propiedad deudora, se dictaron varias disposiciones sobre moratoria hipotecaria, que suspendieron el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas con hipoteca y ordenaron el pago de un módico interés. La liquidación de tan oscuro proceso jurídico-económico tuvo lugar en virtud de la llamada moratoria constitucional establecida en la disposición transitoria del título IV de la Constitución de Cuba del año 1940". *Nihil novum sub sole*. Pero todavía más: la crisis de la vivienda se extendió a los alquileres, y ante la insolvencia e incapacidad de pago de muchos arrendatarios, "...a solicitud del llamado Comité Central de la Unión General de Arrendatarios, se promulgó el Decreto N° 2005 del 30 de septiembre de 1933, el cual consiguió una prórroga para los procesos de desahucio y las demandas de desalojo. En diciembre de ese mismo año se fijó la cantidad máxima permisible de procesos de desahucio y demandas de desalojo a 10 por juez y por día. En el año 1939 se congelaron los alquileres y se estableció legalmente un derecho a la vivienda y a la permanencia".<sup>10</sup> En definitiva, las consecuencias de la Gran Depresión, que fueron muy importantes en Cuba.

Cabe un clarísimo paralelismo con nuestra actual crisis económica, con una identidad de soluciones. Podríamos pensar en un cierto equilibrio ecológico, en el sentido de adaptación, y pensar que instituciones como la dación en pago, o la limitación de la responsabilidad, son organismos que prosperan en un clima de crisis económica y se retraen en uno de prosperidad, para permanecer latentes hasta que una nueva crisis les hace renacer.

### **Naturaleza: ¿Qué es la dación en pago?**

Para precisar los contornos de la nueva dación debemos detenernos en la consideración de la naturaleza de la institución, en la cual se opone la tesis de la dación como medio de pago a la que la entiende como negocio o contrato en el que es fundamental el acuerdo de voluntades. La explicación que tiene hoy mayor acogida en la doctrina, nos dice RIVERO, es la de la dación en pago, como negocio atípico. Estaríamos ante un medio de pago o mejor ante un sustitutivo del pago pero que se produce mediante negocio jurídico bilateral, ya que requiere acuerdo entre *acreeedor* y *sol-*

<sup>10</sup> TREFFTZ, Erich, "50 años de la ley de reforma urbana en Cuba. En el aniversario del cambio de paradigma", *Revista INVI*, N°72/Agosto 2011/Volumen 26: 19-62, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-83582011000200002>

*vens*. Sería un negocio atípico, oneroso (con prestaciones a cargo de cada parte) y con causa propia, *causa solvendi*, específica de este negocio que lo diferencia de cualquier otro. Como negocio atípico, con las notas dichas, la consideran la STS de 13 mayo 1983 y la de 27 septiembre 2002,<sup>11</sup> al decir que “...es una forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación ...lo que se conoce en la doctrina actual con el nombre de «subrogado en el cumplimiento», traducción literal de la palabra *Enfüllngssurrogate*”.<sup>12</sup> Y taxativamente afirma: “...la doctrina mayoritaria, frente a quienes consideran la dación en pago como novación, la califica de modalidad o variante del pago”. Más recientemente la STS de 27 diciembre 2012<sup>13</sup> reitera: “la dación en pago, es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar”. De negocio jurídico se pasa automáticamente a hablar de “contrato”, así la DGRN en su Resolución de 28 de enero de 1999,<sup>14</sup> muy claramente: “La dación en pago es un contrato cuya naturaleza es doctrinalmente discutida, por virtud del cual se transmiten al acreedor determinados bienes o derechos distintos de los debidos”.

