

**PLANEAMENTO URBANÍSTICO MUNICIPAL, FLEXIBILIDADE
E OPORTUNIDADES: UMA PERSPETIVA JURÍDICA**

*MUNICIPAL URBAN PLANNING, FLEXIBILITY AND OPPORTUNITIES:
A LEGAL PERSPECTIVE*

Fernanda Paula Oliveira

Doutora e mestre em Direito. Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

RESUMO

Uma das questões mais prementes que se colocam ao planeamento urbanístico atual é a de saber qual o nível de densidade e de flexibilidade de que podem gozar os planos municipais na regulação da ocupação do território. Questiona-se, assim, se o plano deve regular a ocupação do território até ao mais ínfimo pormenor, cabendo à gestão urbanística a mera aplicação das suas regras às situações concretas, ou se ele deve definir apenas o essencial dessa ocupação, remetendo para a gestão urbanística uma concretização criadora das suas normas, dentro do quadro geral nele definido. A tendência atual tem sido a de privilegiar a flexibilidade em detrimento da rigidez normativa dos “tradicionais” planos urbanísticos, analisando-se, neste texto, os modelos e as técnicas que podem ser utilizados para o efeito.

PALAVRAS-CHAVE: Planeamento territorial, flexibilidade normativa, rigidez normativa, adaptabilidade.

ABSTRACT

One of the most pressing questions facing current urban planning is the level of density and flexibility that municipal plans can have in regulating land occupation. It is therefore questioned whether the plan should regulate the occupation of the territory to the smallest detail, with urban management being the mere application of its rules to concrete situations, or whether it should define only the essential of this occupation, referring to the management a creative embodiment of its norms, within the general framework defined therein. The current trend has been to privilege flexibility in detriment of the normative rigidity of “traditional” urban plans, analyzing, in this text, the models and techniques that can be used for this purpose.

KEYWORDS: Territorial planning, regulatory flexibility, regulatory rigidities, adaptability.

I CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Uma das questões mais prementes que se colocam ao planeamento urbanístico atual é a de saber qual o nível de densidade e de flexibilidade de que podem gozar os instrumentos de planeamento municipal no âmbito da função que lhes cumpre desempenhar na regulação das situações da vida a que se aplicam.¹

No tratamento desta questão deverá ter-se presente o facto de existir uma estrita ligação entre a elaboração e a execução dos planos municipais (por outras palavras, entre planeamento e gestão urbanística), as quais fazem parte de uma mesma realidade iterativa: referimo-nos ao planeamento enquanto processo contínuo que abrange não apenas o momento da sua elaboração, mas também o da respetiva concretização, a qual se apresenta como o fim último do plano, já que este apenas tem razão de ser se for para ser executado.

E não obstante estejam em causa duas realidades — planeamento e gestão — que, pelo menos do ponto de vista lógico e cronológico, se apresentam como distintas e sucessivas, sempre se poderá afirmar que “após o plano o planeamento continua”² ou que se planeamento é gestão, esta também é planeamento já que não lhe cabe (não lhe pode caber) um mero papel de aplicação subsuntiva das determinações do plano, pressupondo antes uma tarefa de adaptação da norma à realidade.

E se o planeamento é pensado com vista à concretização das opções urbanísticas nele definidas/previstas e, deste modo, destinado a suportar a prática da gestão urbanística (isto é, das concretas decisões que tenham de ser tomadas sobre o território e a cidade), torna-se fundamental determinar qual o grau de regulação e condicionamento que ele tem em relação a esta prática, em especial, aferir se é possível aos planos municipais remeter para a gestão urbanística um conjunto de decisões concretizadoras das linhas e dos programas fundamentais neles estabelecidas, as quais apenas poderão ser conformadas em face dos dados da realidade fáctica que a gestão urbanística é chamada a solucionar. É que, apenas se assim for se poderá afirmar que a gestão urbanística se apresenta, ainda, como uma fase integrada no processo complexo de planeamento do território.

¹ Precisamente porque os planos se apresentam como normas jurídicas, os mesmos devem respeitar os princípios da determinabilidade, da clareza e da fiabilidade enquanto princípios ínsitos no princípio da segurança jurídica. Numa das suas vertentes estes princípios apontam para a exigência de uma densidade suficiente na regulamentação normativa, pois um ato normativo que “não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de atuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos” Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, 2003, p 258.

² PORTAS, Nuno, “A execução dos planos diretores municipais – realidades e perspectivas” in *A Execução dos Planos Directores Municipais*, Coimbra, Almedina, pp.84.

Ou seja, e dito de outro modo, a pergunta que se coloca é a de saber se o plano deve regular a ocupação do território e da cidade até ao mais ínfimo pormenor, cabendo à gestão urbanística a mera aplicação das suas regras às situações concretas, ou se ele deve definir apenas o essencial dessa ocupação, remetendo para a gestão urbanística uma concretização criadora das normas dos planos, dentro do quadro geral nele definido.

Na resposta que se venha a dar a esta questão deverá ter-se em consideração não apenas o que referimos — que a gestão urbanística não tem de (nem deve) ser entendida como uma mera tarefa de aplicação subsuntiva das normas dos planos à realidade, numa função de pura “fidelidade ao plano” — como também que o projeto (que está na base da gestão urbanística) não deve ser perspetivado como uma mera repetição do que consta do plano. Pelo contrário, existe hoje uma nova relação entre o projeto urbanístico e o plano, a qual tem como base uma ideia “revalorizadora” daquele, através do reconhecimento de que a sua função não é a da mera reprodução das opções constantes do plano, detendo antes um papel “criador” e “integrador” das suas previsões. Assim se vem defendendo que, para que um projeto urbanístico esteja de acordo com as disposições de um plano e, por isso, não o viole, não é necessário que reproduza estrita e rigorosamente o que nele está previsto, bastando que, no conjunto ou no seu todo, o projeto urbanístico licenciado dê cumprimento às exigências significativas ou expressivas constantes do plano. O projeto não tem, assim, de ser visto como um “ato de mera execução ou de aplicação” do que está previsto no plano, mas antes como um “ato de integração das (suas) previsões”.³

O que significa, ainda, um diferente entendimento das funções que devem ser reservadas aos planos, os quais não têm de se apresentar como instrumentos que tudo preveem e disciplinam, não sendo a sua função reguladora necessariamente posta em causa apenas porque a gestão urbanística é chamada a concretizar ou adaptar as suas normas à realidade concreta através de juízos próprios de oportunidade e de mérito.⁴

Ora é esta necessária relação entre planeamento e gestão urbanística que torna indispensável a questão que aqui nos referimos: a do grau de densidade e de flexibilidade que podem ter as normas dos planos municipais de ordenamento do território. Com efeito, sendo a gestão urbanística, em grande parte, a aplicação dos planos à realidade concreta — a qual se encontra em permanente mudança —, e detendo os planos

³ Cfr. RICHTER, PAOLO STELLA, “Necessità e Possibilità della Pianificazione Urbanistica, in *Presente e Futuro della Pianificazione Urbanistica*, a cura de Francesco Pugliese e Erminio Ferrari, Milão, Giofrè, 1999, p. 90.

⁴ Como afirma Costa Lobo a este propósito, “. . . é indesejável e lamentável que se confunda plano com projecto e bom era que essa confusão não surgisse nos textos legais”. Cfr. LOBO, COSTA, “Noções Fundamentais. Conceitos Técnicos. Habitação e os seus Espaços de Vivência”, in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, p. 19.

natureza prospetiva e de antevisão dessa realidade — que pode rapidamente mudar —, torna-se necessário garantir que o plano não se deixe ultrapassar pelas circunstâncias objetivas da realidade concreta, sob pena de rapidamente se tornar num documento caduco.⁵ E se são os mecanismos de dinâmica (revisão e alteração dos planos) os que se apresentam como adequados para dar resposta a esta questão, também a introdução de uma certa flexibilidade nos instrumentos de planeamento pode servir os mesmos objetivos, quantas vezes de forma mais célere, já que constitui um fenómeno apto a assegurar a perdurabilidade do próprio plano, precavendo uma sua submissão constante aos processos de modificação.

Note-se que esta questão assume particular relevo a propósito dos planos diretores municipais, dada a sua função essencialmente estratégica, mas não deixa de ter igual valia quando estão em causa planos de urbanização e, mesmo, planos de pormenor. Apesar disso, na análise desta questão tomaremos essencialmente como referência os planos diretores municipais, dada a sua especificidade como planos de natureza simultaneamente estratégica e regulamentar, o que nos leva, desde logo a afirmar que os mesmos devem ser suficientemente concretos para tornar claras e explícitas as normas aplicáveis (de forma a que estas tenham um conteúdo expectável por parte dos respetivos destinatários), mas também suficientemente abertos para se adequar e adaptar à realidade que eles captam a uma “escala distante” do território.

