



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

As Medidas de Tutela da Legalidade e a Proteção do Existente:

***Será a consagração do procedimento da legalização a solução que faltava
para a resolução do problema das obras ilegais?***

Ana Isabel Carneiro Teixeira

*Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo sob
orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Raquel Carvalho*

Mestrado em Direito Administrativo

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito

Porto, Junho 2015

Agradecimentos

Ao longo do meu percurso académico, que culmina com a realização desta dissertação de mestrado, muitas foram as pessoas que me acompanharam e apoiaram.

Gostaria de expressar o meu profundo agradecimento à Senhora Professora Doutora Raquel Carvalho, por me honrar com a sua orientação e pela disponibilidade e partilha de conhecimentos durante a elaboração desta dissertação. Foi uma honra ter sido sua aluna e orientanda.

Dirijo ainda uma palavra de agradecimento à minha família, por todo o amor, dedicação e presença constante e, em especial, aos meus pais, por sempre acreditarem em mim.

Aos colegas de mestrado, a todos os meus amigos e especialmente às amigas que viveram intensamente os quatro anos de licenciatura na FDUP comigo, que têm sido uma presença constante e incansável ao longo do meu percurso pessoal, académico e profissional e cujos momentos partilhados guardo com grande consideração e carinho.

Agradeço também a todos aqueles que veem marcando o meu ainda curto percurso profissional na CCDR-N e na Alberto Teixeira e Associados, Sociedade de Advogados, permitindo a minha evolução enquanto pessoa e jurista.

Ao Dr. Jorge Figueirinha e ao Arquiteto Luís Berrance, pela disponibilidade, partilha de conhecimentos e de informação respeitante ao Departamento de Urbanismo e de Planeamento da CM de Matosinhos.

A todos bem hajam.

Índice

1- Abreviaturas	4
2- Introdução.....	7
3- A violação das regras urbanísticas	10
3.1- A crescente normatização da edificação.....	10
3.2- A invalidade urbanística	12
3.3- A legalização como uma das medidas de tutela da legalidade urbanística	16
3.3.1- A legalização antes de 2015.....	18
3.3.2- A legalização após 2015 – solução adiada?.....	22
3.4- Efeitos putativos: última chance?.....	31
4- Conclusões	40
5- Bibliografia.....	42
6- Jurisprudência.....	46

1- Abreviaturas

Ac.	Acórdão
AP	Administração Pública
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CA	Código Administrativo, aprovado pelo DL nº 31095, de 31/12/40
CCDR	Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional
CCDRN	Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte
CEDOUA	Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
Cfr.	Confrontar
CM	Câmara Municipal
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo DL nº 4/2015, de 07/01
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 22/02, com declaração de Retificação nº 17/2002, de 06/04; alterado pela: Lei nº 4-A/2003, de 19/02; Lei nº 59/2008, de 11/09; e Lei nº 63/2011, de 14/12
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
IMI	Imposto Municipal sobre Imóveis
LBPSOTU	Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, do Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei nº 31/2014, de 30/05
Nº	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
P.	Página
Pp.	Páginas
PDM	Plano Diretor Municipal

