

Sua Excelência
O Presidente da Câmara Municipal
de Lisboa
Praça do Município
1749-099 LISBOA

- por protocolo -

Lisboa, 14 de dezembro de 2016

Sua referência
OF/388/GVMS/15

Sua comunicação
08-07-2015

Nossa referência
S-PdJ/2016/18020
Q/2308/2013

Recomendação n.º 5/A/2016

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

Assunto: Plano Diretor Municipal. Cláusulas de dispensa de parâmetros urbanísticos. Interpretação. Estacionamento

Nos termos e para os efeitos do disposto da alínea a), do n.º 1, do artigo 20.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, na redação dada pela Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro, e em face da motivação seguidamente apresentada, recomendo à Câmara Municipal de Lisboa, presidida por Vossa Excelência, que:

- Sejam dadas orientações aos serviços municipais para que adotem o entendimento de que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 75.º e do anexo X do Regulamento do Plano Diretor Municipal (PDM) de Lisboa, não é ao reque-



rente do licenciamento que compete determinar a dotação de lugares de estacionamento a afetar a cada operação urbanística, antes cabendo à Câmara Municipal, enquanto entidade licenciadora, determinar aquele número, em função dos limites definidos no anexo X e dos critérios definidos naquela disposição regulamentar, a saber, a proximidade à rede de transporte coletivo de 1.º nível e a disponibilidade de espaço público para estacionamento;

- Seja desencadeado o procedimento tendente a expurgar ou a alterar os segmentos das normas regulamentares contidas no n.º 2, alínea b), do artigo 18.º; no n.º 2 do artigo 53.º; no n.º 3 do artigo 57.º; e no n.º 6 do artigo 66.º, todos do PDM, por violarem o disposto na alínea g), do n.º 1, do artigo 3.º, nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 8.º e artigo 49.º da Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo e o disposto¹, nos artigos 6.º, 88.º e alínea k), do n.º 1, do artigo 96.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial² e, supervenientemente, o n.º 2 do artigo 142.º do Código de Procedimento Administrativo, na medida em que afastam a aplicação dos índices, parâmetros e indicadores de referência às operações urbanísticas na zona ribeirinha que sejam declaradas de excepcional importância para a cidade sem, contudo, fixarem outra regra quanto aos outros índices, parâmetros e indicadores.

Queira atender às motivações que se apresentam, no termo da apreciação das questões controvertidas, a qual compreendeu, como não poderia deixar de ser, as explicações prestadas pelos serviços da Câmara Municipal presidida por Vossa Excelência, em observância do princípio do contraditório (artigo 34.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, na redação dada pela Lei n.º 17/2013, de 18 de fevereiro).

¹ Aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. À data da revisão do PDM vigorava o Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, que dispunha, de igual modo, na alínea j), do n.º 1 do artigo 85.º que: «O plano director municipal define um modelo de organização municipal do território nomeadamente estabelecendo: (...) A especificação qualitativa e quantitativa dos índices, indicadores e parâmetros de referência, urbanísticos ou de ordenamento, a estabelecer em plano de urbanização e plano de pormenor, bem como os de natureza supletiva aplicáveis na ausência destes».

§ 1.º *A queixa*

Foi-me apresentada uma queixa em que se contestava o licenciamento do anteriormente denominado Centro de Artes da Fundação EDP, agora denominado MAAT-Museu de Arte, Arquitetura e Tecnologia, afirmando-se que o projeto foi classificado de excecional importância municipal para a cidade sem que o PDM permitisse tal expediente.

Concluí pela improcedência da queixa quanto a este aspeto concreto. Todavia, porque a minha intervenção não está limitada ao pedido formulado pelos queixosos, foi efetuada uma análise mais extensa do projeto, abrangendo ainda o teor e a interpretação das normas regulamentares do PDM aplicáveis, o que motivou uma circunstanciada troca de informações com os serviços municipais e as demais entidades envolvidas no procedimento, a saber, a APL-Administração do Porto de Lisboa, S.A., a Agência Portuguesa do Ambiente, a Secretaria de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza e as Soluções Integradas de Registo.

§ 2.º *A questão do estacionamento*

O n.º 3 do artigo 75.º do PDM determina que:

«Os valores mínimos e máximos dos parâmetros de dimensionamento de estacionamento no interior da parcela ou lote, para cada zona de estacionamento identificadas na Planta de acessibilidades e transportes, em função da proximidade à rede de transporte coletivo de 1.º nível e da disponibilidade de espaço público para estacionamento, são os constantes do Anexo X ao presente Regulamento, do qual faz parte integrante.»

Determina-se, assim, a observância de um limite mínimo e máximo de dotação de estacionamento e faz-se depender a definição do número exato de lugares, em cada caso concreto, da proximidade à rede de transporte coletivo de 1.º nível e à disponibilidade de espaço público para estacionamento.

O Vereador com o Pelouro do Urbanismo transmitiu-me que:

«face ao consagrado no artigo 75.º, que apenas exige que o projeto garanta o valor mínimo e não exceda o valor máximo de estacionamento, não pode esta Câmara Municipal impor que o projeto cumpra o parâmetro de estacionamento pelo máximo admitido para o local como condição de deferimento do pedido de licenciamento formulado, sob pena de violação do artigo atrás referido».