Aliás, uma das grandes críticas feitas aos planos diretores municipais de primeira geração em Portugal foi, precisamente, a de estes se terem apresentado como documentos que tudo pretenderam regular e definir, esquecendo o carácter essencialmente estratégico que devem ter, tendo-se tornado, por isso, em instrumentos rígidos e inflexíveis que, ainda que de aplicação mais certa e expectável, nem sempre conduziram à melhor ocupação do território. Ora, se um plano diretor municipal não é um plano de urbanização nem um plano de pormenor, não se pode esperar nem exigir dele um conteúdo tão preciso nem a captação e regulação da realidade urbanística à escala destes instrumentos de planeamento territorial, por esta ser desadequada à sua função precípua.⁶

⁵Para João Miranda “precisamente uma das razões que poderá ter contribuído para a superação da «euforia planificadora» constitui a tomada de consciência da dificuldade em antecipar com exactidão matemática a evolução social ou, pelo menos, a percepção de que o modelo de planeamento gizado se torna desajustado da realidade de uma forma extremamente veloz”. Cfr. Miranda, JOÃO, A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial: a Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 108.

⁶Muitas vezes o grau rígido e pouco flexível das normas constantes dos planos diretores municipais de primeira geração deveu-se ao facto de este ter invadido a esfera própria dos demais níveis de planeamento municipal mais concretos.

Por isso as modernas ciência e técnica de planeamento físico do território têm denotado uma tendência para privilegiar a flexibilidade em detrimento da rigidez normativa dos “tradicionalistas” planos urbanísticos, ditos finalistas ou determinísticos.

A flexibilização das normas dos planos enquanto uma das vertentes da discricionariedade de planeamento é, assim, uma questão atual. Trata-se, como refere Michèle Tranda-Pittion, de resolver “a tensão entre o que deve ser definido hoje para o amanhã (...) e as margens de manobra a gerir para ter em consideração as incertezas...”. A questão é, precisamente, segundo a Autora, “como não definir de forma demasiado precisa a utilização do solo com o risco de bloquear os terrenos para usos que nunca chegarão a ver a luz do dia ou de impedir usos desejáveis, mas também como não definir de forma demasiado precisa, sob pena se localizarem de mal os investimentos públicos...”.

Ou seja, e dito de outro modo, a questão é “como encontrar o equilíbrio pertinente entre o nível de precisão e exaustividade desejável dos documentos de urbanismo ou de ordenamento, por um lado, e as margens de manobra a preservar para o amanhã e/ou para outros autores, por outro lado”.⁷

Sendo este o objeto do presente texto, chamamos a atenção para o facto de que a sua análise será aqui efetuada a partir de duas perspetivas distintas.

A primeira, é a dos possíveis modelos de planeamento municipal e da sua caracterização (ora como um modelo mais dirigista ora como um modelo mais flexível). Não se ignorarão, no que concerne a esta perspetiva de análise, as mais recentes orientações doutrinárias que apontam no sentido de uma maior flexibilização dos instrumentos de planeamento municipal se se pretender que eles desempenhem, de forma cabal, a sua função de ordenamento..

A segunda é a dos poderes que a entidade planificadora detém, no exercício do seu poder de planeamento, de conferir flexibilidade aos planos e das técnicas que pode utilizar para o efeito, técnicas essas que permitem modelar as normas dos planos, tornando-as mais ou menos densas ou regulando a realidade de uma forma diferenciada ou com pressupostos variáveis, de modo a que apenas no momento da sua aplicação se determine a concreta opção de ocupação territorial.

⁷ Cfr. TRANDA-PITTION, MICHÈLE, “La Prise en Compte de l'Incertitude dans la Planification Spatiale: les Attentes des Praticiens et des Usagers” in Les Cahiers du GRIDAUH, Le Contenu des Plans d'Urbanisme et d'Aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest, Colloque International de Genève-Lausanne, N.º 15, 2006, pp. 9 e ss.

Para Jacqueline Morand-Deville a flexibilidade é uma necessidade em nome da racionalidade jurídica que se apoia na realidade das situações, quantas vezes fluidas, indecisas e evolutivas. MORAND DEVILLER, JACQUELINE, “Conclusions” in Les Cahiers du GRIDAUH, Le Contenu des Plans d'Urbanisme et d'Aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest, Colloque International de Genève-Lausanne, cit., pp. 147-148.

2 DOS POSSÍVEIS MODELOS DE PLANEAMENTO: DA DETERMINAÇÃO À FLEXIBILIDADE

O grau de densidade ou de concretização que deve ser conferido às normas dos instrumentos de planeamento municipal, em especial ao plano diretor municipal, tem ocupado a doutrina nacional e estrangeira, sendo certo que no centro da discussão está, no seu essencial, a busca por um modelo de planeamento que se apresente como mais eficaz.

No entender de grande parte desta doutrina, tal eficácia apenas poderá ser cabalmente alcançada se os planos municipais não se apresentarem como instrumentos dirigistas e demasiado reguladores (pretendendo disciplinar detalhadamente e por tempo indeterminado a sua área de abrangência), devendo antes apresentar-se como flexíveis (elásticos e dinâmicos) de modo dar mais atempadamente resposta às situações variáveis da vida. Com efeito, se se tiver em consideração o facto de que a realidade a que os planos se aplicam se encontra em permanente mudança e que os mecanismos da sua dinâmica (revisão, alteração e suspensão) obedecem a exigências e formalidades que os tornam de tramitação morosa— e, por isso, quantas vezes, pouco adequados a dar uma resposta imediata às várias oportunidades que vão surgindo no território e que não foram previamente previstas—, terá de se concluir que a flexibilização pode apresentar-se como um remédio para estes males.

Evitar a rigidificação das normas dos planos e admitir que os mesmos tenham uma regulamentação que permita uma sua vigência contínua e sem especiais problemas de adequação à realidade em constante mudança é, deste modo, o grande objetivo desta pretendida flexibilização.

Os modelos apontados pela doutrina para alcançar estes objetivos é que nem sempre coincidem.⁸ Vejamos os mais expressivos.

2.1 A flexibilização através de um modelo de plano de conteúdo aberto e em constante formação

A resposta, por parte de alguma doutrina, ao problema da necessidade de

⁸Note-se que todas as teses que aqui apontaremos assumem ser o plano um instituto fundamental do direito do urbanismo. A questão que se coloca é, assim, a de saber como o transformar o plano de um documento dirigista e rígido, num documento flexível e dinâmico. Ao contrário destas correntes, posicionam-se outras que procuram modelos alternativos aos planosna regulação do uso do solo, adaptáveis às tendências “liberalizadoras” e “despublicadoras”(desreguladoras ou neoreguladoras) da intervenção no solo. Para uma visão destas tendências e de algumas das suas experiências no direito Norte Americano, em especial a “desplanificação” em Houston, vide PARDO ÁLVAREZ, MARÍA, La Potestad de Planeamiento Urbanístico bajo el Estado, Social, Autonómico u Democrático de Derecho, Madrid, Pons, 2005, pp. 371-419.

conformar os planos de forma a que eles possam dar uma resposta direta à constante modificação da realidade a que se aplicam, passa por adotar um modelo de planeamento flexível que opera através de atuações aproximativas em face de uma realidade urbana imprevisível. O plano apresenta-se, para esta tese, como um instrumento com um conteúdo em evolução permanente, através de um de um processo contínuo de reforma e ajuste constante, feito de tolerâncias mútuas, de moderação e de compromissos entre a administração e os administrados com base num modelo de desenvolvimento que não esteja pré determinado.

Para responder às exigências de flexibilização o plano deve, assim, apresentar-se como um documento aberto e evolutivo, sem prazos de vigência fixos, permitindo a incorporação dos imprevistos e a assimilação de uma margem de imprevisibilidade para exigências novas e mutáveis. O que significa converter o plano num instrumento explorador da capacidade criativa da cidade, fazendo-a evoluir com uma nova ordem, deixando para trás uma cidade pré destinada e pré determinada.

Trata-se de um paradigma de planeamento que pretende ser diferente do paradigma tradicional. Neste, o plano ordena e fixa as condutas a observar; proíbe condutas determinadas e taxadas; autoriza, possibilita e incita a territorialização das atividades; concede faculdades ou poderes a quem se encontre em determinadas circunstâncias e põe à disposição de determinados agentes ou operadores urbanos meios sociais, legais e económicos para que se realizem determinadas atividades urbanas em determinado espaço e tempo. Naquele, o plano tem um conteúdo flexível, adaptativo, evolutivo e, em parte, negociado ou coordenado, surgindo, deste modo, como um plano de negociação permanente.⁹

É também neste sentido que alguma doutrina vem defendendo uma conceção de planeamento territorial baseada num modelo originário do quadro teórico e metodológico da gestão das empresas, que aponta modelos alternativos de lidar com os problemas urbanos, destacando-se as abordagens mais estratégicas e integradoras dos fatores causadores das mudanças. Trata-se de um modelo mais centrado nas decisões; mais contínuo no que respeita à interação com os diversos atores; mais atento ao funcionamento do mercado e seus comportamentos, mantendo abertos cenários possíveis de evolução futura. Um plano que integra a determinação de objetivos, de programas estratégicos, de escolha de ações e a sua realização e controle.¹⁰

⁹ Para mais desenvolvimentos sobre esta conceção vide PORTO REY, ENRIQUE, "Sobre la Flexibilización del Planeamiento Urbanístico: Homenaje al Catedrático José López Zanón en su Jubilación como Director del Departamento de Urbanística y Ordenación del Territorio de la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid", RDUMA, n.º 132, 1993, p. 117-140.