PP	Plano de Pormenor
Proc.	Processo
RAN	Reserva Agrícola Nacional
REN	Reserva Ecológica Nacional
RevCEDOUA	Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
RGEU	Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo DL nº 38382, de 07/08/1951, alterado pelos: DL nº 38888, de 29/08; DL nº 44258, de 31/03; DL nº 45027, de 13/05; DL nº 650/75, de 18/11; DL nº 43/82, de 08/02; DL nº 463/85, de 04/11; DL nº 64/90, de 21/02; DL nº 61/93, de 03/03; DL nº 409/98, de 23/12; DL nº 410/98, de 23/12; DL nº 414/98, de 31/12; DL nº 555/99, de 16/12; Lei nº 13/2000, de 20/07; Lei nº 30-A/2000, de 20/12; DL nº 177/2001, de 04/06; DL nº 290/2007, de 17/08; DL nº 50/2008, de 19/03 e DL nº 220/2008, de 12/11
RJAUGI	Regime Jurídico das Áreas Urbanas de Génese Ilegal, aprovado pela Lei nº 91/95, de 2/09 e alterada pelas: Lei nº 165/99, de 14/09; Lei nº 64/2003, de 23/08; Lei nº 10/2008, de 20/02 e Lei nº 79/2013, de 26/02
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo DL nº 380/99, de 22/09 retificado pela Declaração de Retificação nº 104/2007, de 06/11; alterado pelos: DL nº 53/2000, de 07/04; DL nº 310/2003, de 10/12; Lei nº 58/2005, de 29/12; Lei nº 56/2007, de 31/08; DL nº 316/2007, de 19/09; DL nº 46/2009, de 20/02; DL nº 181/2009, de 07/08; DL nº 2/2011, de 06/01 e DL nº 80/2015, de 14/05. Revogado a partir de 13/07/2015, mantendo em vigor as contraordenações previstas nos artigos 104º e 113º, até à publicação do diploma que venha a regular as contraordenações pela violação de disposições de plano intermunicipal ou de plano municipal ou de medidas cautelares
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo DL nº 555/99, de 16/12, retificado pela Declaração de Retificação nº 5-B/2000, de 29/02; alterado pelos: DL nº 177/2001, de 04/06,

retificado pela Declaração de Retificação nº 13-T/2001, de 30/06; Lei nº 15/2002, de 22/02; Lei nº 4-A/2003, de 19/02; DL nº 157/2006, de 08/08; Lei nº 60/2007, de 04/09; DL nº 18/2008, de 29/01; DL nº 116/2008, de 04/07; DL nº 26/2010, de 30/03; Lei nº 28/2010, de 02/09; DL nº 266-B/2012, de 31/12, e DL nº 136/2014, de 09/09, retificado pela Declaração de Retificação nº 46-A/2014, de 10/11

RJRN	Regime Jurídico da Reserva Agrícola Nacional, aprovado pelo DL nº 73/2009, de 31/03
RJREN	Regime Jurídico da Reserva Ecológica Nacional, aprovado pelo DL nº 166/2008, de 22/08; retificado pela Declaração de Retificação nº 63-B/2008, 21/10; alterado pelos DL: nº 239/2012, de 02/11; nº 96/2013, de 19/07 e nº 80/2015, de 14/05 (entrada em vigor a 13/07/15)
RMUE	Regulamentos Municipais de Urbanização e Edificação
Ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TAFRL	Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé
TAFP	Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo do Norte
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

2- Introdução

“Porque violar a lei faz parte da natureza humana, é necessário, primeiro, compreender essa natureza e agir de forma preventiva, informando, educando e desincentivando tais comportamentos. Mas depois, é necessário ainda punir, dar o exemplo e, sobretudo, permitir que se regularize a situação, que se torne legal a construção ou que esta seja removida se outra solução não for encontrada”¹

A conceção foi dominante na sociedade portuguesa nas últimas décadas de que o direito de propriedade do solo é ilimitado e absoluto mostrou ser imprescindível regulamentar a utilização do solo e a construção bem como combater as ilegalidades para que não perpetuasse a desordem no ambiente urbano.

Atualmente, as operações urbanísticas exigem uma compatibilidade nem sempre fácil entre as normas do planeamento do território constantes dos PNPOT, POOC, PDM, PDU, PP; os vários regimes legais (RJUE, RJRAN, RJREN...), outras normas de natureza mais específica, como as regras arquitetónicas e as dos centros históricos. Acresce ainda a necessidade de verificação de projetos de arquitetura e de uma série de projetos de especialidades, tais como os de acústica, energia, gás, redes de esgotos...

Quando analisamos as consequências jurídicas de um ato urbanístico de edificação inválido, com base nas regras urbanísticas constantes na LBPSOTU, no RJGT e no RJUE, e supletivamente no regime geral do CPA, verificamos que a sanção regra é a da nulidade.

