

Johannes Dreier

Die normative Steuerung der planerischen Abwägung: strikte Normen, generelle Planungsleitbegriffe, Planungsleitlinien und Optimierungsgebote

Berlin, Duncker & Humblot, 1995 (467 páginas).

1. A obra supra de J. Dreier, aceite como dissertação na Faculdade de Ciências Jurídicas Albert-Ludwigs-Universität Freiburg no semestre de Inverno de 1994/95, propôs-se facultar a maximização do acolhimento legislativo da dogmática da ponderação no planeamento. Dogmática que foi recebida pela doutrina após uma já longa *praxis* exclusivamente havida nesta sede pela jurisprudência.

2. A concepção (e o enquadramento sistemático) da discricionariedade da planificação é tradicionalmente traduzida pela doutrina maioritária e pela jurisprudência do BVerwG como amplo espaço discricionário, como discricionariedade criadora, como discricionariedade necessariamente discernida da discricionariedade administrativa em geral em virtude da liberdade criadora co-essencial à planificação. Por outro lado, esta não se volve especificamente em normas de programação condicional mas sim na previsão para um futuro certo de parametrizados e complexos procedimentos, a promover/executar por entes públicos territorialmente descentralizados, que concluídos, consomem a força normativa inicial da lei de planeamento.

Estes procedimentos planificatórios são necessariamente criativos (homologamente ao acto legislativo), pelo que o ente planificador está investido de uma discricionariedade peculiar: pondera primariamente interesses, mas não deixa de ser e de actuar como ente ou órgão administrativo. Ora o hipotizar do paroxismo para esta situação, suscita mais claramente de uma dogmática conformadora e reactiva. Esta, sublinha, formalmente, a posição infra-ordenada à lei dos procedimentos normativo-planificatórios e substancialmente, aos princípios materiais fundamentais do planeamento e ao que deles decorre. Assim, exige-se que a criatividade planificatória, visivelmente vertida na radicalmente desigual afectação dos espaços, se confronte e informe pela (justa) ponderação de todos os interesses havidos como relevantes.

3. A obra é estruturada em um primeiro capítulo introdutório e duas partes. A primeira versa sobre: a ponderação planificatória em geral; a legitimidade e o alcance da mesma; a estrutura do procedimento de ponderação (após consideração do modelo trifásico e do atinente entendimento do BVerwG); a 1.^a fase — compilação do material a ponderar; e finalmente a 2.^a fase — pesagem dos interesses. A segunda parte, composta por seis capítulos, investe no sistema de determinações normativas da ponderação planificatória, consubstanciado em normas estritas, conceitos gerais orientadores do planeamento, linhas orientadoras e preceitos de optimização; após o que trata das proibições com excepções e isenções, terminando com uma conclusão.

4. J. Dreier rejeita liminarmente a tese da ponderação planificatória como procedimento de pesagem bipolar (entre interesses públicos e privados), aceitando a poligonalidade dos ponderandos interesses. Afasta também uma metodologia exclusivamente tópica.

No que tange à estrutura do procedimento de ponderação planificatória, recusa a utilidade da tese da tríade lógico-sequencial (compilação-pesagem-equilíbrio dos interesses) em razão da inalcançabilidade de um método de avaliação quantitativa e assim da impossibilidade de obter um quadro de interesses com pesos objectivos. Do que retira a superfluidade e desconformidade lógica de uma tal terceira fase de equilíbrio objectivamente compensatório, bem como o concernente vício de desproporcionalidade objectiva de ponderação.

5. Para a primeira fase, o legislador deverá ter especificado o espectro e a densidade dos interesses a compilar.

Por outro lado, atendendo à necessidade de eficiência devem ser controlados os custos da compilação; para tal o pré-planeamento não deve ser subestimado, não deverão entrar na compilação bagatelas jurídicas, devendo recolher-se apenas interesses que: *a)* se manifestam claramente em questão e *b)* merecem protecção jurídica.

A segunda fase, a pesagem, será a atribuição heterónoma de componentes de peso, segundo critérios consubstanciadores da própria liberdade criadora planificatória e segundo critérios e co-determinações decorrentes de avaliações normativas, linhas orientadoras e princípios densificadores do princípio geral da (justa) ponderação.

Primeiro, a pesagem avalia os interesses dentro da sua categoria e depois procede à sua pesagem inter-relacionando-os. Este subprocedimento deverá orientar-se pelo significado e grau de afectação dos interesses no caso concreto. Para que haja um percurso seguro ter-se-á que informar estruturas argumentativas com substância de ordem jus-filosófica, técnico-jurídica e estritamente jurídica vasada em normas directoras, linhas orientadoras e princípios de ponderação clarificadores e densificadores do princípio geral da justa ponderação.

Quando nem os princípios de ponderação nem os demais supostos normativos forem já pertinentes para a pesagem, são as circunstâncias do caso concreto que passam a determinar. É aqui que a autoridade planificadora encontra a maior margem de liberdade criadora.

Assim, a pesagem de um interesse no caso concreto comporta sempre uma parcela de avaliação subjectiva da Administração, contudo tem que, aqui, determinar-se pela afectação concreta conjugada com a importância factual e normativa do interesse no contexto dos interesses próximos.

6. Chegando ao núcleo da tese de Dreier, este começa por tratar as normas estritas que distingue das meras linhas orientadoras de planeamento e dos preceitos de optimização.

