

A perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico

Claudio Monteiro

“o Direito do Urbanismo é apenas uma parte do que podemos chamar o Direito da Cidade (...) estudemos o Direito na cidade global, porque de facto esse é o desejo, se queremos que a cidade global tenha algumas regras, tenha algum respeito pela dignidade da pessoa humana, pela justiça e pela justa repartição da riqueza”¹.

António Luciano de Sousa Franco

I – Introdução

1. No Estado de Direito democrático, não basta afirmar a vinculação da propriedade à sua função social para legitimar a atribuição à Administração de poderes de conformação do conteúdo do aproveitamento urbanístico dos solos.

Ao mesmo tempo que a Administração deve dispor de poderes para ordenar e planear o crescimento das cidades de acordo com os interesses gerais dos cidadãos, assegurando a todos o acesso às infra-estruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas, deve também cuidar de garantir que os encargos e benefícios resultantes do processo de urbanização se distribuem equitativamente entre todos.

É nesse contexto que o princípio da igualdade assume uma importância fundamental no Direito do Urbanismo, podendo mesmo afirmar-se que a existência de mecanismos de perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico é uma condição de legitimação dos poderes de que a Administração dispõe para, através daqueles mesmos instrumentos de planeamento, conformar o conteúdo do direito de propriedade privada sobre os solos urbanos².

Em Portugal, a questão da perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico entrou na ordem do dia após a aprovação da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território, pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, cujo artigo 18.º estabeleceu a obrigação legal de os instrumentos de planeamento vinculativos para os particulares preverem “*mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes*”.

A citada disposição viria a ser posteriormente desenvolvida pelo novo regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, aprovado pelo 135.º a 142.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de

¹ Palavras proferidas no discurso de abertura do colóquio que se realizou no dia 20 de Maio de 2004 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por iniciativa do pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, subordinado ao tema “A construção em altura. Aspectos jurídicos e urbanísticos”, ainda inéditas.

Setembro³, que definiu o modelo de perequação a adoptar nos instrumentos planeamento e regulamentou os respectivos instrumentos.

O objecto do presente artigo é, precisamente, analisar as soluções que a legislação urbanística portuguesa encontrou para assegurar a igualdade de tratamento entre todos os proprietários abrangidos por um plano urbanístico.

Não obstante, e para uma melhor compreensão dos problemas em discussão, faremos previamente um pequeno percurso pelos antecedentes históricos da perequação compensatória, bem como a análise dos modelos que, abstractamente, podem ser adoptados para enquadrar a relação entre o plano urbanístico e o princípio da igualdade.

II – Antecedentes históricos

2. A ideia de repartir de forma equitativa entre todos os cidadãos os encargos e os benefícios resultantes do desenvolvimento urbano é tão antiga quanto as próprias teorias e técnicas de construção das cidades.

Na Grécia antiga, onde podemos ir buscar as raízes do planeamento urbanístico moderno⁴, nomeadamente na utilização de traçados urbanos regulares, ou de matriz ortogonal⁵, os modelos de repartição equitativa da terra constituíam o tema central de todas as teorias sobre a fundação de novas colónias e a construção das respectivas cidades.

A regularidade do traçado não se justificava apenas pela maior comodidade que uma cidade ordenada podia trazer aos seus cidadãos, mas sobretudo pela maior justiça que aquela regularidade assegurava na atribuição aos colonos dos lotes de terra, tanto na cidade como no território agrícola que a envolvia.

Hippodamos de Mileto, a quem durante muito tempo – embora erradamente - se atribuiu a introdução dos traçados urbanos de matriz ortogonal, terá sido em qualquer caso um dos primeiros a estabelecer uma correspondência entre o planeamento físico e o planeamento social do território, através da utilização de um especial método de “divisão da cidade em classes”⁶.

² Poderes esses que, em Portugal, resultam do n.º 4 do artigo 65.º da Constituição da República, nos termos do qual o Estado, as Regiões Autónomas e os Municípios, definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento.

³ Actualmente com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 310/2003, de 10 de Dezembro.

⁴ Sobre o urbanismo na Grécia antiga v. **Roland Martin**, *L'Urbanisme dans la Grèce antique*, Paris, 1956; v. também **R.E. Wycherley**, *How the greeks built cities*, 2ª ed., Londres, 1962; **J. B. Ward-Perkins**, *Cities of ancient Greece and Italy: planning in classical antiquity*, Londres, 1974 e **E. J. Owens**, *The city in the greek and roman world*, Londres, 1991.

⁵ Sobre os traçados urbanos ortogonais na antiguidade, v. por todos, **F. Castagnoli**, *Orthogonal Town Planning in Antiquity*, Cambridge, MA, 1971.

⁶ Para uma visão genérica da importância de Hipodamos de Mileto na génese das teorias de planeamento, v. **James McCredie**, “*Hippodamos of Miletos*”, in *Studies presented to George M.A. Hanfmann*, Cambridge, MA, 1971.

Também Platão⁷ e Aristóteles⁸ teorizaram sobre a repartição da riqueza entre os cidadãos, e sobre a necessidade de evitar que uma distribuição desigual da terra pudesse conduzir à dissolução do Estado.

A cidade utópica de Platão – Magnesia – tinha a sua população limitada a 5040 agregados familiares, aos quais corresponderiam outros tantos lotes de terra (kleroi) divididos em três parcelas cada, por forma a que a cada colono coubesse uma casa na cidade e dois terrenos agrícolas; um próximo da cidade e outro mais distante, nos limites do território da Cidade-Estado (Polis).

O objectivo dessa distribuição tripartida, que também viria a ser advogada por Aristóteles, era não apenas assegurar a igualdade na atribuição dos lotes de terreno, mas, sobretudo, interessar todos os cidadãos na defesa da integridade física do território e das suas fronteiras.

Se considerarmos a relação íntima que então se estabelecia entre o campo (chora) e a cidade (astu), que explora e controla o território que a envolve, compreendemos que o modelo de divisão agrícola dos solos não era dissociável do desenho do espaço urbano. Tratava-se, na realidade, de um modelo global, que assegurava a todos uma participação igual nas vantagens e desvantagens inerentes à fundação da colónia.

Platão não advogou, contudo, uma absoluta igualdade entre todos os cidadãos, mas antes a ideia de uma «desigualdade proporcional»⁹, admitindo que aqueles se diferenciavam em quatro classes de proprietários, consoante o estatuto e a riqueza que cada um trazia para a colónia.

Pelas mesmas razões, Platão reconheceu também que os lotes de terra atribuídos a cada colono, ainda que pertencentes à mesma classe de proprietários, não teriam de ter necessariamente a mesma dimensão, desde que os mesmos equivalassem em valor ou em capacidade produtiva.

3. Não foi apenas na Grécia antiga que as questões relacionadas com a divisão da propriedade marcaram o planeamento da construção das cidades.

Também no Império Romano a fundação das novas colónias envolvia um complexo exercício de divisão dos terrenos agrícolas, ou de «centurição agrícola» (agri centuriati), muito semelhante aos que anteriormente se colocaram na divisão da «chora» das Cidades-Estado gregas.