La naturaleza contractual de este negocio es evidente para MERINO HERNÁNDEZ,<sup>15</sup> que lo califica de contrato nominado y atípico, celebrado entre acreedor y deudor por el que se pacta una prestación distinta de la inicialmente convenida en la primitiva relación obligatoria. En esta conceptualización negocial se desarrollan, nos dice CRISTÓBAL MONTES, las tesis de FERNÁNDEZ NOVOA acerca de la dación, considerando que no es un contrato real, pues se perfecciona en el momento en que acreedor y deudor convienen que la realización de la prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, y la realización de la misma “no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación, sino que supone tan sólo la ejecución o consumación de dicho contrato”. Y añade que se trataría de un contrato atípico pero con cierta tipicidad social, cuya falta de regulación podría cubrirse con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. De “tipicidad práctica y jurisprudencial” habla RIVERO. Sobre si es o no un contrato oneroso, apunta FÍNEZ<sup>16</sup> que esto lo determinará la onerosidad o no de la relación obligatoria preexistente, y que estamos ante un contrato de ejecución que encuentra su causa en la previa obligación.

---

<sup>11</sup> RJ 2002\7877

<sup>12</sup> Esta palabra – remediando sus patentes errores ortográficos – es un término extraño al BGB; se construye a partir de *Erfüllung*, que significa “cumplimiento”, y *Surrogat*, con el sentido de “sustituto” o “sustitutivo”.

<sup>13</sup> RJ 2013\1625

<sup>14</sup> RJ 1999\614

<sup>15</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La dación en pago”, *RDN*, 1975, pág. 81.

<sup>16</sup> FÍNEZ RATÓN, “La dación en pago”, *ADC*, n.º 4 – 1995, pág. 1478.

En realidad, en cuanto concurso de voluntades sobre un cambio, la *datio* es, evidentemente, un contrato, que se rige por la voluntad real o presumible de las partes, pero muy específicamente por las normas de la compraventa y por las reglas generales de las obligaciones y contratos. Esto último es lo que más claramente aprecia actualmente el TS, pues la aproximación a una u otra figura lo que está buscando es encontrar una regulación aplicable, y así podemos verlo en la STS de 30 noviembre de 2000,<sup>17</sup> que afirma que “se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas”.

Esta naturaleza contractual de la dación en pago, su carácter voluntario, hace difícil calificar de tal la figura de dación recogida en el *Código de Buenas prácticas*. Todo lo más cabría extraer su carácter voluntario o acordado del hecho de la voluntariedad de la adhesión de las entidades bancarias a dicho Código, y su compromiso de aplicación.

### **Figuras similares a la dación y modalidades de la misma**

**1. La cesión de bienes.** La cesión, a diferencia de la dación, sí se regula en el Código civil. Aparece como una de las formas de hacer el pago en el artículo 1175 CC: *El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del Título XVII de este Libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Cabe señalar las siguientes diferencias entre ambas figuras:

- La diferencia más importante entre la dación y la *cessio bonorum*, está en que la dación en pago tiene como efecto característico la transmisión inmediata de la propiedad del bien que se entrega a cambio (cuando es un bien), mientras que en la cesión de bienes el deudor lo que transmite a sus acreedores es el poder de gestionar la liquidación de los bienes cedidos para que con el importe de su venta cobren sus respectivos créditos.

-La dación cumple la función de pago, produciendo la extinción inmediata de la obligación preexistente y terminando así la responsabilidad del deudor, mientras que

---

<sup>17</sup> RJ 2000\9319

la cesión de bienes no tiene este efecto inmediato, sólo inicia un proceso que permite llegar a la extinción mediante la realización de los bienes y sólo libera al deudor – al final – por el importe líquido de lo cedido, subsistiendo su responsabilidad por la parte del crédito no cubierta. También por este motivo, cuando el importe líquido de los bienes cedidos alcanza una suma superior al importe de la obligación, el exceso debe ser reintegrado al deudor. La dación en cambio, se caracteriza porque la extinción de la obligación se produce con independencia de la valoración del bien o de si se obtendría una cantidad suficiente para cubrir la deuda mediante la liquidación del bien.