6.1. Estas normas estritas são imperativas e seguem o esquema tradicional de programação condicional; são modelos de prioridade absoluta, normas que se distinguem dos preceitos de optimização os quais traduzem prioridades relativas. Assim, uma infracção a uma norma estrita (mesmo que indirectamente vinculativa) é uma violação de lei imperativa e não (conforme tem sido mais sustentado) uma falha ponderatória (*Abwägungsfehler*) da liberdade criadora planificatória.

As *strikte Normen* regulam fronteiras insuperáveis dos bens jurídicos respectivos e orientam-se ou para o significado abstracto dos seus valores ou para a protecção de um mínimo irredutível dos mesmos bens.

Exemplos de normas estritas protectoras de um mínimo irredutível em bens jurídicos privados são desde logo na Constituição o artigo 2.º, n.º 2, 1.ª parte (protecção da vida e da integridade física), e o artigo 14.º (garantias individual e institucional do direito de propriedade privada socialmente vinculada

e protecção expropriatória). Bem assim são normas estritas, as normas especiais de prevenção de perigos oriundas do direito de polícia, as normas sobre higiene e segurança nas construções e muitas normas de protecção do ambiente.

Sublinha em sequência o autor, que o princípio da resolução gradualista dos problemas urbanísticos não deve ser posto em causa pela (inescusável) discricionariedade planificatória. Ou seja, no interesse de uma coerência valorativa e de uma determinação integradora dos planeamentos globais e dos planeamentos técnicos e preparatórios (preeminência relativa, diríamos nós), o legislador decretou normativo que, aos supostos de enquadramento constantes dos planos superiores, vincula o planeamento subsequente; assim, por exemplo, as determinações integradas em plano superior ao *Bebaungsplan* são face a este normas estritas¹.

6.2. Conceitos gerais orientadores do planeamento, por seu lado, integram em si mesmo interesses diversos e têm um claro significado político-jurídico delimitando dogmático-juridicamente a função planificadora².

6.3. As linhas orientadoras do planeamento têm uma função indicativa chamando a atenção para certos interesses como potencialmente relevantes para a ponderação. Estas linhas serão assim fundamentos tipificados ainda necessários à autoridade planeadora e úteis à de controlo.

A integração de um bem num catálogo de linhas orientadoras dá-lhe um estatuto de preponderância; a este propósito J. Dreier entende que no §1 Abs.5 Satz 2 do BauGB se consagram linhas simples de orientação sem atribuição de nenhum peso especial³.

Atenta quanto à diferenciação interna, que a interpretação sistemática dos catálogos de linhas orientadoras, *per se*, não conferirá pesos relativos distintos aos interesses catalogados.

6.4. O peso relativo de um interesse nomeado pode sim ser reforçado na ponderação planificatória quando se apresenta como preceito de optimização.

Preceitos de optimização serão por exemplo o princípio da prevenção inscrito no §8 Abs.2 Satz 1 do BNatSchG, o da abstenção inscrito no §8 Abs.3 do mesmo BNatSchG e a cláusula de protecção dos solos plasmada no §1 Abs.5 Satz 3 do BauGB⁴.

J. Dreier lembra aqui que por vezes, por exemplo preceitos de protecção do ambiente ou do património se vêm a revelar “legislação simbólica”, tranquilizantes para grupos intermédios de defesa do ambiente. Contudo, o sentido de um reconhecimento em preceito de optimização implicará: maior obrigação de averiguação da consideração do interesse na ponderação, melhor exposição e explicitação, mais exigente fundamentação para o grau da respectiva admissão ou não admissão. Estes parâmetros densificarão igualmente a tarefa das instâncias de controlo da actividade planificatória. Problemática associada é a da colisão entre preceitos de optimização (*v.g.*: interesse da protecção contra o ruído obrigando a afastamentos de edificações *vs.* interesse da preservação dos solos na maior extensão e continuidade possível exigindo concentração urbanística). Ora aqui a coexistência implica cedências por ponderação mas não a subalternização dos interesses da categoria dos preceitos de optimização.

7. Aponta ainda J. Dreier que outras decorrências e efeitos jurídicos poderão adquirir-se após reelaborações e sedimentações de um sistema de normas jurídico-materiais co-determinantes da planificação, não recusando a liberdade criadora planificatória antes a reequacionando e potenciando mais justa e transparente fundamentação de cada decisão planificatória.

8. Observámos nesta obra da colecção de direito público uma estruturação agradavelmente rigorosa, útil e clarificadamente uniforme, monografia pertinentemente analítica, dialogante com a doutrina concernente; atenta ao direito positivo, à jurisprudência superior alemã e até à dimensão sociológica atinente.

Manuel Neves Pereira

Professor Adjunto da Universidade do Algarve

¹ Conforme o princípio exarado no §8 Abs.2 Satz1 do BauGB: os *Bebaungspläne* devem ser desenvolvidos com base no *Flächenutzungsplan*.

² Vejam-se destes conceitos logo no §1 Abs.5 Satz1 do BauGB: os planos directores devem garantir um desenvolvimento urbanístico ordenado e um aproveitamento dos solos socialmente justo, correspondente ao bem geral e devem contribuir para assegurar um ambiente humanamente digno e ainda para proteger e desenvolver os suportes naturais da vida.

³ Apesar de a letra da lei ser : “(...) tem que se ter em conta especialmente: 1. As exigências gerais das condições de habitação e de trabalho (...)”.

⁴ “Os solos devem ser tratados de modo poupado e suave”.