Não é, por isso, de estranhar a influência que os agrimensores tiveram na regularização dos traçados das cidades romanas, só comparável à influência exercida nesse domínio pelos acampamentos militares, na base dos quais se desenvolveram muitas das novas colónias formadas por veteranos do exército.

⁷ No sua obra sobre as Leis, Platão teorizou sobre a construção de “Magnesia”, uma cidade ideal situada no sul da ilha de Creta. Sendo uma cidade utópica, Platão propôs-se no entanto levar em consideração, na sua descrição, “*as imperfeições da natureza humana*”, pelo que é legítimo considerar que a obra reflecte alguns aspectos da prática urbanística efectivamente era seguida na Grécia antiga – neste sentido, cfr. **Nicholas Cahill**, Household and City Organization at Olynthus, Yale, 2002.

⁸ Sobre a localização e a construção de cidades, v. em especial, Política, 1330^a-1331b.

⁹ Cfr. Leis, 557B-C.

Aliás, foi precisamente nestas colónias de veteranos das legiões romanas que a questão da repartição equitativa da propriedade assumiu maior importância, já que, partindo de uma situação de ocupação militar, era possível proceder à distribuição das terras com absoluta desconsideração da situação de facto e de direito preexistente.

Com a desintegração do Império Romano e o eclipse da civilização urbana, a questão da repartição equitativa dos encargos e benefícios decorrentes da urbanização deixou de fazer sentido, só voltando a preocupar o poder político na formação da cidade moderna, em pleno absolutismo iluminado.

Se no período medieval a estrutura fundiária constituiu um obstáculo ao crescimento ordenado das cidades, a autoridade exercida pelo poder absoluto do Estado, agora dotada dos meios necessário para se opor aos privilégios detidos pelos proprietários privados, permitiu reintroduzir a regularidade como padrão de desenvolvimento urbano, e com ela a questão da relação entre forma urbana e estrutura fundiária.

É paradigmático a este respeito o exemplo da reconstrução da cidade de Lisboa após o terramoto que a destruiu parcialmente em 1755.

A decisão política tomada pelo Marquês de Pombal com base numa das alternativas propostas por Manuel da Maia na primeira das suas «dissertações», de arrasar toda a parte baixa da cidade, e de a reconstruir “*formando novas ruas com liberdade competente*”, implicava, para toda a extensão da operação, a completa dissociação do desenho urbano da estrutura da propriedade preexistente.

Ora, não se tendo procedido à expropriação sistemática dos terrenos abrangidos pelo plano de reconstrução da cidade, e não existindo correspondência entre os limites físicos daqueles terrenos e os lotes de terreno para construção entretanto formados pelo novo traçado das ruas e dos quarteirões, era necessário encontrar uma fórmula que permitisse distribuir equitativamente a área de construção disponível, compensando, se necessário, os proprietários sacrificados.

É, aliás, o próprio Manuel da Maia que sugere ao Marquês, na sua segunda «dissertação», que “*feitas as avaliações de todas as propriedades de casas que se hão de derribar (...) para que a compensação que se der a cada proprietário, fique com as mesmas obrigações primitivas*”.

Embora com base numa unidade geométrica, e não de valor, como pretendia inicialmente Manuel da Maia¹⁰, o regime de compensação proposto viria a ser adoptado no Alvará com força de Lei de 12 de Maio de 1758, que estabeleceu os direitos públicos e particulares da reedificação da cidade de Lisboa, sendo posteriormente complementado pelas instruções que acompanhavam o Plano de Reedificação da Cidade de Lisboa, de 12 de Junho de 1758, por um novo Alvará com

¹⁰ Na sua segunda «dissertação», Manuel da Maia propunha que “*sobre uma planta nova da cidade baixa com as suas ruas livremente desenhadas (...) se calcule quantos palmos superficiais vão compreendidos nas áreas determinadas para serem ocupadas de edifícios; e sabido ao todo o valor de todas as casas derribadas, se reparta este pelo número de palmo superficiais compreendidos nas devidas áreas, e desta repartição se conhecerá o valor que compete a cada palmo e segundo o valor de cada edifício derribado se lhe comutará o tal valor com o nº de palmos superficiais que lhe competirem*. Na terceira «dissertação», porém, Manuel da Maia já se lamentava que, “*como até o presente se não sabe o modo de comutação que se usará com os donos das casas destruídas, e a conjectura que eu fazia era na suposição de que na diligência que em forma de tombo se executava pelos bairros se incluía a avaliação, me vejo obrigado a entender que, ou esta avaliação se fará separadamente por segunda diligência, presentes os mesmos edifícios ou não presentes, ou que não se quer usar mais de que medições de áreas, para serem comutadas por áreas.*”

força de Lei, de 15 de Junho de 1759, e ainda por uma Aviso régio de 30 de Junho do mesmo ano.

Logo no parágrafo VI da Lei de 12 de Maio de 1758 se reconheceu que “*não seria conforme à equidade natural que os proprietários dos terrenos, que hão de ficar sitos nas ruas, que devem alinhar-se com rectidão, e largura, que tenho estabelecido; recebendo os benefícios, do menor perigo nos terramotos, e incêndios; da maior claridade da luz, da maior liberdade do ar, da maior facilidade nas conduções, da maior frequência na passagem; e do maior valor, que por todas estas vantagens, e pelos privilégios abaixo declarados, há de crescer às suas propriedades assim na estimação dos capitais delas como nos alugueres; se locupletem com os prejuízos dos outros proprietários, cujos terrenos se hão de devassar para serem incluídos nas tais ruas*”.

Para a realização daquele desiderato, estabeleceu-se um elaborado sistema de perequação compensatória, que visava atribuir a cada proprietário terrenos com uma localização e uma área de construção equivalentes, ou pelo menos aproximadas, àquelas que os seus terrenos dispunham anteriormente, através de um complexo mecanismo de «comutação» de área construída por área edificável no novo plano, envolvendo transferências, permutas e compensações recíprocas, não apenas entre proprietários e outros titulares de direitos sobre os terrenos, mas também entre estes e o Senado de Lisboa.

O referido corpo normativo pode, assim, considerar-se como precursor dos modernos modelos de perequação compensatória, não apenas no plano dos princípios, mas na própria mecânica dos instrumentos de compensação utilizados, tanto em espécie como por equivalente.

III – A igualdade como limite à discricionariedade de planeamento urbanístico

4. O percurso histórico que realizamos permitiu-nos olhar com um certo distanciamento para o problema da repartição equitativa dos encargos e benefícios do processo de urbanização, e desse modo reconhecer a intemporalidade dos valores fundamentais em presença na definição de modelos de perequação.

A impressionante actualidade de muitos dos problemas que dominaram os processos criação e expansão das cidades, tanto na antiguidade clássica, como na modernidade, não nos deve, contudo, afastar dos novos problemas, e dos novos desafios, do desenvolvimento urbano.

É que a aparente simplicidade com que a ideia de igualdade se impõe a todos nós, não é suficiente para esconder a complexidade dos interesses públicos e privados que actualmente se projectam sobre o território e condicionam as suas diferentes possibilidades de utilização.