Pelo que se conclui, então, que «a Câmara Municipal não pode impor a um particular cujo projeto já cumpre os parâmetros mínimos fixados pelo PDM que os cumpra pelo máximo».³

Não subscrevo este entendimento, desde logo porque esse não é o sentido da norma regulamentar acima citada: perante a existência de limites mínimos e máximos relativos à dotação de estacionamento, é à Câmara Municipal que compete, enquanto entidade licenciadora — no âmbito dos respetivos poderes de apreciação discricionária e considerando os elementos objetivos a que já aludi — decidir e impor o número de lugares adequado para cada projeto. De outro modo, a atuação da Câmara Municipal de Lisboa configuraria caso de renúncia ao exercício de competência que lhe é atribuída em ordem ao correto ordenamento da cidade.

A apreciação dos critérios fixados no n.º 3 do artigo 75.º cabe, em *ultima ratio*, ao órgão licenciador, não podendo ficar à disposição dos interesses do requerente do licenciamento do projeto.

De todo o modo, não pode a Câmara Municipal subjugar-se estritamente ao que é pedido pelo requerente, abstendo-se de aferir e ponderar o prejuízo para a cidade em uma matéria tão crucial como é o estacionamento, público ou privado. Naturalmente, os requerentes do licenciamento deste tipo de projetos, nos quais o número de lugares de estacionamento não releva para a valorização do prédio no mercado imobiliário, optarão por aproveitar para outros fins as áreas que poderiam ser afetadas ao limite máximo de lugares previstos no PDM e preferirão, em regra, cumprir apenas o limite mínimo de lugares de estacionamento previsto no PDM. Cabe ao município ajuizar, em cada caso concreto, se esse valor mínimo é adequado a satisfazer as necessidades do local e do projeto.

Por exemplo, verifico que no projeto do MAAT foram admitidos apenas 34 lugares de estacionamento de uso privativo para 6.392m² de área de construção de uso cultural para mais de 250.000 visitantes previstos, sendo que o PDM prevê a possibilidade de se impor 64 lugares (n.º 3 do artigo 75.º e anexo X).

³ A coberto do ofício n.º 388/GVMS/15, de 8 de julho de 2015.

Os 34 lugares previstos (dos quais pelo menos três serão, e bem, reservados para cidadãos com deficiência) mostrar-se-ão insuficientes, por certo, mesmo para o restrito universo dos trabalhadores do MAAT. Antecipo, pois, que não restarão nenhuns para uso dos utentes e interrogo-me quanto à previsão de lugares de estacionamento adstritos a grávidas, acompanhantes de crianças de colo ou idosos, o que, em face da escassez de estacionamento na zona, se impunha, mesmo não sendo legalmente obrigatório.

O Vereador do Pelouro reconheceu o problema do estacionamento, prevendo uma passagem superior à linha ferroviária para aceder a um parque de estacionamento — longínquo — junto à Avenida da Índia (o qual tem uma lotação que parece, de antemão, de pouco servir, dada a procura intensa). Em momento ulterior, foi este órgão do Estado informado da possibilidade de criação de um parque de estacionamento na Rua Alexandre Sá Pinto, a cerca de 2km do MAAT (solução ainda incerta, que será equacionada apenas no âmbito do Plano de Pormenor da Calçada da Ajuda).

Reconhecerá Vossa Excelência que, na zona em apreço, o estacionamento é cada vez mais procurado, designadamente por milhares de turistas, estudantes e docentes da Universidade Lusíada, funcionários e utentes do Hospital Egas Moniz, assim como por utentes dos equipamentos públicos ali situados. E o problema não é, sequer, de agora: já no Documento Estratégico Frente Tejo (2008), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 78/2008, de 15 de maio, era proposta a realização de ações tendentes a resolver os problemas de estacionamento e de mobilidade na zona Ajuda/Belém, gerados pelos novos polos culturais a instalar.

Observo ainda que o local não é servido diretamente por transportes coletivos urbanos, ficando apenas próximo da estação ferroviária de Belém e da estação fluvial com ligação à Trafaria e a Porto Brandão.

Importaria, por isso, que a escassez de estacionamento na zona fosse suprida, em face do aumento, na zona, de equipamentos dirigidos a um elevado número de utentes e visitantes.

Por outro lado, não posso deixar de fazer notar que me parece indesejável, do ponto de vista do ordenamento do território, que o PDM autorize um tão escasso número de lugares de estacionamento privativos em semelhantes equipamentos, nem sequer exigindo, ao contrário do que sucede com as construções destinadas a habitação e comércio, a previsão de qualquer lugar de estacionamento público nas imediações.

§ 3.º *As cláusulas de dispensa de parâmetros urbanísticos no PDM de Lisboa*

Toda a zona ribeirinha da cidade de Lisboa encontra-se sob limitações e restrições qualificadas, seja por razões paisagísticas, seja por razões de segurança marítima ou urbanística (cf. artigos 17.º, 18.º, 33.º, 53.º, 56.º, 57.º e 66.º, todos do PDM). No entanto, algumas das disposições regulamentares deste instrumento de gestão territorial permitem que o executivo municipal derogue singularmente, nesta zona, muitos dos parâmetros urbanísticos, bastando que a Câmara Municipal reconheça a excecional importância para a cidade e a insusceptibilidade de satisfazer as prescrições do plano.