- La cesión de bienes se produce en una situación de insolvencia del deudor, en el caso de la dación ello no es necesario: lo que le falta al deudor no son bienes, sino liquidez, proponiendo por ello la entrega de éstos en lugar de dinero. Produciéndose en la cesión esta situación de insolvencia suele haber una pluralidad de acreedores con los que el deudor celebra el convenio de cesión de bienes. En la dación en pago puede haber un solo acreedor o varios, pero tanto uno como otros son individualmente considerados, en el sentido de que a cada uno se le propone la entrega de bienes concretos en satisfacción de su crédito. Sin embargo SERRANO CHAMORRO<sup>18</sup> opina que puede haber cesión *pro solvendo* aunque no haya insolvencia en el deudor y también aunque los acreedores no sean varios, lo que nos lleva a diferenciar entre una cesión judicial y otra voluntaria o convencional. Ya CASTÁN TOBEÑAS<sup>19</sup> distinguía la “cesión contractual” de la judicial, siendo la contractual la que se realiza por acuerdo de deudor y acreedor o acreedores, con las condiciones y efectos que se estipulen; la judicial es la que se realiza con intervención y aprobación de la autoridad judicial en la forma que las leyes determinan.

**2. La adjudicación en pago del bien hipotecado.** Es esta una posibilidad que se produce al final del procedimiento ejecutivo hipotecario, y también en el extrajudicial. Terminológicamente, LATOUR<sup>20</sup> consideraba que era necesario distinguir la dación en pago de la adjudicación en pago, pues si bien ambas extinguen la obligación, no son sinónimas: Adjudicación en pago es una expresión que ha de reservarse para designar los actos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto de autoridad o funcionario, o por persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico. Dejando aparte los casos de adjudicación en pago de la parte del comunero en las operaciones divisorias, el autor considera como adjudicaciones las que se producen en los procedimientos de apremio, aunque rechaza la expresión “*datio in solutum* forzosa”.

<sup>18</sup> SERRANO CHAMORRO, *Entrega de cosa distinta a la pactada*, Aranzadi, 2006, pág. 91.

<sup>19</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral... cit.*, pág. 442.

<sup>20</sup> LATOUR BROTONS, “Notas sobre la dación en pago”, *RCDI*, 1995, pág. 633.

Trasladando la cuestión al tema de las ejecuciones hipotecarias, es sabido que en el momento de la contratación de la hipoteca se hace constar la valoración de la finca hipotecada; además, el procedimiento de embargo conlleva la tasación del inmueble por peritos y según valor de mercado (639 LEC). Pues bien, en el caso de que el procedimiento ejecutivo no haya generado en la subasta una cantidad, no ya suficiente, sino mínima para hacer frente a la deuda hipotecaria y los costes añadidos, la entidad crediticia dispone de la posibilidad de adjudicarse el bien hipotecado en los supuestos que señalan los arts. 670 y 671 LEC (reformados – por ahora – por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Pues bien, esta adjudicación no es propiamente una cesión, pues quien la pide es el acreedor, y tampoco una dación, por lo anterior y por persistir la responsabilidad del deudor de no haberse obtenido dinero suficiente para extinguir la deuda. En rigor es un acto judicial por el que se consume el trámite de apremio.

De forma paralela, estas adjudicaciones pueden producirse también en el procedimiento de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulado en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, pudiendo el acreedor en el caso de que fracase la subasta, conforme al art. 12 del RDL 6/2012 “...pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por cien del valor de tasación”.

Con las reformas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, R.D.-ley 8/2011, de 1 de julio y Ley 13/2009, de 3 de noviembre, entre otras, el legislador intenta impedir precisamente esto, que el ejecutante se adjudique en pago bienes cuyo valor sobrepase en exceso el montante de la deuda que se ejecuta (aunque la elevación de los porcentajes de licitación unida a la tremenda pérdida de valor de los inmuebles ha provocado la deserción de los concurrentes a las subastas, como advierte JIMÉNEZ PARÍS<sup>21</sup>). Se trata de evitar el perjuicio que se deriva para el deudor de la ejecución posterior sobre otros bienes en reclamación de la parte de deuda no cubierta en virtud de la subsistencia de la misma.