O espaço, como refere Pierre Moor, é simultaneamente uno e múltiplo: uno, porque cada parcela do território tem os seus limites físicos e a sua individualidade, e merece por isso ser tratada como um caso particular; múltiplo, porque o território é na realidade composto de estratificações sobrepostas, de acordo com a natureza dos seus recursos e as sua diferentes formas de aproveitamento¹¹.

¹¹ Cfr. “*La mise en oeuvre du droit de l’aménagement du territoire*”, in Heinz Aemisegger, Alfred Kutler, Pierre Moor e Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung – Commentaire de la loi fédérale sur l’aménagement du territoire, Zurique, 1999, pp. 84-99.

Acresce que cada indivíduo ocupa mais do que um espaço, consoante a actividade que desenvolve, e manifesta por isso diferentes interesses que se projectam de forma distinta sobre o território¹².

O próprio interesse público já não é uno, nem homogéneo, sendo composto por um conjunto díspar de interesses fragmentados, distintos não apenas na sua materialidade como também na sua titularidade¹³.

Enquanto expressão dessa diversidade e dessa complexidade, o plano urbanístico exige da lei uma grande margem de liberdade para introduzir ordem e racionalidade no aproveitamento do território e realizar a composição adequada dos interesses que sobre ele incidem.

Isso explica que só muito raramente o legislador tenha a preocupação de estabelecer parâmetros mínimos ou máximos de urbanização e de edificação dos solos, reservando à lei o papel de mera norma de habilitação da Administração para a adopção de regulamentos e decisões de âmbito local.

Na generalidade dos países, desde muito cedo se optou por remeter a fixação do regime material da actividade urbanística para sistemas de planeamento administrativo, estruturados em diversos níveis consoante o âmbito territorial de cada plano, a sua função e a densidade normativa das suas prescrições.

Conforme salientam García de Enterría e Parejo Alfonso, é um atributo próprio da legislação urbanística exigir essa remissão para instrumentos de planeamento, de forma a estabelecer, de acordo com as especificidades locais, o regime concretamente aplicável a cada parcela do território¹⁴.

É, de facto, no âmbito da elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico que o problema da discricionariedade administrativa assume um significado próprio no Direito do Urbanismo.

Dado o carácter inovador da disciplina normativa que o plano contém, pode dizer-se que mais do que uma liberdade de conformação do seu conteúdo, é na própria escolha dos fins a prosseguir que se revela a natureza predominantemente discricionária do poder exercido pela Administração nesse âmbito¹⁵.

A este propósito já se afirmou, inclusive, que o planeamento urbanístico comporta uma margem de discricionariedade sem paralelo em nenhuma outra área de actividade administrativa, *“cujo grau e densidade é directamente proporcional à variedade das alternativas que se colocam à*

¹² Ibidem

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cfr. Lecciones de Derecho Urbanístico, Madrid, 1981, pp. 161-162.

¹⁵ Conforme refere **Giovani Miele**, a *“ideia de «plano», ou de «planeamento», é necessariamente finalística. Planeai-se em função de um resultado ou de certos resultados que os autores do plano pretendem alcançar”* – cfr. *“Aspetti giuridici della pianificazione urbanistica”*, in Studi in memoria de Guido Zanobini, Milão, 1965, p. 270.

entidade planeadora: seja na selecção dos interesses a ponderar, seja na sucessiva composição desses mesmos interesses no processo de determinação das escolhas”¹⁶.

5. Embora predominantemente discricionária, a decisão de planeamento urbanístico não está isenta de limites.

Existem, desde logo, limites procedimentais, estabelecidos pelas normas legais que disciplinam os procedimentos de elaboração dos planos, nomeadamente as que prevêem mecanismos de concertação de interesses públicos diferenciados, e instrumentos de participação dos particulares na formação da decisão de planeamento.

Tais normas visam assegurar que a Administração dispõe de todos os elementos de ponderação necessários à escolha da melhor solução e, nessa medida, elevam o grau de exigência imposto à decisão de planeamento urbanístico, nomeadamente ao nível da respectiva fundamentação¹⁷.

Existem, por outro lado, limites inerentes à inserção dos planos no contexto mais vasto do sistema de gestão territorial, e à necessidade de assegurar a sua compatibilidade com os demais planos e programas da Administração Pública, de acordo com a respectiva função, natureza e âmbito territorial¹⁸.

Existem, também, limites materiais expressos em leis e regulamentos, nomeadamente nos casos em que o legislador estabelece ele próprio uma hierarquização dos interesses em presença, condicionando o aproveitamento do território por meio de servidões administrativas e outras restrições de utilidade pública, ou fixando, de forma imperativa, standards mínimos ou máximos de urbanização e de edificação.

A estes limites materiais acrescem ainda limites internos à discricionariedade de planeamento, nomeadamente os que resultam da sujeição do exercício de todo e qualquer poder administrativo discricionário aos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé, nos termos do número 2 do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O princípio da igualdade surge-nos, assim, antes de mais, como um limite à discricionariedade na ponderação dos diversos interesses envolvidos no plano.

Enquanto limite à discricionariedade de planeamento, o princípio da igualdade traduz essencialmente a ideia de proibição de arbítrio. O plano não pode tratar diferentemente os seus destinatários, designadamente os proprietários dos terrenos por ele abrangidos, sem que exista um fundamento material objectivo que legitime a sua discriminação.

¹⁶ Cfr. **Sefano Cognetti**, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Nápoles, 1987, p. 21

¹⁷ Neste sentido, v. **Martin Bullinger**, “*Landsbericht Bundesrepublik Deutschland*”, in *Verwaltungsermessens im modernen Staat*, 1985, p. 131 e seguintes, em especial pp. 153-154; v. também **Stefano Cognetti**, op. cit., pp. 14 e 99 e seguintes.

¹⁸ Sobre as relações entre os diferentes tipos de plano previstos na lei, v. o nosso artigo “*A Lei do mais próximo: as relações entre planos no sistema de gestão territorial*”, in *Geolnova – Revista do Departamento de Geografia e Planeamento Regional da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa*, nº 7, 2003, pp. 151-165.

IV – O princípio da igualdade como parâmetro material de planeamento urbanístico

6. Mais do que um limite à sua liberdade de conformação, o princípio da igualdade apresenta-se como um parâmetro material de decisão que a Administração tem de observar na elaboração do plano.

É sobretudo nessa perspectiva – pela positiva – que nos interessa equacionar o problema da relação entre os planos urbanísticos e o princípio da igualdade¹⁹.

Conforme já tivemos oportunidade de verificar, o plano não se projecta com a mesma intensidade sobre todas as parcelas do território, sobre as quais existem direitos de propriedade diversos não apenas na sua titularidade mas também no seu conteúdo.

De certo modo, a desigualdade criada pelo plano não pode e não deve ser evitada. A diferenciação das prescrições urbanísticas em função das características próprias de cada parcela do território é absolutamente necessária do ponto de vista da sua adequação aos fins a prosseguir pelo plano, sob pena de o mesmo não poder satisfazer as necessidades colectivas que justificam a sua existência.