¹⁰ Como alguns autores afirmam "...o planeamento estratégico «previne mais do que corrige». «simula mais do que regula». Cfr. SIMÕES, JOSÉ MANUEL, Planeamento/Ordenamento", in Gestão Urbana. Passado, Presente e Futuro, Lisboa, Parque Expo 98 SA, 2002, p. 140.

O modelo de planeamento municipal que decorre desta posição não encontra eco no ordenamento jurídico português, onde não tem enquadramento legal, apresentando-se como um paradigma distinto do que temos atualmente e que com ele conflitua. Não deve, porém, ser ignorado por conter soluções que, conjugadas com as características dos nossos planos municipais, podem melhorar a performance destes, permitindo uma sua maior adaptabilidade e aproveitamento de oportunidades não pensadas aquando da elaboração do plano.

2.2 O planeamento informal como forma de flexibilização

A flexibilização do planeamento municipal pela adoção de instrumentos de planeamento de carácter informal é uma proposta que encontramos, designadamente, no direito alemão, onde este tipo de planeamento é admitido, pelo menos na praxis, a par dos planos municipais formais.

Estes planos informais são caracterizados por não estarem sujeitos a um procedimento formalizado de elaboração, valendo antes como medidas de administração interna que não são juridicamente vinculativas.¹¹ É nisto, contudo, que está a sua força: ao contrário dos planos formais, que têm uma inflexibilidade, estes podem ser alterados rapidamente e, por isso, responder de forma mais célere aos problemas urbanísticos em constante evolução.

A existência prática deste tipo de planeamento não põe em causa os princípios da exigibilidade e da tipicidade do planeamento municipal: os planos formais (previstos e regulados na lei) têm predominância perante os planos informais. Contudo, estes não devem ser desconsiderados por aqueles, admitindo-se que os planos informais possam excecionalmente produzir efeitos: não têm de ser consagrados nos planos formais, mas devem ser considerados como interesses públicos a ponderar no processo da sua elaboração.

Em Portugal existem alguns instrumentos que podem ser assumidos como planeamento informal. É o caso dos estudos de conjunto e dos estudos urbanísticos, quantas vezes utilizados pelos municípios como instrumentos de apoio à gestão urbanística, naturalmente desprovidos de força vinculativa - com a consequência de as suas opções não poderem servir de fundamento de indeferimento de concretas pretensões urbanísticas -, mas, ainda assim, dotados de uma importante função orientadora e de base à contratualização de operações que interessam simultaneamente aos privados e à administração municipal.

¹¹ Há, no entanto, algumas regras que vigoram para os planos formais que também se aplicam aos planos informais: é o que acontece com as normas relativas à participação preventiva dos particulares.

Como não pode deixar de ser, a sua importância é limitada pelo facto de os mesmos não poderem contrariar as opções de planeamento consagradas nos instrumentos formais de planeamento, mas se atentarmos no facto de a maior parte dos municípios disporem apenas de planos diretores municipais, é deixada a estes instrumentos informais uma ampla margem de conformação do território.

Para além do importante papel orientador da atividade municipal e dos privados, estes instrumentos de planeamento informal, na medida em que podem ter fundamentado um grande número de operações urbanísticas, cuja concretização permitiu um certo modelo de ocupação territorial, não podem os mesmos deixar de ser tidos em consideração no âmbito do procedimento planificador, o que significa que um novo (e formal) instrumento de planeamento que se pretenda instituir para a zona terá de ter presente a regulamentação deles constantes e, caso as suas opções venha a ser preteridas pelo plano formal, terá este de fundamentar devidamente a nova opção por contraposição àquela.

2.3 Da flexibilização dos planos por intermédio da distinção material do conteúdo dos planos

Um outro modelo de planeamento que apela para a flexibilização é o que assenta numa necessária diferenciação do conteúdo material dos planos. Para esta conceção deve diferenciar-se, no que ao conteúdo dos planos diz respeito, por um lado as disposições atinentes às suas linhas fundamentais relativas à conceção e ao desenvolvimento urbanísticos que lhe estão subjacentes e que se pretendem implantar por seu intermédio, isto é, à sua estratégia, a qual nunca poderia ser posta em causa a não ser por intermédio do desencadeamento de procedimentos formais e garantísticos e, por outro lado, as opções concretas de utilização dos solos que admitiriam algum grau de adequação e de mobilidade dispensando, assim, qualquer procedimento formal de modificação, desde que aquelas linhas fundamentais não fossem afetadas.

Esta é uma solução preconizada, por exemplo, no ordenamento jurídico italiano, por autores como Mario Alberto Quaglia que, para este efeito, distingue o conteúdo estrutural do plano do seu conteúdo operativo. Diferenciação que veio, inclusive, a ser assumida em algumas leis regionais.¹²

Para este autor, deve identificar-se, por um lado, uma parte estrutural do Piano Regolatore Generale - que compreende os seus elementos constitutivos invariantes (no qual se insere a estratégia por ele preconizada) - e, por outro lado, uma parte operativa -

¹² QUAGLIA, MARIO ALBERTO, *Planificazione Urbanistica e Perequazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

que corresponde àquela em que o plano efetua as suas escolhas de gestão dentro da estratégia previamente definida. O conteúdo estratégico (estrutural) e o conteúdo operativo (conjuntural) do plano teriam um diferente tratamento, designadamente do ponto de vista da respetiva eficácia jurídica e de dinâmica: o conteúdo estrutural apareceria como estável (a sua alteração ficaria sujeita a um procedimento devidamente formalizado); a parte operativa surgiria como adaptável, podendo ser objeto de mecanismos céleres de ajustamento à realidade.

Existiria, pois, a propósito de cada uma destas partes componentes dos planos, uma diferente rigidez/flexibilidade das suas prescrições.

Ou seja, e dito de outro modo, os planos teriam, por um lado, um conteúdo material referente aos seus elementos estruturais (por isso, apenas alteráveis através de um procedimento formal e mais rígido), os quais se referem, no essencial, à estratégia nele plasmada e que por seu intermédio se pretende prosseguir e, por outro lado, um conteúdo material atinente aos seus elementos operativos, relativos a opções mais conjunturais, que podem ser objecto de alterações mais rápidas, desde que não contendam com os elementos estruturais do plano (por exemplo, a cêrcea dos edifícios, que tanto pode ser de três como de quatro pisos numa determinada área sem que com isso se ponha em causa o modelo territorial que se pretende ver instituído).

Trata-se de uma conceção de planeamento que permite “articular rigidez (no essencial) com flexibilidade (no circunstancial)”.¹³

A legislação Portuguesa não integra esta diferenciação quanto ao conteúdo material dos planos municipais, mas a aceitação de um diferente significado, importância e eficácia das normas de um mesmo plano - com o reconhecimento de que algumas detêm um carácter estrutural, determinando as opções fundamentais para a definição do modelo de ocupação territorial que se pretende instituir e de que outras assumem um carácter mais conjuntural e dinâmico e, por isso, mais maleáveis de molde a adaptar-se à evolução da realidade em constante mudança - pode revelar-se fundamental a vários títulos, designadamente permitindo diferenciar a “importância” das normas do plano e, deste modo, também, as consequências da sua violação (ainda que esta permaneça a mesma: a nulidade), por denotar um diferente grau de gravidade ínsito nessa infração.

Assim, se é certo que o legislador português não diferenciou as consequências da violação do plano em função do tipo de norma planificadora que é contrariada, a verdade é esta diferenciação pode relevar quanto ao tratamento a deferir aos efeitos materiais produzidos por ou ao abrigo daqueles atos nulos - sobretudo, quando esses efeitos materiais se consubstanciam na criação de situações de facto que se estabilizam na vida real dos administrados, o qual, em muitos casos, se limita a confiar na autoridade

¹³ Cfr. CARVALHO, JORGE, “Contributo para uma Revisão pós PDMs, da Legislação Urbanística”, in Execução dos Planos Directores Municipais, APDU, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 87-88.

que normalmente reconhece nos atos da Administração, agindo em conformidade com eles, no ambiente de confiança que a autoridade que o praticou normalmente proporciona. Efetivamente, o diferente grau de gravidade envolvido na violação das normas em causa deve ter consequências a este nível, determinando em regra a demolição das operações desconformes com o plano quando tenham sido violadas normas essenciais deste por se traduzirem em opções estruturantes para o modelo territorial nele constante, e uma solução em regra regularizadora quando as normas violadas tenham sido de natureza operativa ou conjuntural no sentido supra referido.