Este expediente indicia ilegalidade das normas do PDM, em face do disposto na Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo e no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, porquanto tem como resultado a alteração, por mero ato administrativo, do ali disposto. Demoro-me um pouco mais na análise das normas:

a. Os novos edifícios e as obras de ampliação, nos arruamentos que formem um ângulo igual ou inferior a 45º com a margem do rio, «têm que respeitar os enfiamentos visuais preexistentes a manter e não podem constituir frentes contínuas de dimensão superior a 50 metros, salvo intervenções urbanísticas cujo programa não seja compatível com estas exigências, se a Câmara Municipal considerar que revestem excecional importância para a cidade», devendo, neste caso, ser promovido debate público (cfr. alínea b), do n.º 2, do artigo 18.º, sob a epígrafe “subsistema da frente ribeirinha”);

b. Admite-se a construção de novos edifícios, no âmbito de ações de reorganização daqueles espaços, por substituição dos edifícios preexistentes, «desde que não se verifique um aumento da área total de construção, os novos edifícios tenham uma altura de fachada máxima de dois pisos e não superior a 10 metros e se situem a menos de uma

faixa que varia entre 25 e 20 metros a contar da margem do leito do rio Tejo, em função do enquadramento urbanístico e paisagístico local, para garantia do acesso e fruição da margem ribeirinha, salvo casos excepcionais» cujo programa não seja compatível com esta exigência, «se a Câmara Municipal considerar que revestem excecional importância para a cidade» e respeitem o sistema de vistas (cfr. n.º 2 do artigo 53.º, sob a epígrafe “espaços ribeirinhos”);

c. Nestes espaços preconiza-se a reutilização dos edifícios existentes, admitindo-se a respetiva substituição quando estes não constituam elementos com interesse urbanístico, arquitetónico ou cultural, tanto individualmente como para o conjunto em que se integram, e o projeto apresentado para a sua substituição «contribua para a evidente valorização arquitetónica, urbanística e ambiental da área e do conjunto edificado em que os edifícios se integram, não preveja ampliação cuja implantação se situe a menos de uma faixa que varia entre 25 e 20 metros a contar da margem do leito do rio Tejo», em função do enquadramento urbanístico e paisagístico local, «para garantia do acesso e fruição da margem ribeirinha, salvo» casos excepcionais cujo programa «não seja compatível com esta exigência, se a Câmara Municipal considerar que revestem excecional importância para a cidade» e respeite o sistema de vistas (cfr. n.º 3 do artigo 57.º, sob a epígrafe “espaços de uso especial ribeirinho”);

d. As novas construções e as obras de ampliação «não podem ocupar uma faixa que varia entre 25 e 20 metros a contar da margem do leito do rio Tejo», em função do enquadramento urbanístico e paisagístico local, para garantia do acesso e fruição da margem ribeirinha, salvo casos excepcionais cujo programa não seja compatível com esta exigência, «se a Câmara Municipal considerar que revestem excecional importância para a cidade» (cfr. n.º 6 do artigo 66.º, sob a epígrafe “espaços de uso especial ribeirinho”).

Nos termos da alínea i) do artigo 70.º do anterior Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, prescreve-se que os planos diretores municipais visam estabelecer os parâmetros de uso do solo devendo, de acordo com a alínea j), do artigo 85.º, determinar, obrigatoriamente, a «especificação qualitativa e quantitativa dos índices, indicadores e parâmetros de referência, urbanísticos ou de ordenamento, a estabelecer em plano de urbanização e plano de

pormenor, bem como os de natureza supletiva aplicáveis na ausência destes»⁴. Ou seja, de acordo com a prescrição legal, o PDM tem como conteúdo obrigatório, para além dos índices, indicadores e parâmetros, urbanísticos ou de ordenamento que devem ser tidos como referência no planos de urbanização e de pormenor, os índices, indicadores e parâmetros de natureza supletiva aplicáveis quando estes ainda não tenham sido elaborados. E é a alínea d), do n.º 1 do artigo 91.º que nos indica que os parâmetros a definir que serão, designadamente, índices, densidade de fogos, número de pisos e cérceas⁵.

Ora, para a zona da cidade em questão ainda não se encontra aprovado qualquer plano de urbanização e plano de pormenor. Assim sendo, deveriam ser aplicados os índices, indicadores e parâmetros de natureza supletiva previstos no PDM. É aqui que chegamos a um problema que carece de resolução. Como acima observei, ao serem declarados de excecional importância para a cidade, os projetos deixam de estar sujeitos aos índices, indicadores e parâmetros definidos no PDM. E nestas situações de exceção, quais são os parâmetros a aplicáveis? Concluo que não foram definidos. Na alínea c), do n.º 2, do artigo 18.º apenas têm de ser garantidos afastamentos laterais contínuos por forma a ser assegurado o enfiamento de vistas, e não já a regra geral que obriga à observância dos enfiamentos preexistentes. Quando à dimensão das frentes contínuas nada se dispõe, afastando-se, sem mais, a regra da proibição da frente contínua exceder 50 metros. Por sua vez, no n.º 2 do artigo 53.º e no n.º 3 do artigo 57.º afasta-se a regra da altura de fachada máxima de dois pisos e não superior a 10 metros, apenas se determinando que tem de ser assegurado o sistema de vistas. Quanto ao mais nada se dispõe, nomeadamente quanto à área de construção admissível para novos edifícios, quanto à altura da fachada máxima, bem como quanto ao número de pisos. Em todas estas normas é afastada a regra geral de uma faixa de 20 a 25 metros de afastamento ao rio e não há qualquer outro parâmetro de referência em substituição, contrariando o objetivo declarado da norma, por se criarem segmentos de percurso pedonal e ciclável onde pode ser impedido ou limitado o acesso e a fruição da

⁴ Vide a atual alínea i) do artigo 75.º e alínea k), do n.º 1, do artigo 96.º, ambas do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

⁵ Nesta matéria rege atualmente, em termos similares, a alínea d) do n.º 1 do artigo 102.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

margem ribeirinha, uma vez que não é estabelecido qualquer limite mínimo de afastamento à margem do rio.