Pode mesmo afirmar-se que ao plano é inerente uma obrigação de diferenciação, no sentido de que seriam arbitrárias quaisquer prescrições urbanísticas que, a pretexto da garantia de uma igualdade formal entre os seus diversos destinatários, desconsiderassem as razões objectivas que justificam regimes diferenciados de ocupação, uso e transformação do solo em função dos fins visados pelo plano.

Do que se trata, então, é de saber se as situações de facto que justificam um regime urbanístico diferenciado para as diversas parcelas do território constituem fundamento material suficiente para, do ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade e da justiça, legitimar a efectiva desigualdade na distribuição dos encargos e benefícios do plano entre os seus diversos destinatários.

Dito por outras palavras: dando por assente que o plano não pode garantir, à partida, uma igualdade de oportunidades de aproveitamento urbanístico dos solos, do que se trata é de saber se é necessário e possível estabelecer medidas correctivas que, sem pôr em causa a liberdade de conformação do plano, permitam assegurar, à chegada, um resultado material idêntico para todos os seus destinatários.

Parece evidente que a lei tem de estabelecer soluções que assegurem uma igualdade real ou substancial entre os diversos proprietários abrangidos pelo plano, designadamente no que se refere à partilha dos respectivos encargos e benefícios²⁰.

¹⁹ Sobre esta matéria v., especialmente, **Fernando Alves Correia**, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989; v. Também, do mesmo autor, *Manual de Direito do Urbanismo*, 2ª edição, Coimbra, 2004, pp. 539 e seguintes.

²⁰ Nesse sentido, v. especialmente **Diogo Freitas do Amaral**, "Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística", in *Direito do Urbanismo*, Comunicações apresentadas no Curso realizado no Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1989, p. 103 ss.; e "Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Correia: *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXII, 1991, p. 101 ss.

No moderno Estado Social de Direito, não se pode aceitar a ideia de que uns tenham forçosamente que ser sacrificados para que outros possam ser beneficiados. Como recorda Diogo Freitas do Amaral, nenhum Direito pode aceitar a discriminação como uma característica inevitável, sob pena de ser injusto e, sendo injusto, não ser verdadeiro direito²¹.

Assim, é necessário estabelecer um modelo de repartição de encargos e benefícios do plano que permita que todos os proprietários retirem do objecto do seu direito a mesma utilidade económica, ainda que essa utilidade não tenha uma relação directa com o *quantum* de urbanização e de construção que o plano efectivamente permite para os respectivos terrenos.

Esse é, aliás, o princípio que está subjacente à generalidade dos modelos de perequação dos encargos e benefícios do plano que têm sido propostos pela doutrina ou experimentados no direito positivo de outras ordens jurídicas²².

Dado que a garantia do princípio da igualdade não se pode fazer com prejuízo da liberdade de conformação do plano pela Administração Pública, os referidos modelos procuram estabelecer mecanismos de compensação financeira ou patrimonial que oneram os proprietários beneficiados como forma de compensar os proprietários sacrificados.

V – Modelos de perequação compensatória

7. Os diferentes modelos de perequação compensatória que têm sido propostos pela doutrina têm em comum o facto de se basearem na definição de um padrão médio ou padrão tipo de aproveitamento urbanístico.

O referido padrão médio ou padrão tipo de aproveitamento urbanístico traduz a medida do benefício ou do sacrifício que deve caber a cada proprietário, e é calculado em função das necessidades estabelecidas no plano para a totalidade ou para zonas diferenciadas do território considerado.

Na maior parte dos modelos, a unidade de medida utilizada de natureza exclusivamente quantitativa, como a área de construção permitida pelo plano e a quantidade de obras de urbanização necessárias para a suportar.

Nos casos em que o território considerado não é homogéneo, é no entanto possível adoptar uma unidade de medida ponderada, que também atenda a factores de natureza qualitativa como a localização e a morfologia dos terrenos nos quais essa construção é efectivamente permitida ou que devem ser cedidos para a construção das infra-estruturas e serviços de interesse geral.

O que importa é que se distinga o aproveitamento urbanístico efectivamente permitido ou imposto pelo plano daquele índice ou parâmetro médio, que apenas define abstractamente a medida do direito ou do dever de cada proprietário.

Deste modo, passam a coexistir no plano dois tipos de índices e parâmetros urbanísticos:

²¹ Cfr. "*Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística*", loc. cit., p. 104.

²² Para uma descrição pormenorizada das técnicas de garantia do princípio da igualdade no Direito Comparado, v. **Fernando Alves Correia**, *O plano urbanístico...*, p. 593 e seguintes

- por um lado, índices e parâmetros objectivos, estabelecidos em função daquilo que se considera necessário para assegurar o correcto ordenamento urbanístico do território, e que correspondem às edificações e demais construções que o plano efectivamente permite que se materialize no terreno; e

- por outro lado, índices e parâmetros subjectivos, estabelecidos em função do que se considera ser a justa repartição de encargos e benefícios, e que apenas determinam a medida do conteúdo económico útil do direito de propriedade de cada um dos destinatários do plano.

8. O que diverge essencialmente nos diversos modelos propostos ou experimentados é a técnica utilizada para alcançar o equilíbrio das diversas posições subjectivas envolvidas.

Sem prejuízo das múltiplas variantes que cada uma delas admite, podemos classificar estas técnicas em três grandes grupos²³:

Em primeiro lugar, temos as técnicas de natureza tributária, que impõem aos proprietários beneficiados pelo plano o pagamento de uma taxa ou imposto de mais-valias, cuja receita fica consignada à satisfação das indemnizações devidas aos proprietários sacrificados.

O padrão médio ou tipo de aproveitamento urbanístico serve aqui como referência daquilo que se entende ser a maior valia acrescentada pelo plano aos terrenos que excedem aquele padrão, maior valia essa que em grande medida é o resultado do sacrifício imposto aos terrenos que não o atingem.

Em segundo lugar, temos as técnicas de compensação em espécie, que impõem aos proprietários beneficiados uma obrigação de cedência gratuita dos terrenos ou dos direitos de urbanização e de edificação que excedem o aproveitamento urbanístico médio ou tipo, os quais, por sua vez, são atribuídos aos proprietários sacrificados até atingirem o limiar daquele aproveitamento.

Em alternativa, a compensação pode fazer-se mediante a livre transacção de direitos de edificação, devendo os proprietários de terrenos a que objectivamente correspondam índices e parâmetros superiores ao aproveitamento urbanístico médio ou tipo adquiri-los aos que, no plano meramente subjectivo, têm direito a construir mais do que aquilo que o plano efectivamente lhes permite.

E, em terceiro lugar, há as técnicas de natureza associativa ou societária, em que os diversos proprietários são convidados ou até mesmo obrigados a realizar em conjunto a urbanização e a edificação dos seus terrenos, convertendo-os em meros direitos de participação nos lucros da operação urbanística empreendida em comum.