2.4 Flexibilização pela “abertura” das suas normas

Para uma determinada doutrina a flexibilidade necessária e exigível dos instrumentos de planeamento municipal deve ser alcançada pela introdução nos mesmos de normas com grau de densificação pouco acentuado, quer pela introdução nas mesmas de conceitos indeterminados, quer pela utilização de parâmetros de cariz mais qualitativo do que quantitativo, quer, ainda, pela remissão para critérios a fixar posteriormente. Esta seria a forma de ultrapassar um planeamento finalista e determinista, que apresenta o plano como uma regulamentação exaustiva da realidade urbanística e o apresenta como “o retrato do ponto de chegada segundo uma previsão de tendências a longo prazo”. Para esta posição, a este modelo de planeamento deveria suceder um outro, que dê primazia à “definição de políticas” e à “programação de medidas concretas que possam influenciar essas mesmas tendências”¹⁴ definindo as “regras do jogo” que deverão orientar a transformação realidade urbanística em vez de a regular exaustivamente: um planeamento estratégico e decisional, portanto.

Esta posição foi defendida entre nós, entre outros, por Nuno Portas, para quem os planos terão maior eficiência na regulação do território se as suas normas forem dotadas de maior abertura e menor força regulativa. Tal será atingido dotando estas normas de flexibilidade e adaptabilidade às constantes alterações da vida social, cujo conteúdo possa ser objeto de negociação e de contratualização com os respetivos destinatários. A solução passaria, assim, por conferir aos planos municipais um conteúdo flexível, que deixasse para a fase da gestão urbanística espaços bastante amplos de autonomia e liberdade de decisão.¹⁵ O plano diretor municipal assumiria assim um modelo de plano de regulação variável, o qual se caracterizaria pela conjugação de graus de determinação e indeterminação (graus variados de determinismo) conforme a parcela do território que se estivesse a regular, que conjugaria a fixação de perímetros urbanos firmes, com a

¹⁴ Cf.: Nuno Portas Apud MONTEIRO, CLÁUDIO, A Discricionariedade Administrativa nos Actos de Licenciamento, Policopiado, Universidade de Direito da Universidade de Direito, 1992, p. 13.

¹⁵ Cfr. PORTAS, NUNO, “Os Planos Directores Municipais como Instrumentos de Regulação”, in Sociedade e Território, n.º 22, 1998, pp. 22 e ss.

fixação de áreas de abertura potencial só efetivada quando e se o estrangulamento da oferta ou o interesse das pretensões que se apresentem para a estratégia concelhia o recomendassem.¹⁶ Tratar-se-ia de um “sistema de torneira ou válvula de pressão”¹⁷ que, para além da flexibilização regradada do perímetro urbano, procederia ainda à aplicação de um “critério de ajustamento do grau de rigidez ao grau de convicção admissível”.

Partindo, assim, da “incontornável incerteza que diferencia um plano de um projecto”, o Autor afirma ser preferível optar por uma “regulamentação selectiva e não exaustiva” que potencie o aproveitamento de oportunidades interessantes e, por isso, não se apresente como excessivamente exaustivo, de modo a deixar margem ao que nasce das iniciativas da sociedade, ultrapassando “o planeamento abusivamente controlador” e substituindo-o antes por um “planeamento legitimamente orientador”.¹⁸

Em causa estaria, em última análise, e como o Autor expressamente reconhece, um plano que remete decisões para mais tarde, deixando amplas margens de liberdade para a fase de gestão urbanística, a qual se apresentaria ainda como planeamento, sendo os novos dados tidos em conta e as novas situações avaliadas em conformidade não com o plano em si, mas com a estratégia dele constante.¹⁹

Neste modelo, os planos diretores municipais conjugariam determinismo e indeterminismo, transformando-se em “mecanismos ágeis que evitem estar sempre a ser derogados quando estiver em jogo o interesse do concelho e não se puserem em causa as salvaguardas”.²⁰

Embora também esta posição acentue a importância da flexibilidade no planeamento municipal, mais especificamente ao nível dos planos diretores municipais, uma leitura mais radical destas propostas poderia levar a normas com um conteúdo de tal forma aberto que corresponderiam a autênticos “cheques em branco” à gestão urbanística que, mais do que concretizar as “regras do jogo” plasmadas nos planos municipais, passaria a corresponder à sua própria definição

Torna-se, por isso necessário, a aceitar as posições aqui vertidas de flexibilização dos planos municipais, encontrar o indispensável ponto de equilíbrio entre o adequado grau de concretização e de determinação das normas dos planos (de modo a que não tenhamos apenas uma aparência de planeamento que nada regula e que remete a decisão para o casuísmo do caso concreto) e a flexibilidade suficiente para que não se torne necessário desencadear procedimentos de revisão ou alteração dos planos assim que se verifique uma qualquer alteração dos seus pressupostos (o que corre o risco de acontecer caso as normas do plano pretendam tudo regular e com todos os

¹⁶ PORTAS, Nuno, “Os Planos Directores Municipais como Instrumentos de Regulação”, cit., p. 24

¹⁷ IDEM, p. 26.

¹⁸ IBIDEM, p. 32.

¹⁹ IBIDEM, p. 84

²⁰ IBIDEM, p. 16.

pormenores).

3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DOS PLANOS COMO UMA DIMENSÃO DO PODER (DISCRICIONARIEDADE) DE PLANEAMENTO

3.1 Algumas técnicas admissíveis de flexibilização

i. De tudo quanto foi afirmado no ponto anterior, não restam dúvidas que a flexibilidade dos planos municipais de ordenamento do território (em especial dos planos diretores municipais, mas também dos planos de urbanização e de pormenor) é uma necessidade incontornável para um planeamento que se pretenda eficaz.

Sucedem, porém, que o modelo de planeamento consagrado no nosso ordenamento jurídico ainda é, neste aspeto, um modelo mais tradicional, assente em planos com uma função de ordenação, conferidores de segurança e estabilidade quer às entidades administrativas que vão decidir os pedidos de licenciamento, quer aos privados a quem cabe, em última instância, a sua execução. Trata-se de um tipo de planeamento em que o modelo de aproveitamento do território e de desenvolvimento das cidades é pré-determinado pelas entidades competentes, ainda que com cautelas de igualdade e de participação procedimental dos interessados. Um modelo mais dirigista, portanto.

Tal não significa que não seja possível aos municípios, quando elaboram os seus planos municipais, conferir-lhes (às suas normas) graus de flexibilidade variáveis com vista a dota-las da maleabilidade adequada para, sem necessidade a todo o instante do desencadeamento de procedimentos formais de dinâmica, se adaptarem à evolução das circunstâncias reais sobre que assenta a sua previsão, o que reforça o relevo e a importância da gestão urbanística na conformação do modelo territorial previsto no plano e, deste modo, o entendimento de que a gestão urbanística ainda é planeamento.²¹ Assim, questiona-se, admitindo-se como ponto de partida que a têm, qual o grau de discricionariedade de que dispõem os municípios para integrar nos seus instrumentos de planeamento a desejada flexibilidade que permita uma sua mais imediata adequação à realidade em permanente mudança.

O desafio está em criar normas de planeamento que se posicionem a um meio-termo entre normas que nada determinam –por demasiado genéricas, abstratas e

²¹ A este propósito Nuno Portas opõe-se à visão de que o plano é sério enquanto o pós-plano é suspeito, visto que, na opinião do autor, podem ser ambos igualmente transparentes. Para ele é injustificada a desconfiança que existe em relação à gestão urbanística e que serve muitas vezes serve de argumento para a defesa de planos diretores municipais exaustivos e densos. Para este Autor é de recusar a alegada transparência do procedimento de planeamento em contraste com a alegada falta de transparência da fase da execução do plano; segundo ele, “nem tudo o que está no plano aprovado é igualmente seguro e incontornável”. Cfr. PORTAS, NUNO, “Os Planos Directores Municipais como Instrumentos de Regulação”, cit., pp. 81.

indeterminadas – e normas que tudo predeterminam e regulam.