Em suma, afastam-se deliberadamente as regras aplicáveis e não se define qualquer outra aplicável à exceção criada, nem mínimos ou máximos, para definir os índices, indicadores e parâmetros urbanísticos aplicáveis em face da derrogação dos previstos na regra geral. Não se trata de um problema de interpretação da norma. Com efeito, a estatuição da norma que deveria, por obrigação legal, prever índices, indicadores e parâmetros urbanísticos não existe, salvo quanto à obrigação do respeito pelo sistema de vistas. Nem se trata, sequer, de um problema de discricionariedade excessivamente ampla nas normas do PDM. Trata-se, isso sim, de uma omissão total de regulamentação quanto à definição do regime aplicável à exceção ali consagrada, permitindo que a Câmara Municipal crie esse regime caso a caso, sem qualquer parâmetro normativo conformador. Omissão ilegal por violar o conteúdo legalmente obrigatório dos planos diretores municipais.

A este propósito, a título de exemplo, sinalizo que foi permitida, no MAAT, uma frente edificada de 188 metros, o que representa quase o quádruplo do máximo permitido pelas normas do PDM cuja aplicação foi afastada (50 metros), tendo igualmente sido ultrapassada a altura máxima de 10 metros e o alinhamento guarda apenas 5 metros da margem do leito do rio, ao invés da regra dos 20 a 25 metros. Além do mais foi aumentada a área de construção quando a regra geral consignada no PDM o proíbe. E para tanto bastou que se entendesse estarem verificados os dois pressupostos que permitem o afastamento das prescrições que condicionam intensamente a edificação nas zonas ribeirinhas de Lisboa, a saber: a excecional importância para a cidade e a incompatibilidade do programa com as exigências do PDM.

Sublinho que o problema não reside na consagração de normas excecionais para a zona ribeirinha, uma vez que é ao Município que cabe decidir tal matéria de política de ordenamento do território, no âmbito e no limite dos seus poderes de planificação territorial, não me competindo ajuizar da sua pertinência. A questão reside nos termos em que tais normas excecionais se encontram consagradas, cabendo a este órgão do Estado avaliar da sua legalidade, bem como da sua conformidade com os critérios de justiça definidos constitucionalmente.

Seja-me permitido reforçar a minha posição lembrando o seguinte: no próprio PDM de Lisboa encontram-se normas que, não obstante reconhecerem situações excepcionais determinam, e bem, os limites dentro dos quais a exceção deve operar (veja-se a alínea b) do n.º 4 do artigo 46.º e a alínea f) do n.º 3 do artigo 60.º, onde a possibilidade de majorar o índice de edificabilidade encontra um limiar máximo e obedece a pressupostos definidos).

Esta questão remete, no essencial, para a repisada questão do princípio da inderrogabilidade singular do regulamento administrativo — aqui com o risco agravado a que se presta o plano urbanístico, na sua qualidade de regulamento autónomo ou independente —, transposto para a legislação nacional no n.º 2 do artigo 142.º do novo Código de Procedimento Administrativo, que expressamente determina que os regulamentos não podem ser derogados por atos administrativos de carácter individual e concreta. Será igualmente proibido que, no próprio regulamento, se habilite o órgão executivo a derrogações singulares e incontidas do ali prescrito. Ou seja, não será permitido que no conteúdo dos regulamentos, como sucede no PDM, se habilite a Câmara Municipal a praticar atos administrativos que derroguem as normas ali prescritas. Na mesma linha, a ordem jurídica espanhola proíbe expressamente os planos que contenham reservas de dispensa da sua aplicação (primeiro, de âmbito nacional⁶, com a Lei do Regime do Solo e da Ordenação Urbana e, atualmente, também quanto à legislação autonómica).

Ademais, parece-me contraditório que, ao mesmo tempo que se entendeu que a construção e a ampliação na zona ribeirinha deveriam submeter-se a condições (muito) apertadas, se permita a eliminação total dessas limitações, abrindo-se as portas, de par em par, ao arbítrio na gestão da zona ribeirinha. É que as normas dos instrumentos de gestão territorial visam ordenar o território. Quando elas não existem, permite-se o desordenamento do território, em violação dos ditames legais e constitucionais.

⁶ Cf. n.º 3 do artigo 57.º, do Texto Refundido aprovado pelo Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril de 1976: «São nulas as reservas de dispensa que se contiverem nos planos ou ordenanças, assim como as que independentemente deles se concedessem».