²³ Retomamos aqui, no essencial, a classificação proposta por **Diogo Freitas do Amaral** em "Opções Políticas e Ideológicas Subjacentes à Legislação Urbanística", loc. cit., pp. 104-105. A omissão das designadas "técnicas de socialização" dos solos urbanos ou urbanizáveis é propositada, não obstante os pontos de apoio que esta solução encontrava no próprio texto original da nossa Constituição, que no seu artigo 65º/4 impunha como necessária a "*nacionalização ou municipalização dos solos urbanos*". O que acontece nestes casos é que, nivelando por baixo, o sistema apenas actua em matéria de distribuição de encargos, não reconhecendo aos proprietários privados qualquer legitimidade para a obtenção de benefícios. Ao não fazê-lo, não compensando os mais sacrificados em proveito da colectividade, legitima uma repartição desigual daqueles encargos.

Esse lucro, sendo atribuído a cada proprietário na proporção da área do respectivo terreno, corresponde basicamente ao valor económico do padrão médio ou tipo de aproveitamento urbanístico, embora neste caso o plano não tenha que o prever expressamente porque ele resulta aritmeticamente da fórmula encontrada para partilhar os respectivos encargos e benefícios.

9. Temos de reconhecer, contudo, que é difícil dissociar totalmente o regime urbanístico dos solos do conteúdo dos respectivos direitos de propriedade sem correr o risco de introduzir novas discriminações, dado que distância que cada um dos proprietários percorre desde o momento imediatamente anterior à elaboração do plano até ao respectivo resultado final não é sempre a mesma.

Com efeito, nem todas as desigualdades são criadas pelo plano, e algumas das que por ele são introduzidas são plenamente justificadas, atendendo ao carácter essencial das diferenças que estão na base das respectivas situações de facto e de direito.

Desde logo, o plano urbanístico estabelece uma distinção entre proprietários de solos integrados no seu perímetro de intervenção, que por definição são urbanos²⁴, e os proprietários de solos dele excluídos, nomeadamente de solos rurais²⁵. Estes últimos, não obstante o maior "sacrifício" que suportam, resultante da impossibilidade absoluta de urbanizarem ou edificarem nos seus terrenos, não são abrangidos pelo plano e, por conseguinte, não beneficiam dos seus mecanismos de compensação, caso existam.

É certo que, tratando-se de um plano urbanístico, vocacionado para reger exclusivamente a ocupação, o uso e a transformação de solos urbanos, é legítimo adoptar do direito de propriedade privada uma concepção que valorize especialmente a sua função social, a qual vê na previsão normativa de absoluta falta de aptidão urbanística dos solos rurais um mero reflexo da sua «situação vinculacional»²⁶, insusceptível por isso mesmo de gerar qualquer obrigação de indemnização.

Mas, ainda assim, tem de se cuidar de saber, caso a caso, se o critério determinante da distinção entre o urbano e o rural é efectivamente o da «situação vinculacional» dos terrenos, medida pela sua localização, qualidade e características morfológicas – pela sua aptidão natural intrínseca – ou se, pelo contrário, resulta apenas de uma opção discricionária da Administração, que define o destino básico dos solos de acordo com as suas opções em matéria de política urbanística.

Por outro lado, mesmo entre os proprietários de solos urbanos o plano estabelecer discriminações relevantes, que não podem deixar de ser consideradas na perspectiva da garantia de uma igualdade real na distribuição dos seus encargos e benefícios.

²⁴ Embora violentando a própria natureza daqueles planos, actualmente o Decreto-Lei nº 380/99 permite, a integração de solos rurais no perímetro de intervenção, tanto dos planos de urbanização (art. 87º), como dos planos de pormenor (art. 90º/1).

²⁵ A contraposição entre o destino básico «urbano» e «rural» dos solos é feita no número 2 do artigo 15º da Lei de Bases, que estabelece o respectivo regime de classificação, e é retomada no artigo 72º do Decreto-Lei nº 380/99. Atendendo, porém, à nossa tradição jurídica, nomeadamente romanista, teria sido preferível contrapor o solo urbano ao solo «rústico», já que a o rural normalmente é associado ao destino agrícola dos solos, e não a todo e qualquer destino que seja conforme com a sua própria natureza, incluindo, portanto, o seu aproveitamento florestal, cinegético ou mineiro, ou mesmo a pura e simples conservação no seu estado natural.

²⁶ Sobre a situação vinculacional da propriedade, v. **Fernando Alves Correia**, O plano urbanístico ..., p. 323.

O plano urbanístico discrimina, inevitavelmente, os proprietários de terrenos para os quais permite a sua futura urbanização e edificação, relativamente aos proprietários de solos já urbanizados ou edificados.

Com efeito, aqueles que pretendem urbanizar e edificar nos seus terrenos estão normalmente condicionados pelo volume de urbanização e de construção já existente e, na prática, têm de suportar os encargos resultantes do défice preexistente de espaços verdes e de utilização colectiva, de infra-estruturas e de equipamentos.

É que, a menos que seja possível ponderar o existente na definição do índice médio, os proprietários abrangidos pelo regime estabelecido por determinado plano urbanístico têm de contribuir para o financiamento dos encargos públicos com a urbanização e edificação dos seus terrenos, não apenas na proporção do custo gerado pela sua própria actividade, mas também do necessário para compensar o menor esforço realizado por aqueles que, tendo já urbanizado ou edificado os seus terrenos, não suportaram os encargos que lhe corresponderiam no quadro da sua justa repartição.

VI – A perequação compensatória na legislação portuguesa

10. Durante muito tempo não existiu em Portugal um enquadramento legal específico do problema da repartição de encargos e benefícios decorrentes da execução do planeamento urbanístico.

Se excepcionarmos a legislação urbanística pombalina já referida, aprovada em circunstâncias excepcionais para estabelecer a solução jurídica de uma única operação de renovação urbana, nunca no passado aquela matéria foi objecto de expressa regulamentação legal.

A esse facto não é estranha a circunstância de que, entre nós, a urbanização não se desenvolveu sob o impulso de instrumentos de planeamento. Embora previstos na lei, e muitas vezes elaborados pela Administração, no passado os planos de urbanização raramente completavam o seu ciclo de aprovações burocráticas, e em qualquer caso nunca eram publicados e não chegavam, por isso, a entrar em vigor²⁷.

Acresce que, nos dois principais movimentos urbanizadores que o país conheceu antes da segunda guerra mundial²⁸, a urbanização foi decidida e promovida directamente pela Administração, mediante prévia expropriação sistemática dos terrenos, os quais eram posteriormente devolvidos à iniciativa privada, através de venda em hasta pública, já devidamente infra-estruturados e prontos para a edificação.

²⁷ Assim aconteceu, nomeadamente, com o Plano Geral de Melhoramentos da Cidade de Lisboa, aprovado pela Câmara Municipal em 4 de Janeiro de 1904, mas que não chegou a merecer a necessária aprovação governamental. No Estado Novo, foram elaborados centenas de planos de urbanização que, no entanto, ou não foram aprovados, ou não foram publicados – sobre as razões desta prática, v. **Fernando Gonçalves**, “Urbanística à Duarte Pacheco”, in *Arquitectura*, 4ª Série, nº 142, pp. 20-37.