Vários são os mecanismos postos à disposição dos municípios para conferirem o pretendido grau de flexibilidade aos seus instrumentos de planeamento sem que, contudo, tal signifique qualquer desregulação ou desregulamentação, que “não seria desejável neste ramo de direito, porque poderia pôr em causa a satisfação de algumas das necessidades colectivas a cargo da Administração, nomeadamente a qualidade de vida, a preservação do ambiente e a garantia do direito à habitação”.²²

ii. Um desses mecanismos passa por inscrever, nos planos, normas relativamente abertas (designadamente pela utilização de conceitos indeterminados), remetendo para o momento da gestão urbanística a sua concreta determinação.²³

Esta será uma técnica aconselhável sempre que se pretenda englobar na norma um conjunto de situações que o plano pretende impedir ou estimular, mas sem fechar a porta à integração, no conjunto das situações abrangidas pela sua regulamentação e, por isso, no âmbito da regulamentação material do plano, de outras situações que tenham a mesma lógica de ocupação no território, quer se trate de situações surgidas posteriormente à sua elaboração, quer de situações existentes a essa data, mas não conhecidas pelo ente planeador.

Este tipo de regulamentação faz particular sentido quando estão em causa planos diretores municipais, dada a sua função. Consideramos, assim, ser possível um plano diretor municipal formular exigências genéricas — por exemplo, quanto ao correto enquadramento e inserção urbanística e paisagística das operações urbanísticas, que funcionem como princípio geral —, mas que terão de ser devidamente conformadas, com ampla margem de discricionariedade, no momento da apreciação dos projetos em sede de procedimentos de licenciamento.²⁴ Com efeito, estando em causa um plano que define o modelo de ocupação territorial através das tarefas de classificação e qualificação dos solos (as quais determinam o destino básico dos mesmos e a sua utilização dominante bem como os parâmetros aplicáveis à edificação quando admissíveis), torna-se indispensável que dele decorram exigências, ainda que genéricas, atinentes ao enquadramento e ao relacionamento entre si das várias operações urbanísticas, que não resultam (não podem resultar, dada a sua escala) explicitadas da

²²Cfr. MIRANDA, JOÃO, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial*, cit., p. 131.

²³ Recupera-se aqui um modelo de planeamento como o apontado supra em 2.4. Há, no entanto, um limite a esta abertura e indeterminação das normas de planeamento que é dado pelo princípio da clareza do plano, do qual decorre a necessidade de as normas de planeamento serem claras e compreensíveis. Uma das suas vertentes é a de que estas normas não podem ser desprovidas de sentido a outra é a de que elas não podem ser de tal modo imprecisas e indeterminadas que deles não possa ser extraído um efeito útil. Sobre este princípio cfr. CORREIA, FERNANDO ALVES, *Manual de Direito do Urbanismo*, 4.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 675.

²⁴ Veja-se, por exemplo, o artigo 12.º do Regulamento do Plano Director Municipal da Régua

classificação e qualificação dos solos nele expressas nem das suas peças desenhadas.

Trata-se de reconhecer a incapacidade do plano diretor municipal para regular com mais pormenor esta matéria, que contudo, se apresenta como indispensável ao correto ordenamento do espaço e que, por esse motivo, não pode deixar de ser integrada no plano, ainda que regulada através de princípios gerais ou orientações genéricas a ter em consideração na apreciação dos projetos no momento da gestão urbanística. De outra forma não teria o município, quando confrontado com um concreto projeto que cumprisse todos os parâmetros constantes do plano, mas desenquadrado do ponto de vista urbanístico ou paisagístico, como o indeferir.

iii. Por vezes a flexibilidade das normas de planeamento decorre da aposição, às mesmas, de cláusulas acessórias. Para Alves Correia esta possibilidade de apor, ou não, ao plano, cláusulas acessórias (condições, termos, modos ou outras) corresponde a uma das formas de exercício da discricionariedade de planeamento a qual, por sua vez, torna as normas em que as referidas cláusulas são apenas, mais flexíveis e maleáveis.

Esta possibilidade e a sua concretização, permitem ao município desenhar os termos da sua aplicação (quomodo da decisão) e, desta forma, flexibilizar o seu conteúdo ao permitir que as mesmas variem em função das circunstâncias concretas existentes no

aprovado pela Assembleia Municipal em 7 de Maio de 2009 e publicado no Diário da República, 2.ª Série, N.º 105, de 1 de Junho de 2009 (Aviso n.º 10347/2009). Determina este artigo, com a epígrafe inserção urbanística e paisagística que "1 - Não são permitidas operações urbanísticas que: a) Prejudiquem as características dominantes da área em que se integram; b) Possam causar prejuízo a valores ambientais ou a enquadramentos arquitectónicos, urbanísticos ou paisagísticos relevantes. 2 - Com vista a garantir uma correcta inserção urbanística e paisagística, o município pode impor condicionamentos de ordem arquitectónica à implantação, cénica, alinhamento ou volumetria das edificações localizadas em áreas não disciplinadas por planos de urbanização ou de pormenor ou por operações de loteamento. 3 - Do teor das licenças, autorizações, aprovações ou pareceres favoráveis a emitir pelo município pode constar a imposição, para o seu titular, de adoptar e executar medidas de salvaguarda destinadas a garantir: a) A integração visual e paisagística dos empreendimentos, instalações ou actividades em causa, nomeadamente através da criação de cortinas arbóreas e arbustivas dentro do perímetro das parcelas que lhe sejam adstritas, ao longo das suas extremas; b) O controlo dos efluentes e de quaisquer outros efeitos nocivos nas condições ambientais; c) A segurança de pessoas e bens, quer no interior das áreas adstritas ao empreendimento ou actividade, quer nas áreas da envolvente exterior com que a actividade possa interferir; d) A não perturbação ou agravamento das condições de tráfego e a segurança da circulação nas vias públicas de acesso aos empreendimentos ou actividades ou situadas nas suas proximidades; e) A limitação ou compensação de impactes sobre as infra-estruturas."

Normas deste tipo podem ainda ser justificadas quando esteja em causa um plano de urbanização mas serão já inadmissíveis quando se trate de um plano de pormenor.



momento da sua aplicação.

Ou seja, e dito de outro modo, por esta via permite-se que o próprio plano defina as condições da respetiva aplicação, o que torna possível que uma determinada norma preveja a sua aplicação apenas se ocorrer um determinado facto [por exemplo, prevendo, para uma determinada área residencial, que o índice de construção possa ser diferente se os proprietários se associarem para a promoção das operações urbanísticas, ou admitindo índices distintos consoante a edificação ocorra em áreas abrangidas ou não por operações de loteamento].

Também desta faculdade resulta a possibilidade de o plano determinar que a regra aplicável seja uma, estando verificadas determinadas circunstâncias, e outra se as circunstâncias forem diferentes. Assim, pode o plano identificar como uso dominante o existente no momento da elaboração do plano (v.g. área de equipamento existente ou área afeta a infraestruturas ou instalações especiais), mas definindo logo o uso

²⁵ É o caso do disposto no artigo 89.º do Plano Director Municipal de Gaia, que prevê para as áreas de equipamentos: "1 - Nestas áreas o uso dominante é o correspondente aos equipamentos instalados ou a instalar, admitindo-se a coexistência de outros usos quando associados funcionalmente aos equipamentos ou quando constituam actividades complementares dos mesmos. 2- Os usos específicos a que estejam afectos os equipamentos existentes podem ser alterados pelo município, desde que seja mantida a finalidade genérica de ocupação com equipamentos. 3 - Exceptua-se ao disposto no número anterior as situações de deslocalização ou da desactivação da totalidade de um equipamento por motivos devidamente justificados, admitindo-se a transformação da área de Equipamentos Gerais Existentes a ele afecta para os usos correspondentes à categoria de uso com que confronte em maior extensão, desde que se mantenha dentro da mesma classe de solo."

No mesmo sentido apontava o artigo 96.º do Regulamento deste plano, na versão sujeita a discussão pública (consultado em <http://www.gaiurb.pt/revisaopdm.htm>, última vez consultado em Dezembro de 2009): "quando se verificar a desactivação ou deslocalização definitiva de infraestruturas ou instalações especiais é admitida a transformação para os usos correspondentes à categoria de uso com que confronte em maior extensão, desde que se mantenha dentro da mesma classe de solo". Tratava-se de uma norma cuja estatuição podia variar consoante as circunstâncias, sendo que quando estivessem verificados determinados pressupostos (a existência de infraestruturas ou da instalação específica), as regras a aplicar seriam umas, devidamente identificadas no plano, e quando estivessem verificados outros pressupostos fácticos precisos (desativação daquelas infraestruturas ou instalações), as regras seriam outras (a da categoria de uso que com essa área confronte em maior extensão, desde que dentro da mesma classe de solo). O preceito acabou por não constar da versão do plano objeto de aprovação por parte da Assembleia Municipal por a comissão de coordenação e desenvolvimento regional do Norte ter "duvidado da sua legalidade" aquando da emissão dos respetivos pareceres no procedimento de elaboração deste plano. Os argumentos para o efeito foram de que estaria em causa uma alteração do plano sem que se cumprissem as regras procedimentais atinentes a estes procedimentos. Ora, ao contrário do que se afirmava, em causa não estava uma alteração ao plano, mas uma regra do próprio plano que definia, de forma relativamente indeterminada, as condições da respetiva aplicação.

dominante para a área caso ocorra a sua desativação ou deslocalização.²⁵

Trata-se de normas com um conteúdo alternativo, na medida em que o plano faz variar as regras mobilizáveis em função das circunstâncias concretas que apenas poderão ser aferidas no momento da gestão urbanística. Concordamos, plenamente, com a integração deste tipo de normas nos instrumentos de planeamento municipal em geral e nos planos diretores municipais em especial.