Acresce que, pelo facto de a fiscalização ser escassa e demorada² e de a demolição ser considerada como a última via possível nos casos de verificação de ilegalidade, os particulares foram acreditando na impunidade das suas ações, assumindo que compensava primeiramente construir e só depois legalizar, especialmente após o decurso de certo período de tempo, durante o qual as suas expectativas se iam consolidando³. Ora, os atos nulos não correspondem a um “*não-acto administrativo ou*

¹ Alexandra Gonçalves, “Legalizar, ou o procedimento administrativo de fazer de conta que se faz de novo”, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, p. 30.

² Cfr. Mário Tavares da Silva, “A (I)Legalidade Urbanística (Do Controlo Municipal ao Controlo Judicial) – breves Reflexões”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 265.

³ Caso exemplificativo é o de um ex-autarca que, em 2001/2002, construiu uma moradia objeto de sucessivos embargos por violar a licença de construção e os planos de ordenamento aplicáveis ao local.

a um acto administrativo inexistente”⁴ porque eles têm autonomia e produzem efeitos que perduram no tempo. Em muitos casos, se as invalidades fossem detetadas atempadamente seria possível a legalização, mas devido ao tempo decorrido e à entrada em vigor de novos instrumentos de planeamento e de outras regras urbanísticas, que vão alterando o destino e a utilização do solo⁵, a mesma torna-se inviável.

Nos últimos anos tem diminuído a tendência para a realização de novas operações urbanísticas, sendo cada vez maior a preocupação com a legalização das operações “com o objectivo de os requerentes obterem o alvará de autorização de utilização para poderem vender os seus imóveis e, dessa forma, fazer face às dificuldades económicas por que passam”^{6/7}.

Até 2015, o RJUE não apresentava resposta expressa para o aumento do número de edificações que impunham a legalização pois esta só era possível no âmbito de um procedimento de demolição e portanto os procedimentos utilizados eram o recurso à licença ou à comunicação prévia, com todas as exigências que estes exigiam e que não eram de todo adequados para casos em que as edificações já existiam⁸.

Os municípios resolviam esta omissão legislativa aplicando diretamente os procedimentos de controlo prévio existentes (com adaptações ao caso concreto) ou

Após uma primeira ordem de demolição em 2002 e diversos procedimentos administrativos e judiciais, a mesma continua de pé em 2015. In <http://www.publico.pt/local/noticia/demolicao-da-casa-de-exautarca-suspensa-pelo-tribunal-de-sintra-por-tempo-indeterminado-1627296>

⁴ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “O Regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas”, *RevCEDOUA n°4*, Ano II, 2.99, CEDOUA, 1999, p. 17.

⁵ No âmbito da atual reformulação dos PDMs, segundo dados recolhidos na CCDRN, até ao final do mês de Maio do corrente ano, foram já publicados 46, estando 20 em fase de discussão pública, 5 aguardando parecer da CCDRN, e 7 ainda na fase inicial.

⁶ Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: o que mudar?”, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, 2013, p. 21. No mesmo sentido, cfr. Inês Calor, “Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação”, *RevCEDOUA n° 31*, Ano XVI, 1.13, CEDOUA, 2013, p. 30.

⁷ Veja-se o Ac. TRC, de 24/03/2015, proc. n° 2236/11.0TBCLD.C1, em que a proprietária de uma loja de um centro comercial procurou obter a licença da mesma para a poder arrendar, tendo-lhe esta sido negada pela CM porque o próprio shopping não estava legalizado e precisava de obras de adaptação.

⁸ Caso diferente é o das situações em que existiam regimes específicos como o RJAUGI e o Regime Jurídico das Áreas de Construção Clandestina, aprovado pelo DL n° 804/76, de 6/11 e alterado pelo DL n° 90/77. Para as primeiras situações, o legislador fixou critérios menos exigentes e permitiu a elaboração de um PP de reconversão vocacionado para a legalização de construções ilegais (cfr. arts. 31° e 46° RJAUGI). Contudo, não criou nenhum regime específico de controlo, pelo que estas têm de estar sujeitas ao procedimento de controlo prévio geral. O RJAUGI serve também para se evitar a “demolição em cadeia” (cfr. Ac. STJ n° 3703/07.5TBALM-A.L1.S1, de 19/04/2012). Cfr. Fernando Reis Condoso, *Direito do Ambiente*, Almedina, 2014, p. 186.

prevendo nos seus RMUEs um regime próprio, o que originava “308 formas de encarar esta necessidade, tantos quantos os municípios constituintes do nosso país”⁹.