Por seu turno, na previsão da norma, há uma incongruência. Determina-se que os projetos, declarados de excecional importância para a cidade, que não sejam compatíveis com as exigências do PDM podem ser isentos do cumprimento das suas normas. Este requisito é, efetivamente, incongruente com as disposições legais aplicáveis e com a própria razão ser do plano: se um operador urbanístico não quiser cumprir as prescrições do plano, simplesmente desaplica-se o previsto no plano para essa operação. Ou seja, nos termos do PDM de Lisboa, uma operação urbanística que seria legalmente nula por violar um instrumento de gestão territorial⁷ transforma-se, afinal, em um pressuposto de desaplicação do plano. E — sublinho a traço grosso — fica na dependência do requerente do licenciamento do projeto configurá-lo de modo desconforme com o PDM para incentivar a declaração de excecional importância para a cidade e subtrair-se ao cumprimento das regras ali plasmadas. É, pois, a própria ilegalidade do projeto em face das normas regulamentares do PDM que constitui a premissa para conferir a certas operações um estatuto acima da lei, ou melhor, do plano.

Ainda no domínio da previsão da norma, o critério da excecional importância para a cidade é tributário de um conceito demasiadamente vago e indeterminado, que o executivo municipal vai preenchendo de modo singular. Sobre o que seja «a excecional importância para a cidade» não existe um mínimo de densificação e parametrização. Em rigor, *de jure condendo* poder-se-ia concretizar este conceito por referência a interesses limitados e justificados, como sejam interesses turísticos, de ordenamento da cidade ou outros equivalentes. Tão-pouco se exige a fundamentação da medida da derrogação, quer pelo autor do projeto, quer pela Câmara Municipal (nessa linha, a fundamentação haveria de dar conta, designadamente, da imprescindibilidade da redução da faixa de 25 a 20 metros a contar da margem do leito do rio Tejo, ou seja, das razões que justificam a incompatibilidade do programa com o PDM e o fundamento da exceção).

⁷ Ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 68.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro

A fundamentação da excepcional importância não pode bastar-se com considerações abonatórias acerca do mérito arquitetónico e funcional do projeto, devendo revelar um juízo de ponderação entre o interesse público do passeio marítimo — como área de lazer privilegiada — e a excepcional importância do projeto. Impõe uma reflexão sobre os motivos que levam a preterir a regra pela exceção.

Fernanda Paula Oliveira⁸ afirma que o órgão planeador não deve elaborar normas de tal forma vagas ou conceitos de tal modo indeterminados que torne impossível identificar a regulamentação nelas contidas. Tratar-se-iam de normas com apenas uma aparência de planeamento. Será o caso do plano que remeta a decisão concreta para uma ponderação caso a caso, dispondo, por exemplo, que as condições de edificabilidade serão estabelecidas para cada caso concreto pela câmara municipal. Admitindo que, para situações excecionais se devem prever regras excecionais, não se deve admitir a simples devolução das normas do plano para juízos concretos de oportunidade e conveniência, sob pena de um desvio de procedimento. Esta prática configura uma *rarefação da legalidade*, por ser contrária aos mínimos de segurança e certeza. A mesma autora lembra que a elaboração dos instrumentos de planeamento do território, *maxime* dos planos municipais, serviu precisamente para evitar decisões casuísticas sobre os solos, pelo que não devem existir normas nos planos que as permitam ou incentivem.

As normas que autorizem derrogações deveriam estar sujeitas a limites admissíveis, fixando-se desde logo a fronteira da exceção consentida em nome da extraordinária importância para a cidade. Além do mais, as exceções devem ser devidamente fundamentadas⁹, sob pena de violação do *princípio da confiança*, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Nem a Constituição nem a lei determinam o conteúdo da planificação, mas apontam os objetivos que com ela devem ser atingidos: a definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos.

⁸ Oliveira, Fernanda Paula, *A Discricionariedade Administrativa Municipal na Dogmática da Discricionariedade Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 470 e 481.

⁹ Oliveira, Fernanda Paula, *ob. cit.*, p. 481.

É consabido que a gestão urbanística não pode cingir-se a operações de subsunção de normas regulamentares de modo inteiramente vinculado e é o próprio interesse público a reclamar que a densidade dessas normas comporte alguma indeterminação e conceda poderes discricionários. No planeamento urbanístico, à margem da comum livre decisão sobre os meios, soma-se uma margem de natureza próxima da função política: a margem de livre escolha dos fins a alcançar. Mas a margem de discricionariedade na elaboração do plano não é igual à margem da discricionariedade no conteúdo do plano: uma vez elaborado o plano, a previsão da norma deve ser precisa, concreta e densa, de modo a garantir o *princípio da segurança jurídica* em três vertentes: *i*) como norma de atuação para a administração que vai decidir os pedidos de licenciamento de operações urbanísticas; *ii*) como norma com conteúdo expectável para os destinatários e restantes interessados; e, *iii*), como norma de controlo, que permita a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos. Assinalo que o pressuposto da excepcional importância para a cidade terá um controlo jurisdicional limitado, uma vez que assenta em uma vastíssima margem de livre apreciação.

Em suma: é necessário que se verifique a determinação das circunstâncias que levam à aplicação da exceção, bem como a concretização da solução alternativa. O que equivale a dizer que, sendo admitidas alternativas em termos de ocupação do território em função das circunstâncias concretas, tanto estas circunstâncias como as regras aplicáveis terão de estar definidas de modo preciso, por forma a conferir à norma a previsibilidade que faz parte da sua natureza jurídica¹⁰. Trata-se, destarte, de garantir uma constância na interpretação das normas.