Os limites que se lhes impõem são apenas os que decorrem da própria natureza dos instrumentos de planeamento. Assim, sendo admissível várias alternativas em termos da ocupação do território em função das circunstâncias concretas, quer estas circunstâncias quer aquelas regras terão de estar determinadas de uma modo preciso, de forma a conferir à norma a previsibilidade que faz parte da sua natureza jurídica.²⁶ Ou seja, fazendo parte da natureza das normas de planeamento a definição das regras aplicáveis a determinada área territorial, estas terão de ser, no mínimo, determináveis, pelo que, admitindo-se o estabelecimento de regras alternativas para estas áreas, o plano deverá definir, de forma clara, as condições em que cada uma delas funcionará.

Para além, de que devem ficar à margem desta maleabilidade as regras essenciais para a concretização da estratégia e do modelo de ocupação territorial que se pretende instituir com o plano. Com efeito, o plano apenas pode assumir uma estratégia e um modelo de ocupação territorial (quanto a estes aspectos não se admitem cenários alternativos), o qual contudo pode ser alcançado ou concretizado de várias formas. É em relação a estas que o plano tanto as pode definir de um modo mais preciso e fixo ou de um modo mais flexível ou maleável e não em relação àqueles (estratégia e modelo territorial).²⁷

Por fim, devem naturalmente estar à margem desta flexibilidade aquelas matérias em relação às quais o município se encontra sujeito a vinculações estritas. Com efeito, aqui, como na restante atuação da Administração apenas é admitida a aposição de cláusulas acessórias e de flexibilização no que concerne a aspetos discricionários da decisão e não já em relação a aspetos vinculados dela.

Também a aposição de um termo²⁸ é admitida, podendo o município estabelecer

²⁶ Consideramos, por isso, que devem ser recusadas aquelas normas que admitem como alternativa “outras regras” sem precisar quais sejam, ou que permitem alternativas de ocupação dos solos diferentes devidamente identificadas sempre que a câmara municipal assim o decida. É, pois, exigido que se verifique quer a máxima determinação das circunstâncias alternativas que justificam uma diferente solução, quer a máxima determinação da solução alternativa.

²⁷ Também a este propósito tem particular relevo a introdução entre nós da distinção, a que nos referimos supra entre normas estratégicas (referente à estratégia e que caracterizam o modelo territorial a instituir com o plano) e normas operativas dos planos municipais de ordenamento do território.

²⁸ Trata-se da cláusula acessórias que faz dependeros efeitos da decisão de um evento futuro e certo, por exemplo, uma data.

determinadas regras que devem vigorar até, ou após, a ocorrência de um determinado facto dado como certo: por exemplo, diferenciando as regras de edificabilidade numa área para a qual o município aprovou a realização de uma determinada via pública, consoante as operações urbanísticas sejam realizadas antes ou depois daquela concretização, ou proibindo qualquer utilização urbanística em terrenos que se encontram afetos a uma determinada utilização (como a exploração de uma pedreira), mas admitindo-a logo que aquela utilização cesse ou, ainda, permitindo que numa área destinada a um determinado uso programado para ser executado a partir de um determinado momento, se admitam até lá, de forma precária, outros usos.

É também nesta lógica que se admite que as normas dos planos possam estabelecer derrogações ou exceções à regulamentação nelas estabelecida.

As primeiras correspondem à fixação de regras distintas das normais, aplicáveis a uma categoria específica de situações; as segundas excluem, simplesmente, certas situações do campo de aplicação da regra, sem que tais situações fiquem submetidas a outras regras. Trata-se de técnicas que funcionam também como formas de garantir flexibilidade às normas dos planos, por, para além de regularem a ocupação, uso e transformação do território, regulam igualmente as condições da sua própria aplicação.

3.2 Exemplos de normas abertas em planos diretores municipais

A importância da flexibilização das normas de planeamento é confirmada pelo frequente recurso, por parte de planos municipais de ordenamento do território, a técnicas flexibilizadoras. Forneceremos aqui apenas dois exemplos ao nível dos planos diretores municipais que ilustrem esta nossa afirmação.

a) O Sistema Multi-Critério da Cidade Porto

O Sistema de Informação Multicritério da Cidade do Porto, previsto no regulamento do Plano Director Municipal desta cidade nos seus artigos 80.º a 83.º (abreviadamente designado por SIM-Porto), aplicável na apreciação dos projetos a realizar em Áreas de Reabilitação Urbana é um sistema de informação e análise de operações urbanísticas que se caracteriza por estabelecer as condições específicas que estas devem observar, tendo como referência as conclusões de uma vistoria integrada. O seu funcionamento permite ponderar o interesse que as operações urbanísticas a realizar na área de reabilitação urbana têm para a cidade segundo um sistema de parâmetros pré-regulamentado, permitindo, ainda, nos termos que referiremos, a execução de um sistema compensatório pelo interesse público da operação urbanística.

Com relevo naquilo que aqui interessa, o SIM-Porto determina condições específicas a que devem obedecer as respetivas operações urbanísticas de reabilitação de prédios pré-existentes (apenas estas), norteadas pelas finalidades da salvaguarda e a valorização do património que constitui elemento essencial da identidade urbana e cultural do Porto; da proteção dos direitos dos residentes, nomeadamente através da

afetação de um rácio mínimo de 10% a habitação a custos controlados, nas unidades mais carenciadas; da qualidade do desempenho funcional do edifício; e do contributo da operação urbanística para a valorização do ambiente urbano do sítio em que se insere.

○ SIM-Porto contém uma matriz do conjunto de todos estes parâmetros, cuja aplicação, para além de uma análise quantificada da realidade física e social sobre a qual se propõe a operação urbanística, obtida através da realização de uma vistoria integrada, determina uma análise quantificada da proposta, podendo esta ser aprovada desde que se atinja um nível percentual de melhoria do prédio urbano sobre o qual recai a operação urbanística e cumpra a listagem de restrições e exigências taxativas resultante da vistoria e dos pareceres das entidades competentes exteriores à câmara municipal, cujo cumprimento é requisito essencial de aprovação.

Ou seja, embora sejam vários os parâmetros a que a apreciação da proposta deva ater-se, o projeto pode ser aprovado mesmo que não sejam todos cumpridos (por exemplo a exigência de cumprimento da área máxima de impermeabilização admitida para a zona), bastando que o sejam apenas alguns deles, desde que a operação, pela aplicação da matriz quantificada, atinja um certo nível percentual que permita afirmar existir uma melhoria do prédio urbano.

Trata-se, de uma flexibilização das normas do plano, na medida em que os parâmetros urbanísticos a cumprir (no caso relacionados com a proteção do património cultural, a proteção dos direitos dos residentes, a qualidade do desempenho funcional do edifício e o contributo da operação para a valorização do ambiente urbano do sítio em que se insere) se apresentam como complementares dos que constam do Plano Director Municipal na apreciação dos projetos, embora sem se exigir que todos eles sejam cumpridos, desde que se possa concluir pela melhoria do prédio urbano por o mesmo cumprir uma determinada percentagem na avaliação daqueles parâmetros que se encontram quantificados.

Esta solução apresenta-se ainda como inovadora na medida em que permite incentivar operações de reabilitação urbana ao prever a atribuição, aos promotores de operações deste tipo, de direitos de construção que podem ser utilizados em operações urbanísticas de edificação nova e em ampliações a realizar em determinadas categorias de espaços. A atribuição deste direito é determinada pela aplicação de uma escala de mensuração do interesse público da operação de reabilitação realizada, que tem em conta o local da intervenção e o grau da melhoria introduzida no prédio urbano objeto da intervenção executada.