²⁸ Referimo-nos, nomeadamente, aos «melhoramentos» introduzidos em Lisboa e Porto pela política de fomento prosseguida nas últimas décadas do século XIX, com particular destaque para a construção das «avenidas novas» em Lisboa; e ao movimento de expansão urbana protagonizado por Duarte Pacheco, Ministro das Obras Públicas do Estado Novo em finais dos anos 30 e princípios dos anos 40 do século XX.

Nesse contexto, a previsão legal de mecanismos de perequação era, desnecessária, já que a compensação dos proprietários sacrificados pela expropriação se fazia exclusivamente por meio do pagamento das correspondentes indemnizações.

No pós-guerra, assistiu-se à progressiva recuperação da iniciativa privada em matéria de urbanização e edificação, sem que no entanto essa iniciativa fosse devidamente enquadrada por planos urbanísticos e, conseqüentemente, por mecanismos de distribuição dos correspondentes encargos e benefícios.

Com efeito, a perda de iniciativa da Administração não foi compensada por instrumentos de programação dos solos adequados a exercer um efectivo controlo da actuação urbanística dos particulares, tendo esta sido desenvolvida de forma casuística na base de operações de loteamento urbano e de obras particulares.

Mais recentemente, já na vigência da legislação que permitiu a generalização do planeamento a todo o território nacional²⁹, nomeadamente através da aprovação sistemática de planos directores municipais, a falta de enquadramento legal específico da perequação compensatória ficou a dever-se à inexistência de um regime geral da execução dos planos que previsse os instrumentos necessários para assegurar aquele objectivo³⁰.

Deste modo, só com a aprovação da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, pela Lei nº 48/98, de 11 de Agosto, e sobretudo com o seu posterior desenvolvimento pelo novo regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 380/99, de 22 de Setembro³¹, foi possível colmatar essa lacuna³².

11. Sem prejuízo da falta de enquadramento legal específico do problema da perequação compensatória, antes da entrada em vigor da Lei de Bases, a nossa legislação urbanística já consagrava, embora de forma dispersa, alguns instrumentos de política de solos que recorrem a técnicas de perequativas de natureza associativa³³.

Em particular, a lei já então consagrava a figura da "Associação da Administração com os Particulares", prevista nos artigos 22º e seguintes da Lei dos Solos (LS), aprovada pelo Decreto-

²⁹ Referimo-nos concretamente ao Decreto-Lei nº 69/90, de 2 de Março, que estabelecia anteriormente o regime dos designados planos municipais de ordenamento do território, neles se incluindo o plano director municipal, o plano de urbanização e o plano de pormenor.

³⁰ Chamando especial atenção para a lacuna existente no nosso ordenamento jurídico no domínio da execução dos planos, v. **Fernando Alves Correia**, "A execução dos planos directores municipais. Algumas questões", in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, nº 3, 1995, p. 67 e seguintes

³¹ Actualmente com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 310/2003, de 10 de Dezembro.

³² O nº 1 do artigo 18º da citada Lei de Bases estabeleceu a obrigação legal de os instrumentos de planeamento vinculativos para os particulares preverem "*mecanismos equitativos de perequação compensatória, destinados a assegurar a redistribuição entre os interessados dos encargos e benefícios deles resultantes*", tendo essa matéria sido concretizada no regime estabelecido nos artigos 135º a 142º do Decreto-Lei nº 380/99.

³³ Também se pode qualificar como «perequativo» o regime de expropriação por utilidade pública de solos classificados por plano municipal como zona verde, de lazer ou para instalação de infra-estruturas e equipamentos públicos, estabelecido no número 12 do artigo 26º do Código das Expropriações, cujo valor a atribuir para efeitos de indemnização "será calculado em função do valor médio das construções existentes ou que seja possível edificar nas parcelas situadas numa área envolvente cujo perímetro exterior se situe a 300 m do limite da parcela expropriada".

Lei nº 794/76, de 5 de Novembro³⁴, e a das "zonas de urbanização conjunta", previstas no artigo 10º DL nº 152/82, de 3 de Maio³⁵, que instituiu as "áreas de desenvolvimento urbano prioritário" (ADUP) e as "áreas de construção prioritária" (ACP).

Aquelas associações, e em especial a Associação da Administração com os Particulares, destinam-se a assegurar a disponibilidade dos terrenos necessários à realização de operações de expansão, desenvolvimento ou renovação urbana, ou de criação de novos aglomerados (art. 21º/1 LS), constituindo assim uma alternativa à aquisição dos mesmos pela Administração.

Assim se explica, nomeadamente, que elas possam ser constituídas mesmo que sem o acordo de todos os proprietários abrangidos, caso em que os respectivos terrenos, desde que não correspondam a mais de um terço da área abrangida pela operação, serão expropriados e integrados na participação da Administração (art. 23º/2 e 3 LS).

Através da participação dos respectivos proprietários, a Administração fica automaticamente investida no poder de realizar a operação urbanística projectada, incluindo o parcelamento ou o reparcelamento dos terrenos por ela abrangidos e a sua infra-estruturação (art. 25º/3 LS).

Os proprietários, por seu turno, beneficiam do produto da venda dos lotes constituídos na operação, ou desses mesmos lotes, na proporção das respectivas participações na Associação (art. 25º/1 LS), que são calculadas com base no valor dos respectivos terrenos (art. 24º/1 LS).

Tal como foram pensadas pelo legislador, estas associações teriam enormes virtualidades quando realizadas em execução de um plano urbanístico, já que elas permitiriam, pelo envolvimento de todos os proprietários abrangidos, assegurar uma justa repartição dos encargos e benefícios dele decorrentes.

Alves Correia, por exemplo, considera que a Associação *"elimina por si mesma toda e qualquer desigualdade de tratamento dos proprietários do solo localizado numa mesma área ou zona"*, e chegou mesmo a advogar, muito antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 380/99, que estas associações se transformem *"num sistema geral de execução dos planos urbanísticos"*³⁶.

Em nossa opinião, porém, a Associação da Administração com os Particulares está longe de alcançar o resultado pretendido, e o reduzido número de vezes em que ela foi posta em prática, não obstante o respectivo regime ainda hoje se encontrar em vigor, é disso mesmo uma prova cabal.

Tais associações não se têm revelado capazes de contribuir para a resolução do problema do restabelecimento da igualdade entre os proprietários de terrenos abrangidos por um plano urbanístico, designadamente porque, tendo sido pensadas para prosseguir políticas públicas de expansão urbana, hoje já praticamente abandonadas, preocupam-se mais com a definição dos poderes de intervenção da Administração na execução das operações urbanísticas do que propriamente com os direitos decorrentes da participação de cada proprietário na associação.

³⁴ Actualmente com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 313/80, de 19 de Agosto.

³⁵ Com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 210/83, de 23 de Maio.

³⁶ Cfr. **Fernando Alves Correia**, O plano urbanístico ..., p. 625 e seguintes

Em concreto, podemos formular três críticas ao figurino legal destas associações.