**3. El desamparo del bien hipotecado.** El “desamparo” del bien hipotecado es una posibilidad que aparece en el art. 126 de la LH, al señalar que si en el juicio ejecutivo se persiguen bienes hipotecados que hubiesen pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito asegurada con estos bienes si al vencer el plazo no paga el deudor después de requerido judicialmente o por Notario. Este tercer poseedor tiene también que ser requerido, tras lo cual «...deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes,

<sup>21</sup> JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», *RGLJ*, 2013, número 1, pág. 56.

conforme a lo dispuesto en el artículo 114, **o desamparar los bienes hipotecados**. -Si el tercer poseedor no paga **ni desampara los bienes** será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales a que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor **desampare los bienes hipotecados**, se considerarán éstos en poder del deudor, a fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo».

Recientemente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>22</sup> trata de la figura, caracterizándola no como una renuncia ni abdicativa ni traslativa o un abandono del bien hipotecado, sino que el desamparo sólo deja el bien “en poder del deudor”, como si fuera un administrador y representante forzoso, una suerte de curador, como entiende la doctrina francesa al amparo del art. 2174 del *Code*. El desamparo del art. 126 no implica renuncia a la titularidad del bien hipotecado, “...ni siquiera a su posesión, sino simple cesión de la administración del mismo a los solos efectos ejecutivos”, como opina también la DGRN en antiguas resoluciones, citando el autor las de 27 abril 1921 y de 29 septiembre 1924. Es una figura que, por tanto, no puede confundirse con la dación en pago ni con la cesión de bienes para pago de las deudas, aunque la expresión “desamparo” nos haga suponer que hay una suerte de abandono de bienes.

**4. La adjudicación al acreedor privilegiado en el procedimiento concursal.** Al amparo de la regulación anterior de las insolvencias, así la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, era posible un acuerdo por el cual el deudor cediese parte o la totalidad de los bienes a sus acreedores, un convenio de cesión que una vez aceptado por la Junta de acreedores liberaba al deudor del cumplimiento de sus obligaciones.

La Ley Concursal 22/ 2003 supuso una quiebra de la clásica distinción entre cesión de bienes voluntaria y judicial, como señala YÁÑEZ VIVERO,<sup>23</sup> al eliminar la suspensión de pagos y por tanto los expedientes de quita y espera en los que frecuentemente se acordaban cesiones de bienes, pero sobre todo porque la ley prohibía expresamente en su art. 100.3 la posibilidad de adoptar una cesión de bienes o dación en pago como posible solución del concurso y fuera del procedimiento de éste. Algunos autores mantenían la posibilidad de cesiones o daciones, aprobado en concurso, en el proceso de liquidación.

<sup>22</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El desamparo del bien hipotecado: Una vieja cuestión de honor», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 853.

<sup>23</sup> YÁÑEZ VIVERO, Fátima, “Cesión de bienes”, en *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo I (A – E), Emilio Beltrán y J.A. García-Cruces, directores, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 420 y ss.

Por contra la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, introduce la posibilidad de una suerte de dación - adjudicación en el artículo 155.4 de la misma, relativo al pago de los créditos con privilegio especial: *La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.* Nos dice YÁÑEZ VIVERO (loc. cit.) que lo que el legislador ha querido "...es que la ejecución dé los bienes que garantizan privilegios especiales no dependa del arbitrio del plan de liquidación o de la administración concursal sino que deban contar con el conocimiento y aceptación de los acreedores privilegiados. Su especificidad radica en que no es el deudor quien propone esta solución, sino fundamentalmente el acreedor privilegiado (lo que será lo más habitual) o la administración del concurso. La cesión la decide el juez, lo que aproxima esta figura a la adjudicación; sin embargo, la satisfacción del privilegio especial y consiguiente extinción del crédito nos lleva a la dación en pago, pues se trata de su efecto típico. Sin embargo, si queda un "resto del crédito" entonces estamos ante una dación de efecto parcialmente extintivo, con subsistencia de la responsabilidad sobre otros bienes. Dice ZUNZUNEGUI,<sup>24</sup> a diferencia de lo que ocurre con el deudor empresario, no hay aquí para el deudor consumidor un *fresh start*, no se contempla un mecanismo exoneratorio del pasivo insatisfecho que libere al deudor, como en los ordenamientos de nuestro entorno.