A matriz constitucional asseverou ao plano urbanístico uma função determinante na definição das regras de ocupação, uso e transformação dos solos (n.º 4 do artigo 65.º), apontando para um princípio de precedência e de reserva do plano, o qual permite a proteção da confiança e contém um equilíbrio desejável das desigualdades^{11/12}. Esta mes-

¹⁰ Oliveira, Fernanda Paula, *ob. cit.*, p. 479.

¹¹ Correia, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 1990, p. 451.

¹² Sobre o princípio da igualdade como fundamento da inderrogabilidade singular dos regulamentos, cf. Ramón Parada, *Derecho Administrativo I – Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 81.

ma norma traduz ainda a invocada separação vertical de poderes como necessidade de conciliar e otimizar soluções entre o Estado, as regiões autónomas e os municípios, refletindo a unidade do “Todo Nacional” avessa a uma ideia de soma dos territórios municipais. Essa competência concorrente, porque definida logo em termos constitucionais, não pode ficar na inteira disposição do legislador ou de quem elabora os planos. Não pode, em suma, ser anulada ou esvaziada de conteúdo¹³.

Na tarefa do planeamento devem participar vários sujeitos públicos que, naturalmente, aportam ao procedimento de elaboração dos planos os vários interesses que representam: nacionais, regionais e municipais. Por isso, é indispensável proceder a uma apropriada ponderação de todos eles, a fim de conseguir a sua harmonização. O que reclama que o poder de decisão, em vez de se entregar por inteiro às autarquias locais, seja compartilhado pelo Estado¹⁴.

O procedimento de elaboração dos instrumentos de gestão territorial resulta, assim, da harmonização e concertação de vários interesses conflitantes e confluentes, com vista a atingir certos fins. Trata-se de um procedimento complexo que se desenvolve, se não em pirâmide, pelo menos em cascata. Na base estão vários estudos e pré-decisões que confluem na decisão final consubstanciada no plano. Durante este procedimento, o poder conformador da Câmara Municipal encontra vários limites e parametrizações, na necessária concertação com outros órgãos do município, nomeadamente a assembleia municipal, e com o Estado, designadamente a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, a Agência Portuguesa de Ambiente, I.P. e a Direção-Geral do Património Cultural, entre muitos outros.

De acordo com o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, em vigor ao tempo da elaboração do PDM, depois de decorrido o procedimento legalmente previsto, designadamente os períodos de “concertação”, de “acompanhamento” e de “discussão pública” (cf. artigos

¹³ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 432/93, de 13 de julho, e n.º 379/96, de 6 de março, ambos disponíveis *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> (consultados em 2 de dezembro de 2016).

¹⁴ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 379/96, de 6 de março, e n.º 379/96, de 6 de março, ambos disponíveis *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> (consultados em 24-11-2016).

76.º e 77.º), a câmara municipal elabora a versão final da proposta para aprovação (n.º 8 do artigo 77.º), a qual, uma vez concluída, é objeto de “parecer” da respetiva Comissão de Coordenação Regional que incide «sobre a conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes, bem como sobre a articulação e coerência da proposta com os objetivos, princípios e regras aplicáveis no município em causa, definidos por quaisquer outros instrumentos de gestão territorial eficaz» (artigo 78.º). Os planos são posteriormente aprovados «pela assembleia municipal, mediante proposta apresentada pela câmara municipal» (n.º 1 do artigo 79.º).

Por seu turno, a Assembleia Municipal dispõe de poderes para introduzir alterações à proposta apresentada pela Câmara Municipal que eventualmente considere adequadas (n.º 2 do artigo 79.º). Em certos casos, os planos estão ainda sujeitos a ratificação governamental (cfr. artigo 80.º)¹⁵.

Outro aspeto crucial para o Provedor de Justiça: a elaboração dos planos está constitucional e legalmente¹⁶ vinculada à observância do direito de participação de todos os interessados, algo que não é garantido, de todo, quando se permite que um ato administrativo derogue o conteúdo do plano. Com efeito, a Constituição concede um relevo significativo à participação de todos os interessados na elaboração dos instrumentos de gestão territorial, ao prever autónoma e expressamente este direito fundamental, no n.º 5 do artigo 65.º, que vai além do direito geral de participação dos interessados na formação das decisões administrativas previsto no n.º 5 do artigo 267.º. Há ali uma exigência constitucional específica e reforçada em relação à participação dos interessados e o n.º 5 do artigo 65.º não contém qualquer remissão para a lei, apresentando-se diretamente aplicável, sem prejuízo da liberdade de conformação do legislador na concretização do modo como tal participação se formaliza.¹⁷

¹⁵ Atualmente, artigos 85.º, 87.º a 89.º e n.º 1 do artigo 90.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

¹⁶ Cf. artigo 6.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro. Atualmente, rege nesta matéria o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

¹⁷ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/12, de 25 de julho, disponível *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> (consultado em 25 de novembro de 2016) e *vide* Miranda, Jorge / Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 678.