Em primeiro lugar, trata-se de uma solução altamente burocratizada, que coloca as operações urbanísticas fundamentais a cargo da Administração Pública, em vez de as manter exclusiva ou predominantemente no campo da iniciativa privada.

Em segundo lugar, trata-se de uma solução cujo financiamento se mostra particularmente difícil de assegurar. Ou todos os investimentos com a urbanização e a edificação dos terrenos ficam a cargo da Administração - e então a operação é ruínosa para o erário público - ou ficam a cargo dos proprietários, mas nada garante que, entre estes, todos tenham a necessária capacidade financeira: e se alguns não a tiverem, o problema torna-se insolúvel.

Em terceiro lugar, trata-se de uma solução ineficaz, que não restabelece a igualdade entre os proprietários de terrenos abrangidos por um plano urbanístico. É que, sendo o valor das respectivas participações calculado com base no próprio valor dos terrenos com que os mesmos entram para a associação, mantém-se, a final, a mesma proporção entre os encargos e benefícios suportados ou auferidos por cada um deles.

Existe, no entanto, uma diferença entre os regimes da Associação da Administração com os Particulares e das Zonas de Urbanização Conjunta, que pode atenuar a crítica de ineficácia relativamente a esta última figura.

Na verdade, nas Zonas de Urbanização Conjunta o valor das participações de cada proprietário é aferido em função da proporção da área do respectivo terreno (art. 10º/3/b) do DL nº 152/82), e não do seu valor. O que significa que, nestes casos, o benefício auferido por cada proprietário corresponde efectivamente a um padrão médio ou padrão tipo de aproveitamento urbanístico, calculado em função das necessidades estabelecidas no plano para a totalidade da área considerada³⁷.

12. O modelo que veio a ser adoptado pelo legislador como regime geral da repartição dos encargos e benefícios decorrentes do planeamento urbanístico é o da compensação em espécie, embora se tenha admitido a utilização de diferentes técnicas de compensação, incluindo a livre transacção de direitos de edificação.

A matéria, como já referimos, está actualmente regulada nos artigos 135º e seguintes do Decreto-Lei nº 380/99, que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial.

Reiterando o que nessa matéria já dispunha a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo, aquele diploma legal começa por consagrar o direito dos proprietários à distribuição perequativa dos benefícios e encargos decorrentes dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares (art. 135º), a que se contrapõe, do lado da Administração, o correspondente dever de perequação (art. 136º).

³⁷ A crítica que se pode fazer a esta última solução é que ela assenta na ideia – que não partilhamos - de que todas as desigualdades são introduzidas pelo plano, desconsiderando algumas situações de facto que, à partida, portanto em momento anterior ao plano, são desiguais. Como já antes tínhamos concluído, esta indiferença em relação às prescrições do plano nem sempre é aceitável, não o sendo, nomeadamente, quando existam razões objectivas que, materialmente, imponham ao plano a adopção de regimes diferenciados.

O dever de perequação traduz-se na obrigatoriedade de aqueles instrumentos de gestão territorial, entre os quais se incluem, nomeadamente, os planos municipais³⁸ e os planos especiais de ordenamento do território³⁹, preverem mecanismos directos ou indirectos de distribuição perequativa dos benefícios e encargos deles decorrentes (art. 136º/1).

Estabelece-se, no entanto, uma distinção entre a “previsão” daqueles mecanismos, exigível a qualquer dos referidos instrumentos de gestão territorial, e a sua “aplicação”, que apenas é feita no âmbito de planos de pormenor ou de unidades de execução delimitadas nos termos do artigo 120º do mesmo diploma⁴⁰.

A distinção assenta na ideia de que a concreta operacionalização dos mecanismos de perequação previstos na lei supõe o carácter homogéneo da zona a considerar, e consequentemente a restrição do respectivo âmbito territorial de aplicação.

Aos planos de âmbito territorial mais vasto, nomeadamente os planos directores municipais, fica reservada a tarefa de definir os critérios a seguir pelos planos de pormenor ou unidades de execução na aplicação dos respectivos mecanismos de perequação, assegurando por essa via a uniformidade e a coerência global do sistema adoptado.

Desse regime resulta, portanto, que a distribuição perequativa dos encargos e benefícios é feita caso a caso, através de expressa consagração dos mecanismos previstos na lei nos planos directores municipais, cuja elaboração, e da sua operacionalização no âmbito de planos de pormenor ou através de unidades de execução de outros planos.

Deste modo, a lei limita-se a fornecer o “cardápio” de mecanismos que ficam à disposição da Administração municipal na elaboração dos seus planos, que são concretamente os seguintes:

- Estabelecimento de um índice médio de utilização;
- Estabelecimento de uma área de cedência média
- Repartição dos custos de urbanização

Analisemos separadamente cada um deles.

13. O índice médio de utilização corresponde à edificabilidade média que é determinada pela construção admitida para cada propriedade ou conjunto de propriedades, por aplicação dos

³⁸ São planos municipais de ordenamento do território, nos termos do nº 2 artigo 9º da LBOTU, o plano director municipal, o plano de urbanização e o plano de pormenor – sobre o regime destes planos v. os artigos 69º a 92º do Decreto-Lei nº 380/99.

³⁹ São planos especiais de ordenamento do território, nos termos do artigo 33º da LBOTU, os planos de ordenamento das áreas protegidas, os planos de ordenamento das albufeiras de águas públicas e os planos de ordenamento da orla costeira; o nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei 131/2002, de 11 de Maio, viria a incluir no catálogo de planos especiais os planos de ordenamento de parque arqueológico.

⁴⁰ De acordo com o artigo citado, “a delimitação de unidades de execução consiste na fixação em planta cadastral dos limites físicos da área a sujeitar a intervenção urbanística e com a identificação de todos os prédios abrangidos”. É no âmbito dessas unidades que, conforme dispõe o nº 2 do artigo 119º, se realiza a execução dos planos municipais, através de qualquer um dos três sistemas previstos na lei: compensação; cooperação ou imposição administrativa.

índices e orientações urbanísticas do plano, e traduz o “direito abstracto de construir” de que os proprietários são titulares (art. 139º/1).

Quando o seu “direito concreto de construir” for inferior à média, o proprietário deverá ser compensado através de desconto nas taxas que tenha de suportar ou pela aquisição pelo município, por permuta ou compra, da parte do terreno menos edificável (art. 139º/6).

Quando aquele direito for superior à média, o proprietário deverá ceder para o domínio privado do município a área correspondente ao excesso de edificabilidade. (art. 139º/7).

Em alternativa à compensação em espécie, “*o plano pode optar por permitir que os proprietários que, de acordo com as disposições do mesmo, possam construir acima da edificabilidade média, adquiram o excesso a essa potencialidade àqueles que, igualmente nos termos do plano, disponham de um direito de construção inferior à mesma*” (art. 140º/1).