Será que protegendo o edificado existente estaremos a proteger sujeitos que atuaram fraudulentamente criando uma situação de desigualdade face aos cidadãos cumpridores? Terá sido diminuído o grau de exigência no cumprimento de requisitos face ao controlo prévio normal? Assume assim extrema importância a criação de um regime que regule a legalização que, por um lado, não seja tão exigente quanto ao cumprimento das regras vigentes em matéria de controlo prévio, mas que, por outro lado, não permita que o infrator seja beneficiado e atue desresponsabilizadamente.

Fernanda Paula Oliveira defendia que um novo regime deveria permitir legalizar operações assentes em ilegalidades meramente formais, através do cumprimento das regras anteriores ou das atuais com algumas salvaguardas, tendo em conta normas cujo cumprimento não fosse razoável exigir¹⁰. Para Alexandra Gonçalves, a legalização era “o caminho desejável, visto pelo legislador e pelo poder judicial como o caminho menos penalizador dos interessados ou, pelo menos, do maior interessado”¹¹.

As mais recentes alterações ao RJUE evidenciam uma preocupação pela reposição da legalidade urbanística através das medidas de tutela (art. 102º), designadamente pela institucionalização do procedimento de legalização (art. 102º-A), que teve em vista repor a legalidade sem impor as mesmas exigências de um procedimento de controlo prévio normal.

Será contudo que este regime realmente trouxe relevantes mudanças quanto às formas de reação possíveis face a ilegalidades urbanísticas? Resolveram estas alterações os problemas das construções que não cumpriam os requisitos legais? Será a atribuição de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo conciliável com o estrito cumprimento do princípio da legalidade?

Cabe-nos então analisar a questão das edificações ilegais, de forma a avaliar se estas realmente encontraram salvaguarda com as alterações de 2015.

⁹ Cfr. Alexandra Gonçalves, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰ Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “Regime Jurídico...”, *op. cit.*, p. 23.

¹¹ Cfr. Alexandra Gonçalves, *op. cit.*, p. 30.

3- A violação das regras urbanísticas

“Na mesma linha de levar a alterações favoráveis à melhoria das habitações, qualidade de vida e adequado ambiente urbano, o direito urbanístico tem vindo a evoluir no sentido, não de regularizações deficientes ou de demolição por princípio de obras inacabadas ou irregulares, mas de regularização com imposição de alterações necessárias”¹²

3.1- A crescente normatização da edificação

Até meados do século XX foi predominante a conceção romanista do direito de propriedade do "*ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*", inexistindo quase regulamentação para a utilização do solo, pelo que os proprietários construía da forma que pretendiam, diminuindo ou aumentando as potencialidades do direito de propriedade.

Só com o RGEU, em Agosto de 1951, passou a haver um regime jurídico sistemático e coerente que regulamentou a construção de obras particulares, consagrando como regra a exigência de licenciamento prévio pelas CM (cfr. arts. 2º e 3º). Porém, apenas abrangia as áreas dentro do perímetro urbano e as zonas rurais de proteção fixadas para as sedes do concelho e, mesmo neste âmbito, havia situações de pequenas obras que estavam dispensadas do prévio licenciamento.

Não significa isto que anteriormente a construção civil fosse uma atividade livre e sem quaisquer condicionalismos, uma vez que o CA já previa que competia às CM conceder licenças para edificação, reedificação, ou quaisquer obras em terrenos confinantes com as ruas ou outros lugares públicos sujeitos à jurisdição municipal ou paroquial e aprovar os respetivos projetos¹³.

O DL nº 166/70, de 15/04, reformulou o regime do licenciamento de obras particulares mas não introduziu grandes inovações face ao RGEU, tendo apenas consagrado o licenciamento prévio das obras dentro do perímetro urbano e das zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho e para as demais localidades sujeitas por lei a plano de urbanização e expansão e a outras resultantes de deliberação municipal às quais tivesse sido tornado extensivo o regime de licenciamento (art. 1º).