Os referidos direitos permitem aumentar em 0,2 a edificabilidade prevista nesta área sendo obtidos com a emissão do alvará de licença ou autorização de utilização, salvo quando a intervenção não requeira tal emissão, caso em que a obtenção e o título dos direitos referidos dependem de vistoria que comprove o bom termo das obras. Tal aumento de edificabilidade corresponde ao reconhecimento de majorações dos índices já que, quem realize operações de reabilitação urbana nos termos referidos, adquire direitos abstratos de construção que pode concretizar em determinadas áreas da

cidade, somando aos índices para aí definidos/permitidos.

b) Os empreendimentos estratégicos enquanto usos especiais do solo

O Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia consagra toda uma secção relativa aos usos especiais: usos que, pela sua própria natureza, não se coadunam com a técnica do zonamento dos usos do solo ou para os quais se revela inconveniente, ou mesmo impossível proceder a uma definição apriorística da sua localização.²⁹

Neste tipo de usos integra o plano um conjunto de situações especiais que englobam: (a) usos cuja localização depende, essencialmente, das características naturais do território e não de uma escolha voluntarista – casos das explorações de recursos geológicos e do aproveitamento de recursos energéticos renováveis; (b) intervenções de carácter localizado ou individualizado exigidas, em maior ou menor grau, por praticamente todos os usos que se distribuem pelo território – casos das dotações infraestruturais e dos postos de abastecimento de combustíveis; e (c) usos que, pelos inconvenientes que podem acarretar, exigem especiais cuidados na escolha das respetivas localizações, que só se pode efetivar através de uma avaliação casuística individualizada – casos do armazenamento de combustíveis e de materiais explosivos ou perigosos e dos depósitos em geral.

Para além destas situações, a versão do Plano Director Municipal sujeita a discussão pública³⁰ integrava ainda, nos usos especiais, os designados empreendimentos estratégicos, que correspondiam a iniciativas, em geral de origem privada, com impacte territorial (mas também económico e social) relevante e que, pela sua natureza e características, se revelassem de flagrante interesse público ou estratégico para o

³⁰A qual não veio a constar da versão final aprovada pela Assembleia Municipal por a CCDRN ter suscitado dúvidas quanto à respectiva ilegalidade.

³¹Os “empreendimentos de carácter estratégico” correspondiam, nos termos do artigo 111.º, a “todos aqueles a que, por deliberação da Assembleia Municipal sob proposta devidamente fundamentada da Câmara Municipal em conformidade com o disposto no artigo seguinte, seja reconhecido interesse público estratégico pelo seu especial impacto na ocupação do território, pela sua importância para o desenvolvimento económico e social do concelho, ou pela sua especial funcionalidade ou expressão plástica ou monumental”, deles sendo dada uma identificação meramente exemplificativa a qual abrangia parques empresariais; parques tecnológicos; empreendimentos turísticos/campos de golfe; empreendimentos de habitação social; polarizações urbanas, como centros direcionais, equipamentos e serviços administrativos de nível superior, bem como complexos de lazer e de recreio.

Com vista a fomentar a reconversão de áreas urbanas cujas ocupações atuais se tornaram obsoletas ou desajustadas, gerando cargas urbanísticas penalizadoras, estendeu-se a estas áreas o âmbito da aplicabilidade da disciplina explanada no texto. Por isso determinava o artigo 114.º que “o disposto na presente secção pode aplicar-se ao solo urbano que se encontre ocupado por actividades, explorações, instalações, edificações ou equipamentos em condições que se tornaram desajustadas ou obsoletas, nomeadamente do ponto de vista social, de tráfego, de segurança ou de salubridade, com vista a fomentar a deslocalização daqueles usos, admitindo-se a reabilitação da área a eles afecta, com manutenção dos usos correspondentes à qualificação do

conselho³¹, mas para as quais se desconheciam, no momento da formalização do Plano, os elementos fundamentais que possibilitassem a sua previsão concreta nas respetivas disposições: as suas características (em termos de natureza, intensidades de ocupação, conformação física), a respetiva localização, o momento em que supostamente iriam surgir; a identidade dos respetivos promotores.

Ou seja, tratava-se de um conjunto de usos relevantes e estratégicos para o município mas cuja incerteza quanto à sua efetiva ocorrência (que era apenas eventual ou desejada) não justificava que se reservassem áreas do território municipal para a sua instalação, já que esta podia nunca vir a ocorrer. Não pretendendo, no entanto, o município, bem pelo contrário, impedir que os mesmos ocorressem, caso surgissem intenções de investimento, remetia-se essa decisão de localização para uma avaliação casuística, em que fossem conjuntamente ponderados o interesse estratégico das iniciativas e os seus impactes territoriais (tanto funcionais como formais/visuais/paisagísticos), os quais conduziram a uma decisão fundamentada da sua aceitabilidade ou recusa.

A disciplina que então se propunha ia, assim, no sentido de a aceitabilidade de cada iniciativa se centrar no resultado da referida ponderação, sem prejuízo, obviamente, do estrito respeito por todos os condicionamentos de ordem legal aplicáveis (desde logo, as servidões administrativas e as restrições de utilidade pública), e de uma avaliação positiva da sua compatibilidade com os usos dominantes do solo com que pudesse interferir. Abria-se, porém, a possibilidade de dispensar o acatamento dos parâmetros “urbanísticos” estabelecidos para o local (índices máximos de edificabilidade ou implantação, cêrceas ou número de pisos máximos, etc.),³² com um limite absoluto, no que respeita à edificabilidade, de 50% à majoração da área bruta de construção máxima que se obteria pela aplicação dos parâmetros “normais” estabelecidos para o local.³³

A solução planificadora aqui referida apresentava-se claramente como uma solução flexível e adaptável às circunstâncias concretas que em cada momento existam,

solo estabelecida no presente plano para o local, ou com a adopção dos usos correspondentes à categoria de espaço com que confronte em maior extensão”.

³² Estes estavam fixados tendo como referência os usos correntes do solo (usos dominante, complementar e compatível de cada categoria de uso do solo) e não estes usos especiais, de ocorrência incerta.

³³ Com efeito, o artigo 113.º permitia que fosse autorizada uma majoração até 50% da área bruta de construção admitida para a área e que fosse dispensado o cumprimento de outros parâmetros estabelecidos para as categorias de uso afetadas desde que não fossem áreas naturais nem áreas verdes de enquadramento “caso a Câmara Municipal reconheça que as configurações funcionais e físicas que dá resultem não são susceptíveis de provocar cargas funcionais incomportáveis para as infra-estruturas públicas, ou de pôr em causa a imagem do território, em termos de integração urbanística e paisagística”

prevendo um regime normal do plano, correspondente aos usos correntes previstos para a respetiva área, e um regime especial, que seria aplicado se ocorressem determinadas circunstâncias (a intenção de realização de um empreendimento/investimento que viesse a ser considerado estratégico).

Não concordamos, por isso, com a alegada ilegalidade desta norma então invocada pela comissão de coordenação e desenvolvimento regional do Norte no âmbito do procedimento de elaboração deste plano diretor municipal com fundamento de que esta consistia numa alteração ao plano feita à margem das regras procedimentais exigidas aos procedimentos de dinâmica.³⁴ Com efeito, e antes de mais, em causa não estava em causa uma alteração ao plano, mas uma norma do plano, ainda que de conteúdo flexível ou aberto. Por outro lado e de forma a compensar aquela abertura ou flexibilidade, o plano formulava um conjunto de exigências, designadamente de carácter procedimental que davam resposta às críticas formuladas por aquela entidade.

Assim, a qualificação de um determinado empreendimento como de carácter estratégico pressupunha uma declaração de interesse público estratégico pela Assembleia Municipal, a qual era tomada sob proposta da câmara municipal. Esta proposta, por sua vez, para além de explicitar as razões que a fundamentavam, deveria ainda conter a avaliação das incidências territoriais do empreendimento em termos funcionais, ambientais, físico-formais e paisagísticos; a verificação e fundamentação da compatibilidade dos usos propostos com os usos dominantes previstos no plano para as categorias de uso onde o empreendimento se pretendia localizar; e a deliberação da câmara municipal determinando a qualificação da iniciativa para efeito de avaliação ambiental estratégica.

Quanto a este último aspeto, caso se concluísse que a concretização do empreendimento estratégico seria suscetível de ter efeitos significativos no ambiente, a viabilização da iniciativa só poderia ocorrer ao abrigo de um procedimento de planeamento formal (ou de alteração do plano diretor municipal de forma a prever expressamente o referido projeto na localização pretendida, ou de elaboração de um plano de urbanização ou de um plano de pormenor que o enquadrasse), no âmbito do qual fosse levado a cabo o subprocedimento de avaliação ambiental estratégico.

Se, pelo contrário, se concluísse pela desnecessidade do desencadeamento de avaliação ambiental estratégica, o projeto poderia, cumpridas todas as restantes exigências, ser aprovado, não sem que antes a proposta da câmara a ser submetida à assembleia municipal para a declaração do interesse estratégico do empreendimento fosse submetida a um procedimento de discussão pública em moldes idênticos aos estabelecidos legalmente para os planos de pormenor, devendo a câmara municipal,

³⁴ Infelizmente, foi esta alegada ilegalidade invocada no parecer final emitido por aquela entidade ao projeto do Plano Director Municipal, que levou a Câmara Municipal a retroceder, retirando a norma do seu projeto já após a conclusão da discussão pública.

após a sua conclusão, ponderar e divulgar os respetivos resultados e, se fosse caso disso, alterar o sentido da sua decisão e/ou reconfigurar o teor da proposta a apresentar à assembleia municipal.³⁵

Tratava-se de uma norma que pretendia evitar que se reservassem solos para empreendimentos que, dado o carácter excecional podiam não ocorrer, mas que, se assim fosse pretendido, tornava o plano apto a integra-las.