A lei não esclarece, contudo, se é possível estabelecer no plano uma obrigação de venda daqueles direitos, ou se, pelo contrário, os proprietários que disponham de um “direito concreto de construção” inferior à edificabilidade média no plano são livres de negociar ou não aquele excesso.

Em nossa opinião, na falta de uma disposição legal expressa aquela obrigação não pode ser imposta, existindo por isso uma mera faculdade de negociação.

É que, não obstante o nº 2 do artigo 118º estabelecer, para os particulares, um dever genérico de estes “*concretizarem e adequarem as suas pretensões às metas e prioridades*” estabelecidas no plano, do quadro legal em vigor⁴¹ não parece poder extrair-se um dever concreto de urbanizar os terrenos abrangidos pelo plano, passível de ser imposto coercivamente pela Administração sem prévia expropriação por utilidade pública.

Trata-se, no entanto, de um quadro legal incompleto, que mantém a iniciativa da urbanização e da edificação dos solos urbanos na disponibilidade dos proprietários, não conseguindo assim resolver o problema da indiferença destes em relação às escolhas dos planos⁴².

14. A área de cedência média deve ser estabelecida em conjunto com o índice médio de utilização, e destina-se a repartir de forma equitativa, já não os benefícios, mas os encargos resultantes da execução do plano (art. 141º).

As cedências previstas neste regime ocorrem no âmbito do licenciamento de operações de loteamento urbano e destinam-se a infra-estruturas e pequenos espaços públicos que servem directamente o conjunto edificado (art. 141º/1), bem como a zonas verdes urbanas, equipamentos e vias sem construção adjacente, conforme o previsto no plano (art. 141º/2).

O princípio básico de funcionamento deste mecanismo é idêntico ao do índice médio de utilização, ficando o proprietário que ceda área em excesso relativamente ao exigível com direito

⁴¹ Nomeadamente das disposições do Decreto-Lei nº 380/99 respeitantes à execução dos planos municipais, constantes da Secção I do Capítulo V, e das quais aquele artigo 118º constitui um «princípio geral».

⁴² Neste sentido, **Paolo Stella Richter**, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milão, 1988, p. 4.

ao desconto nas taxas que tenha de suportar ou pela aquisição pelo município, por permuta ou compra, da parte do terreno menos edificável (art. 141º/4); e o proprietário que não ceda área suficiente para perfazer a cedência média obrigado compensar o município em numerário ou espécie (art. 141º/5).

A objecção que pode ser levantada ao regime legal deste mecanismo de perequação é que a sua aplicação prática é restrita aos casos em que a urbanização e a edificação dos terrenos é precedida da aprovação de uma operação de loteamento urbano, no domínio das quais a lei permite exigir do proprietário a cedência de terrenos para espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas e equipamentos⁴³.

A restrição da aplicação deste mecanismo às operações de loteamento urbano reduz substancialmente o seu alcance útil, e suscita a dúvida sobre se a utilização de um índice médio de utilização pode estar sempre necessariamente dependente do estabelecimento simultâneo de uma área de cedência média, conforme se estabelece no nº 2 do artigo 138º.

Em nossa opinião, e sob pena de se frustrar o direito à perequação dos proprietários atingidos pelo plano, a referida disposição legal tem de ser interpretada no sentido de que o recurso ao índice médio de utilização só tem de ser combinado com uma área de cedência média nas áreas que devam obrigatoriamente ser sujeitas à realização de operações de loteamento urbano e de obras de urbanização, nomeadamente por pressuporem a prévia divisão jurídica da propriedade.

Nos restantes casos, e mesmo nos casos de áreas sujeitas a operações de loteamento urbano em que as referidas cedências não se revelem necessárias, tem de se poder combinar o índice médio de utilização com outros mecanismos destinados a repartir os encargos da urbanização, designadamente a repartição entre os proprietários dos respectivos custos.

Nesta perspectiva, o que efectivamente releva do disposto no nº 2 do artigo 138º é que os instrumentos de gestão territorial não devem poder repartir os benefícios que deles resultam sem que, simultaneamente, procedam à repartição dos seus ónus ou encargos.

15. A repartição dos custos de urbanização é feita pela definição de um critério de cálculo da comparticipação dos proprietários no financiamento de infra-estruturas e serviços urbanos previstos no plano, atendendo ao tipo ou intensidade do aproveitamento urbanístico por ele permitido para cada um daqueles proprietários, ou à superfície do seu lote ou parcela.

Nesse cálculo tanto podem ser consideradas as infra-estruturas locais como as de âmbito geral, sendo certo que, como resulta do regime jurídico da urbanização e da edificação, o proprietário só tenha de suportar os custos com as infra-estruturas e serviços gerais do município quando, em virtude da sua ausência ou insuficiência, isso se revele necessário para obsta ao indeferimento do licenciamento da operação urbanística projectada⁴⁴.

⁴³ É o que resulta do nº 2 do artigo 141º, nomeadamente quando conjugado com o artigo 44º do Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei nº 177/2001, de 4 de Junho, que estabelece o regime jurídico da urbanização e da edificação.

⁴⁴ Cfr., nomeadamente, artigos 24º e 25º do citado Decreto-Lei nº 555/99.

Na prática, porém, a repartição dos custos de urbanização só será viável nos casos de planos cujos sistemas de execução sejam de compensação ou de cooperação, e pressuponham, por isso, a prévia celebração de um contrato de urbanização entre todos os proprietários, ou entre estes e a Administração.

VII – Conclusão

16. Ao prever os mecanismos de perequação compensatória que acabamos de descrever e analisar, a legislação urbanística portuguesa deu sem dúvida um passo em frente no caminho da construção de uma cidade mais justa e mais solidária.

O caminho está, no entanto, longe de estar integralmente percorrido.

Ao não conferir à Administração poderes para impor o dever legal de urbanização e edificação dos solos privados de acordo com a programação estabelecida pelo plano, em necessidade de recurso à expropriação por utilidade pública, e ao não prever mecanismos directos de perequação tributária⁴⁵, o legislador condenou o sucesso do regime legal descrito a ficar dependente da vontade dos proprietários privados.

Actuando apenas por iniciativa dos proprietários, o modelo adoptado apenas é adequado a promover a justa repartição dos encargos e benefícios resultantes dos planos urbanísticos nos casos em exista acordo entre eles para promover a sua execução.

Nos casos em que esse acordo não exista, ou em que seja necessário vencer a inércia ou a resistência de um ou mais proprietários, a Administração está, na prática, impedida de por em prática os mecanismos de perequação compensatória previstos no plano.

A solução que nos parece mais viável, e mais justa, é devolver a direcção pública do processo de urbanização à administração municipal, conferindo-lhe, se necessário, poderes para promover a venda forçada ou a tributação progressiva das propriedades cujo aproveitamento urbanístico não seja feito nos prazos e nas condições impostas pelo plano.

⁴⁵ Nada obsta, no entanto, a que o plano recorra a mecanismos tributários indirectos, nomeadamente às taxas urbanísticas – neste sentido, v. **Jorge Carvalho** e **Fernanda Paula Oliveira**, Perequação, taxas e cedências: administração urbanística em Portugal, Coimbra, 2003.