¹² Cfr. Fernando Reis Condesso, *op. cit.*, p. 182.

¹³ Cfr. Ac. STA, de 05/02/2009, proc. nº 0657/08 e de 05/05/2010, proc. nº 0177/10.

Ao diploma mencionado sucedeu o DL n° 445/91, de 20/11, que em 1992 consagrou a regra da exigência de prévio licenciamento municipal a “*todas as obras de construção civil, designadamente novos edifícios e reconstrução, ampliação, alteração, reparação ou demolição de edificações, e ainda os trabalhos que impliquem alteração da topografia local; a utilização de edifícios ou de suas fracções autónomas, bem como as respectivas alterações*” (cfr. art. 1º). Apenas as exceções identificadas no art. 3º e as obras anteriores a 1992, continuavam dispensadas do prévio licenciamento municipal, cabendo ao interessado o ónus de provar a data da construção e à respectiva CM confirmar que as mesmas não constavam de quaisquer “*zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho e para as demais localidades sujeitas por lei a plano de urbanização e expansão*”.

Merece ainda destaque o DL n° 559/99, de 16/12, que aprovou o RJUE e sujeitou a controlo prévio as operações urbanísticas (art. 4º), isto é as “*operações materiais de urbanização, de edificação, utilização dos edifícios ou do solo desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água*” (art. 2º/j) RJUE). Em regra, as operações urbanísticas, por terem uma “*repercussão na qualidade de vida dos cidadãos*”, estão sujeitas a um controlo prévio administrativo “*que garanta a defesa dos interesses públicos e o respeito pela legislação vigente*”¹⁴. A licença, a comunicação prévia e a autorização de utilização são utilizadas como formas de controlo por parte da AP, sendo a licença a mais exigente.

Paralelamente à regulamentação da edificação foram sendo desenvolvidos inúmeros regimes jurídicos relacionados com o ordenamento do território, o ambiente, o planeamento e os vários instrumentos de execução do planeamento, de que são exemplo: a LBPSOTU, o RJGT, o RJREN, o RJRAN, o RJAUGI e o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana.

Naturalmente, este fenómeno da multiplicidade das regras urbanísticas resultou como resposta aos problemas levantados pelos movimentos sociais existentes em Portugal e no mundo que originaram o processo de urbanização, isto é, a tendência crescente das populações viverem em cidades. Este fenómeno surgiu com maior intensidade a partir da II Guerra Mundial, embora já se tivesse manifestado com a Revolução Industrial no

¹⁴ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “A Nulidade...”, *op. cit.*, p. 28.

fim do século XVIII, fruto de uma enorme migração das pessoas para as cidades à procura de melhores condições de vida. De acordo com o relatório de 2014 da ONU, em 2045 a população urbana a nível mundial ultrapassará os 6 mil milhões. Na verdade, o fenómeno da urbanização produziu diversas cidades cujo número de habitantes supera os 10 milhões, como Tóquio com 38 milhões, Deli com 25 milhões, Xangai com 23 milhões, Cidade do México, Mumbai e São Paulo, cada uma com cerca de 21 milhões, para além de Osaka, Pequim, Nova Iorque e Cairo, com mais de 18,5 milhões cada.

Tal fenómeno também se verificou em Portugal entre 1960 e 2011, tendo aumentado significativamente a população residente em cidades com 5000 ou mais habitantes e decrescido nos lugares com menos de 2000 habitantes¹⁵.

Face à multiplicidade e incoerência das atuais regras urbanísticas o grande desafio é a simplificação/codificação tendo em vista ultrapassar a insegurança jurídica criada na aplicação do direito e a resolução dos equilíbrios da ocupação do território para um desenvolvimento sustentável.

Num Estado de Direito, assume especial importância a tutela da legalidade urbanística, pelo que é fácil compreender a necessidade de previsão de um regime adequado que permita atuar face às infrações urbanísticas.