É, antes de mais, um direito dos cidadãos e o seu respeito é essencial para legitimar a atuação da Administração Pública, proporcionando-lhe a consideração mais completa dos interesses privados na ocupação do solo. Mas é também um direito de participação em sentido amplo, seja quanto à legitimidade dos interessados e ao motivo da participação, seja quanto ao objeto, abrangendo qualquer modificação substancial dos instrumentos de gestão do território a que se aplica.¹⁸

O direito de participação assume-se, assim, como um direito com valor constitucional, de defesa ou de compensação dos cidadãos contra a ampla margem de apreciação de que goza a Administração Pública na conformação dos seus direitos e interesses no planeamento territorial.¹⁹ A garantia deste direito depende da possibilidade da prestação aos interessados de todas as informações relevantes sobre os objetivos dos planos e sobre as opções que nele se pretendem consagrar, bem como sobre o estágio dos trabalhos e a evolução do procedimento de elaboração.

Em contrapartida, este direito implica o dever para os poderes públicos de examinarem e ponderarem todas as sugestões, reclamações, observações e pedidos de esclarecimento apresentados pelos particulares no exercício do direito de participação, assim como o dever de levar ao conhecimento dos interessados o resultado dessa ponderação. Nem se diga que o debate público que o PDM prevê apenas em uma das disposições citadas preenche a função da participação pública prevista na lei, uma vez que aquele é uma formalidade atípica, que nem sequer está regulamentado no próprio plano quanto à forma da sua realização, nem ali se remete para o disposto no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (cf. Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio), nem tão-pouco para a Lei do Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular (cf. Lei n.º 83/95, de 31 de agosto).

Todas estas garantias, constitucional e legalmente consagradas, se perdem quando é permitido ao órgão executor do plano que derroque as indicações, previsões e determinações do plano, como vimos suceder com as normas apontadas do PDM de Lisboa. A invocação da excecional importância para a cidade permite às autoridades municipais de-

¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁹ Neste sentido, *vide* Oliveira, Fernanda Paula, *ob. cit.*, p. 359.

saplicarem regimes enunciados nos planos quando a execução se lhes encontra confiada, o que escapa, em grande parte, à participação cívica e às garantias de coordenação de interesses públicos com expressão territorial que se alcançou na formação de um plano, por mera deliberação da câmara municipal. Quebra-se assim o «quadro de interação coordenada» que a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio (Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo), afirma como base do sistema de instrumentos de gestão territorial (cf. n.º 2 do artigo 38.º), na medida em que o executivo municipal atua singularmente e ao arrepio da separação vertical de poderes, criando a norma no caso concreto.

Permite-se, em síntese, uma modificação substancial do PDM, no sentido tido como relevante pelo Tribunal Constitucional, *mutatis mutandis*, sem a observância do correspondente procedimento e garantias constitucionalmente instituídas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 65.º.²⁰

Precisamente, porque nesta situação, ao invés de nos situarmos na aplicação e execução do plano, retrocedemos à fase da (re)elaboração das normas dos planos, mas para encontrar solução diferente daquele que veio a merecer acolhimento.

Por outro lado, o órgão municipal consegue, no momento da aplicação do plano e da sua execução, exorbitar até a ampla discricionariedade que lhe é conferida para elaboração do plano, ao não ter de se concertar com os protagonistas dos demais interesses públicos e privados que tomaram voz ativa na formação dos instrumentos de gestão territorial.

Trata-se de uma solução não aceitável, uma vez que a lei prevê procedimentos próprios e extremamente formalizados, especialmente exigentes (suspensão total ou parcial, revisão ou alteração do plano, elaboração de planos de pormenor), que visam obter um desejado equilíbrio e concordância dos interesses carreados pelos diversos intervenientes – locais e nacionais, públicos e privados – quando ao plano sobrevenha facto que reclame

²⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2012, de 25 de julho, publicado no *Diário da República* n.º 155/2012, 1.ª série, de 10 de agosto.

imperiosamente a sua desaplicação (cf. artigos 93.º e seguintes do anterior Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial)²¹.

Ora, no caso das disposições do PDM de Lisboa que permitem à Câmara Municipal exorbitar a discricionariedade própria da fase constitutiva do plano, com fundamento na simples declaração de excecional importância para a cidade, as garantias de participação no procedimento não operam, simplesmente porque não há procedimento de elaboração ou de revisão do plano. Trata-se, apenas, da prática de um ato administrativo com a mera intervenção do órgão executivo municipal.

Tenha-se presente que, até às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de setembro, a necessária ratificação dos planos diretores municipais pelo Conselho de Ministros impedia, muitas vezes, que normas análogas a estas chegassem a adquirir eficácia. Todavia, diminuída a intensidade do controlo preventivo, resta o simples parecer das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional e o acompanhamento das vicissitudes dos planos, os quais não têm logrado obstar à aprovação de planos municipais dotados de normas desconformes com a lei, na medida em que o controlo se mostra agora apostado, principalmente, em assegurar as relações de conformidade ou de simples compatibilidade com outros instrumentos de gestão territorial.

O controlo sucessivo dos planos urbanísticos, reservado aos tribunais, além de incidental, leva a declarar a nulidade de normas deste tipo com todos os encargos que a reposição da legalidade pode comportar. Quanto à consequência da declaração de nulidade de um instrumento de gestão territorial, é paradigmático o que sucedeu com a declaração de nulidade do PDM de Lagos que, só ao fim de mais de uma década, foi suprida pela aprovação de um novo plano em agosto de 2015.