**5. La hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH.** Ya se ha visto que esta hipoteca es el modelo para la dación en pago recogida en el Código de Buenas prácticas. Configurada en el ya citado art. 140 LH como una excepción a la responsabilidad universal del deudor conforme al art. 1911, limita dicha responsabilidad y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, al importe de los bienes hipotecados, sin alcanzar a los demás bienes del patrimonio del deudor.

En este momento hay que hacer notar que esta hipoteca se ha podido pactar perfectamente a lo largo de los últimos años, pues proviene de la redacción de 1946 de la LH, pero en la realidad económica vemos que nadie la pacta, pues disminuye la garantía al eliminar la subsistencia de la responsabilidad del 1911 CC, encareciendo el préstamo. Es lógico, si limitamos la responsabilidad al valor del bien hipotecado, cualquier disminución de dicho valor implicará la de la responsabilidad, y por tanto y si baja dicho valor por debajo del montante de la deuda, ello significa una quita

<sup>24</sup> ZUNZUNEGUI, Fernando, "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *RDBB* núm. 129 / Enero-Marzo 2013, pág. 58.

para el deudor, porque no hay posibilidad de extender luego la responsabilidad por la parte de deuda no cubierta a otros bienes, muebles o inmuebles. En cualquier caso, implica menos garantía, lo que da lugar a mayor riesgo, y por tanto ello determina un mayor precio del dinero.

### **La destrucción de la responsabilidad patrimonial universal: hacia una sociedad irresponsable**

La respuesta de la sociedad española ante todos los problemas suscitados por el estallido de la burbuja inmobiliaria y la crisis económica ha sido exactamente la misma que la de una clase de niños de 6 años cuando se ha roto algo: buscar un culpable. Pasados ya unos años metidos en la crisis, la solución a los problemas de sobrevaloración de los inmuebles y exceso de oferta vendrá de la mano del mercado, o no vendrá, mientras que para el problema del impago de los créditos hipotecarios, se buscan soluciones que eviten el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda subastada, así como evitar la subsistencia de responsabilidad patrimonial sobre otros bienes (singularmente el salario del deudor) por la parte del crédito restante, responsabilidad que empobrezca a este deudor durante años. La dación en pago se quiere ver como una de las soluciones a este tipo de problemas.

Pero como veremos, todo se pone a cargo del “culpable”, que es el Banco, naturalmente,<sup>25</sup> cuando lo realmente importante es determinar quién es el que acabará pagando los costes, como se verá. Implican además las recientes medidas una cierta quiebra del principio de la responsabilidad. Por su parte, CARRASCO PERERA<sup>26</sup> destacaba, en un artículo de opinión, que el rasgo principal de las reformas en tema de ejecución hipotecaria es el apresuramiento y la vulneración de derechos constitucionales: “Es indicativo del grado de podredumbre moral de este país que nadie se haya preguntado qué anclaje constitucional tiene obligar a los bancos propietarios de viviendas adjudicadas a que soporten la posesión precaria, irrestricta y gratuita por dos años de una familia o un tipo que les debe dinero”. Y, en el caso de la dación,

<sup>25</sup> No se recata en decirlo así Gemma VIVES MARTÍNEZ (“Ejecuciones hipotecarias y dación en pago. Revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago”, *Diario La Ley*, Nº 7908, Sección Doctrina, 24 Jul. 2012, Año XXXIII) señalando como conclusiones para una nueva interpretación de la ley en la ejecución hipotecaria: “a) Realidad social del momento en que debe aplicarse la norma (579 y 571 LEC). Por mor del art. 3.1. CC b) Inexcusable ejercicio no abusivo del derecho de suyo que está prohibido el ejercicio antisocial del mismo -sic-... c) La doctrina de los actos propios que, junto a lo anterior, delimita la calificación de la conducta de la entidad financiera... d) Evitar el enriquecimiento injusto por parte del Banco pues la deuda está saldada. Lo contrario implicará, a mi juicio, otorgar una suerte de beneplácito a la conducta del Banco que bajo la apariencia de legalidad exige un importe que no es justo porque no se adeuda”.

<sup>26</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, “La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 854, 5 de diciembre de 2012.