3.2- A invalidade urbanística

Não só o direito administrativo se ocupa das ilegalidades urbanísticas como também o direito contraordenacional (cfr. arts. 98º RJUE, 37º RJREN e 39º RJRAN)¹⁶, o direito civil¹⁷ e até o penal (cfr. art. 77º-G DL nº 307/2009, de 23.10)¹⁸, sendo que este último só intervém “quando se mostre a insuficiência de outros meios existentes para realizar os objetivos pretendidos”¹⁹. Sobre uma mesma obra ilegal podem incidir vários processos: o penal, o administrativo e o contraordenacional, sendo que este último

¹⁵ In www.pordata.pt

¹⁶ Cfr. DL nº 433/82, de 27/10, que estabeleceu o regime geral das contraordenações. Cfr. ainda Ac. TRC, de 19/01/2011, proc. nº 849/10.6TBCBR.C1.

¹⁷ Em França, “o juiz cível tem competência para ordenar a demolição de construções irregulares quando as mesmas causam prejuízos a terceiros”. Cfr. Hubert Charles, *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, Dalloz, 1996, p. 157; Pierre Soler-Couteaux, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, Paris, 2.ª edição, 1998, p. 596 *apud* António Pereira da Costa, “O tempo nas relações urbanísticas”, *JusJornal nº 1369*, de 28/12/2011.

¹⁸ Veja-se ainda o art. 278º-A CP.

¹⁹ Cfr. António Leões Dantas, “Contraordenações e Crimes Urbanísticos”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 251.

reveste um carácter sancionatório, representando a reação do ordenamento jurídico à prática de ilícitos urbanísticos, tipificados, culposos e antijurídicos²⁰.

Abordando o ilícito administrativo, importa ter presente a análise de diversos diplomas legais.

Merece destaque o art. 130º do DL nº 80/2015, de 14/05, segundo o qual são nulos os atos praticados em violação de qualquer plano de âmbito intermunicipal ou municipal, sendo-lhes aplicável o disposto nos arts. 68º e 69º RJUE. A invalidade dos atos de controlo prévio de operações urbanísticas está prevista ainda no RJREN²¹, no RJRAN²² e ainda no RJUE nos arts. 68º e 69º. O art. 68º do RJUE consagra que “*sem prejuízo da possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos nos termos gerais de direito, bem como do disposto no art. 70º, são nulas as licenças, as autorizações de utilização e as decisões relativas a pedidos de informação prévia previstos no presente diploma que: a) violem o disposto em plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, medidas preventivas ou licença ou comunicação prévia de loteamento em vigor; b) [revogada]; c) Não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações*”.

Registe-se que os arts. atrás mencionados, enumerando várias causas geradoras de nulidade, evidenciam que a regra, quanto à invalidade dos atos administrativos de gestão urbanística, não é a anulabilidade (como acontece no regime geral do CPA) mas antes a nulidade.

Ora, uma das novidades introduzidas em 2015 é a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos nos termos gerais de direito, de harmonia com os princípios da boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo (art. 68º/1), possibilidade já existente no CPA (art. 162º/3)²³.

²⁰ Cfr. Provedor da Justiça, Presidente da C.M. de Abrantes, Número:63/A/97, Processo:R-3564/96 data:30.07.1997. In <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=1845>

²¹ Cfr. art. 27º RJREN.

²² Cfr. art. 38º RJRAN.

²³ Cfr. Ac. STA, de 16/01/2003, proc. nº 01316/02.

De salientar o art. 69º/4 RJUE na versão de 2007, que fixou um prazo de caducidade de 10 anos para a declaração de nulidade, passando desta forma a consagrar expressamente a proteção do edificado que, apesar de fundado em ato nulo, já produziu efeitos materiais^{24/25}.

Criou-se assim um regime de invalidade mista, de forma a proteger efeitos já consolidados com o decurso do tempo que parecem ser prevaletentes em relação ao regime rigoroso da nulidade. Ficaram fora do âmbito de aplicação do RJUE alguns casos, como o das construções clandestinas, parecendo-nos que deveria o legislador ter adotado outros critérios que não somente o decurso do tempo, como a existência ou não de boa-fé por parte dos particulares²⁶.