Esta norma correspondia, ao fim e ao cabo, a uma solução desterritorializada para determinado tipo de empreendimentos: a sua localização não ficaria pré-determinada no plano, uma vez que eles correspondiam a investimentos estratégicos cuja localização deveria ocorrer nos locais mais adequados para o efeito (o que dependia da existência de uma concreta pretensão). Quando esses locais fossem identificados (no momento do investimento), necessário seria que o plano tivesse a flexibilidade suficiente para admitir naquele local e com parâmetros excecionais, já que os

³⁵ Apontando soluções equivalentes à que havia sido proposta pelo Plano Director Municipal de Vila Nova de Gaia, Nuno Porta afirmava, em relação a projetos relativos a equipamentos pesados, como são as marinas, as grandes unidades hoteleiras, os golfs, e outros desportos de recente promoção mediática, que "se estes empreendimentos não obtiveram a sua viabilidade antes da conclusão dos documentos de planeamento, é praticamente impossível adivinhar a sua localização e momento e, por maioria de razão, a sua dimensão. Quando surgem, ou o planeamento aprovado tem flexibilidade (e regras) para as receber e orientar ou superam sempre a penosa revisão dos planos vigentes (se os houver)." Cfr. PORTAS, Nuno, "Crítica do Urbanismo: o Desenho Urbano em Situações de Costa", in *Sociedade e Território*, n.º 13, Junho de 1991, p. 93. Por sua vez Nuno Portas, Álvaro Domingues e João Cabral defendem, neste mesmo sentido, um sistema pró-ativo de regulação, assente na criação das condições adequadas de articulação entre oportunidades e recursos. Para um ótimo aproveitamento das oportunidades, seria necessário, segundo os autores, uma programação e coordenação adequadas e ainda flexibilidade de processos na tomada de decisões que devem articular os objetivos de competitividade, coesão e sustentabilidade. PORTAS, Nuno; DOMINGUES, Álvaro e CABRAL, João, *Políticas Urbanas – Tendências, Estratégias e Oportunidades*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 206. Só assim seria possível garantir o aproveitamento das oportunidades potencialmente interessantes. E, note-se, que todo o plano, seja ele um plano diretor municipal ou um plano de urbanização, deve ter regras ou mecanismos que permitam aproveitar essas oportunidades sem implicar revisões formais de todo o processo. Para este efeito, Nuno Portas propõe a definição de "gamas tipológicas admissíveis através do regulamento que permita relacionar a forma geral com os tipos de procura e com os valores relativos do solo mais equilibrados e ainda com a capacidade prevista nos traçados, sem obrigar a definir antes dos agentes serem conhecidos, o feito de cada intervenção mas também sem excluir essa definição em casos bem justificados. Cfr. PORTAS, NUNO "Crítica do Urbanismo: o Desenho Urbano em Situações de Costa", cit. p. 94 e "A Execução dos Planos Directores Municipais – Realidades e Perspetivas" cit., p.83.

parâmetros previstos para as situações normais não seriam regra apropriados.

Estamos, nestas, como noutras situações idênticas, perante normas de planeamento que determinam soluções (estatuições) diferentes consoante a previsão normativa (hipótese da norma) que ocorra, logo de normas flexíveis que apenas devem ser recusadas se a previsão da norma não for suficientemente precisa para determinar as circunstâncias da sua aplicação, o que pensamos que não sucedia no caso.³⁶

4 CONCLUSÕES

Como decorre do que afirmámos supra, o grande inconveniente que é apontado à flexibilização das normas dos planos prende-se com a introdução no planeamento de um fator de maior incerteza da sua regulamentação, afetando, por isso, a confiança dos respetivos destinatários. Não há, de facto, como negar que se é certo que a existência de instrumentos de planeamento dotados de normas abertas apresentam importantes vantagens de flexibilidade e adaptabilidade à realidade em constante evolução - evitando a necessidade de lançar mão dos procedimentos formais de dinâmica, em regra caracterizados pela sua morosidade -, não é menos certo que traz consigo óbvios inconvenientes do ponto de vista da segurança e certeza na aplicação do direito. E não deve esquecer-se que a elaboração dos instrumentos do planeamento do território, maxime dos planos municipais, serve precisamente para evitar decisões casuísticas sobre os solos, pelo que devem ser impedidas todas as previsões normativas dos planos que as permitam ou incentivem.

Não consideramos, porém, que a certeza e segurança jurídicas se apresentem no nosso ordenamento jurídico como obstáculos à flexibilização dos planos urbanísticos, a qual serve não só o princípio da eficiência da atividade administrativa, como também o princípio da boa administração. Pelo contrário, tal flexibilidade deve cada vez mais, em face de uma realidade cada vez mais imprevisível e em constante mudança, ser incentivada de forma a que o plano possa estar adequado às oportunidades que vão

³⁶ Esta solução faz lembrar, em certa medida, algumas técnicas utilizadas no ordenamento jurídico norte americano que funcionam, precisamente, como mecanismos de flexibilização dos planos: a técnica do zonamento por standards de atuação e a técnica das zonas flutuantes. Na primeira, especificamente pensada para áreas industriais, a localização de uma certa atividade não depende de categorias pré-fixadas de usos, mas antes da avaliação do impacto da instalação da atividade com base em standards e critérios pré-estabelecidos. Na segunda o conteúdo da zona urbanística é definido, mas opta-se por não fixar concretamente a sua localização física. Em qualquer dos casos, porém, tal como na solução indicada no texto, a flexibilização é acompanhada de uma crescente procedimentalização da atuação da Administração no âmbito da gestão urbanística, designadamente através de reforçadas exigências de participação pública. Sobre estes mecanismos cfr. MIRANDA, JOÃO, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial*, cit., pp. 121-122, em nota.

surgindo, incorporando-as de imediato sem necessidade de prévia alteração.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. Ed. Coimbra, 2003.

CARVALHO, JORGE. Contributo para uma Revisão pós PDMs, da Legislação Urbanística. In: Execução dos Planos Directores Municipais, APDU, Coimbra, Almedina, 1998.

CORREIA, FERNANDO ALVES. Manual de Direito do Urbanismo. 4. ed. Coimbra, Almedina, 2008.

LOBO, COSTA. Noções Fundamentais. Conceitos Técnicos. Habitação e os seus Espaços de Vivência. In: Direito do Urbanismo, INA, 1989.

Miranda, JOÃO. A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial: a Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

MONTEIRO, CLÁUDIO. A Discricionariedade Administrativa nos Actos de Licenciamento. Policopiado, Universidade de Direito da Universidade de Direito, 1992.

MORAND DEVILLER, JACQUELINE. Conclusions. In: Les Cahiers du GRIDAUH, Le Contenu des Plans d'Urbanisme et d'Aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest, Colloque International de Genève-Lausanne.

PARDO ÁLVAREZ, MARÍA. La Potestad de Planeamiento Urbanístico bajo el Estado, Social, Autonómico u Democrático de Derecho. Madrid, Pons, 2005.

PORTAS, NUNO. A execução dos planos directores municipais – realidades e perspectivas. In: A Execução dos Planos Directores Municipais. Coimbra, Almedina.

PORTAS, NUNO. Os Planos Directores Municipais como Instrumentos de Regulação. In: Sociedade e Território, n.º 22, 1998.

PORTAS, NUNO; DOMINGUES, Álvaro e CABRAL, João. Políticas Urbanas – Tendências, Estratégias e Oportunidades. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PORTO REY, ENRIQUE. Sobre la Flexibilización del Planeamiento Urbanístico: Homenaje al Catedrático José López Zanón en su Jubilación como Director del Departamento de Urbanística y Ordenación del Territorio de la Escuela Técnica

Superior de Arquitectura de Madrid. RDUMA, n. 132, 1993.

QUAGLIA, MARIO ALBERTO. Pianificazione Urbanistica e Perequazione. G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

RICHTER PAOLO STELLA. Necessità e Possibilità della Pianificazione Urbanistica. In: Presente e Futuro della Pianificazione Urbanistica, a cura de Franscesco Pugliese e Erminio Ferrari, Milão, Giofré, 1999.

SIMÕES, JOSÉ MANUEL. Planeamento/Ordenamento. In: Gestão Urbana. Passado, Presente e Futuro, Lisboa, Parque Expo 98 SA, 2002.

TRANDA-PITTION, MICHÉLe. La Prise en Compte de l'Incertitude dans la Planification Spatiale: les Attentes des Praticiens et des Usagers. In : Les Cahiers du GRIDAUH, Le Contenu des Plans d'Urbanisme et d'Aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest, Colloque International de Genève-Lausanne, N.º 15, 2006.

Recebido em: 30/08/2018

Aprovado em: 19/09/2018