Por estar firmemente convicto, não só da utilidade como, mais ainda, da necessidade da situação ser alterada, adverti a Senhora Secretária de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza para a necessidade de serem adotadas as medidas adequadas a não admitir este tipo de normas nos instrumentos de gestão territorial, o que culminou em parecer da Comissão Nacional do Território, no sentido das previsões normativas de exceção deverem estar suficientemente densificadas e deverem ser portadoras

²¹ Atualmente, regem os artigos 115.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio.

de indicadores que permitam uma aplicação isenta de dúvidas, rejeitando normas que não contenham parâmetros concretizadores do seu âmbito de aplicação. Foi ainda entendido que não são de admitir critérios que sejam, eles próprios, portadores de indeterminação e abstração, desvirtuando a finalidade da sua fixação. Este parecer foi homologado pela Senhora Secretária de Estado do Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza, e determinada a sua comunicação a todas as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, para que seja seguido no âmbito do acompanhamento dos planos municipais do ordenamento do território.

§ 4.º *A questão dos riscos de cheia e inundações*

Outras das minhas preocupações reside nos riscos de inundações, em face da exceção prevista no PDM que permite a desaplicação, nos projetos declarados de excepcional importância para a cidade, a regra do afastamento de 20 a 25 metros do leito do rio Tejo.

Por exemplo, no caso do MAAT, permitiu-se um afastamento do equipamento de apenas 5 metros à margem do rio (para mais dotado de uma cave destinada a espaço expositivo e, por isso, de utilização pelo público).

Na instrução do processo apurou-se que a Agência Portuguesa do Ambiente não emitiu parecer sobre o projeto invocando — erroneamente, por desconsiderar as suas próprias atribuições e o alcance do parecer que teria de dar acerca dos riscos de cheia — que se trataria de área de jurisdição da APL-Administração do Porto de Lisboa, S.A. Observa-se, assim, que não foi analisado, pela Agência Portuguesa do Ambiente, o risco de cheia em um projeto tão próximo da margem do rio.

Assinalo que a Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro) determina que, enquanto não forem delimitadas e classificadas as zonas inundáveis ou ameaçadas por cheias, estão sujeitos a parecer vinculativo o licenciamento de operações de urbanização ou edificação, quando se localizem dentro do limite da cheia, com período de retorno de 100 anos, ou de uma faixa de 100m para cada lado da linha de água, quando se desconheça aquele limite (n.º 7 do artigo 40.º). Mesmo que o artigo 13.º disponha que, nas áreas do domínio público hídrico afetas às administrações portuárias, a competência para licencia-

mento e fiscalização da utilização dos recursos hídricos considera-se delegada na administração portuária com jurisdição local, deve ter-se presente que, no caso em apreço, não está apenas em causa o licenciamento nem a fiscalização da utilização dos recursos hídricos, mas a obtenção de parecer no âmbito do licenciamento de uma operação urbanística. Assim sendo, e sem prejuízo da intervenção da APL-Administração do Porto de Lisboa, S.A., o parecer da Agência Portuguesa do Ambiente é não só obrigatório como vinculativo.

Todavia, a não emissão de parecer substancial por parte da Agência Portuguesa do Ambiente não é geradora de irregularidade no procedimento e, conseqüentemente, não é impugnável, atendendo a que ocorreu a pronúncia formal.

Ainda assim, não deixei de censurar a tomada de posição da Agência Portuguesa do Ambiente, radicada no entendimento (que tinha à data da consulta efetuada pela Câmara Municipal de Lisboa) de que nas áreas de jurisdição da administração portuária apenas a esta competia emitir parecer sobre o assunto. Assinalo, satisfatoriamente, que a posição foi, entretanto, alterada em consonância com a posição que manifestei.

§ 5.º Conclusões

A) É à Câmara Municipal de Lisboa que compete decidir, enquanto entidade licenciadora de operações urbanísticas, qual a dotação de lugares de estacionamento a afetar a cada projeto, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 75.º do PDM de Lisboa e com o limite mínimo e máximo previsto no anexo X do mesmo instrumento de gestão territorial. O entendimento de que é ao requerente do licenciamento do projeto que compete definir se há de observar o limite mínimo ou máximo, ou um qualquer valor situado entre estes dois, configura uma situação de renúncia ao exercício de uma competência que é atribuída à Câmara Municipal de Lisboa em ordem ao correto ordenamento da cidade;

B) O PDM de Lisboa, ao permitir que determinados projetos na zona ribeirinha sejam declarados de excecional importância para a cidade, afasta a regra aplicável ao caso concreto, sem que institua qualquer alternativa ou regra aplicável, atribuindo à Câmara Municipal o poder de criar a solução do caso concreto, no momento da aplicação do plano, com violação dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da imparcialidade,

do direito de participação dos interessados e das garantias de racionalidade e de coordenação de interesses públicos que o procedimento de formação, de revisão e de alteração dos planos procura promover e salvaguardar, abrindo as portas ao livre arbítrio na gestão da zona ribeirinha. As normas do PDM supraidentificadas comportam uma omissão total de regulamentação da exceção criada, violando-se, desta forma, o conteúdo mínimo obrigatório que o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial impõe a estes instrumentos de gestão territorial. É ainda desconforme com o Código de Procedimento Administrativo em vigor.

Em face do exposto, dignar-se-á Vossa Excelência, em cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 9/91, de 9 de abril, transmitir-me, dentro de 60 dias, a posição que vier a assumir relativamente ao que ora recomendo.

Queira aceitar, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Lisboa, os meus respeitosos cumprimentos,

O Provedor de Justiça,

(José de Faria Costa)