Conforme refere Fernanda Paula Oliveira, “*na categoria dos atos administrativos de gestão urbanística adquirem particular relevo aqueles que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas. Quando nulos, estes atos administrativos podem exigir a reconstituição da situação de facto existente antes da respetiva prática, o que coloca a questão de saber em que termos poderão proceder eventuais pretensões conservatórias dessa mesma situação de facto.*”²⁷

Caso um ato administrativo que autorize um particular a realizar uma operação urbanística seja nulo, todos os atos que derivem desse ato serão ilegais, sendo depois obrigatória a reconstituição da situação existente antes da prática desse ato. Contudo, apesar do ato ser nulo criou expectativas nos particulares que confiaram na AP e na sua

²⁴ A jurisprudência fazia uma analogia com o Código Civil, aplicando o prazo de 10 anos da usucapião para este caso, prazo que afinal foi consagrado no art. 69º/4 RJUE. Defendendo que este prazo não é proporcional nem razoável, cfr. Ricardo Neves “Os efeitos putativos na nulidade dos actos urbanísticos: entre a tutela da confiança e o interesse público”, *E-PÚBLICA* nº 2, 2014, pp. 20-21.

²⁵ Para Luciano Parejo Alfonso, após um determinado prazo sem o interessado requerer a licença as obras ficam numa situação de “persistência tolerada mas insuscetível de legalização”. Cfr. Luciano Parejo Alfonso, *La disciplina urbanística*, 1.ª edição, Iuste, 2006, p. 69. As obras não passam a ser legais, mas antes “legalmente consentidas”, como refere Alexandra Gonçalves, *op. cit.*, p. 46. Para o Tribunal Supremo Espanhol, as obras decorrido este prazo ficam legalizadas. Há ainda quem entenda que após o decurso do prazo referido acima não pode haver lugar à expropriação da obra ilegal nem venda forçada nem legalização, ficando assim a obra numa situação análoga ao regime de “*fuera de ordenación*”. Este regime integra construções não legais no ordenamento jurídico, quer porque construídas antes da entrada em vigor de um determinado plano que as tornou ilegais, quer por terem sido construídas ilegalmente e assim continuarem ao fim do prazo previsto para uma atuação por parte da AP. Cfr. Ricardo Santos Díez e Julio Castela Rodríguez, *Derecho urbanístico — Manual para juristas e técnicos*, Publicaciones Abella, 1999, p. 1001.

²⁶ No mesmo sentido, cfr. Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação - Comentado*, Almedina, 2009, p. 446.

²⁷ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística”, *RevCEDOUA* nº3, Ano II, 1.99, CEDOUA, 1999, p. 17.

atuação, podendo ainda a destruição da operação urbanística vir até a ser mais onerosa e prejudicial para o interesse público²⁸. Há uma diversidade de atos administrativos constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos que merecem ser tutelados de forma a transmitir estabilidade aos particulares que usufruem das situações de facto originadas pelo ato administrativo.

Além das regras específicas do urbanismo, temos de aplicar supletivamente o regime geral da invalidade do ato administrativo consagrado no CPA, segundo o qual existem duas sanções para a invalidade dos atos administrativos: a nulidade (sanção aplicável às situações expressamente definidas pelo legislador - regime do *numerus clausus*) ou a anulabilidade (sanção regra para a invalidade) (cfr. arts. 161º a 164º), sendo que a primeira pressupõe a existência de um vício demasiado grave, que abale profundamente a estrutura do ato administrativo. Consequentemente, a ordem jurídica consagrou o princípio da não produtividade do ato jurídico, cominando que “*o ato nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade*”, (“*quod nullum est, nullum producit effectum*”) (art. 162º/1 CPA).

Apesar da consagração deste princípio, o art. 162º/3 CPA possibilita a atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto consolidadas²⁹, consagrando-se assim um regime “*atípico*” da nulidade³⁰.

Acresce que o art. 162º/2 do CPA estabelece a regra de que a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação. Por outro lado, de acordo com o art. 164º/2 CPA na versão de 2015, os atos nulos não são suscetíveis de ratificação, mas podem ser objeto de reforma ou conversão.

Das invalidades urbanísticas existentes vamos centrar-nos apenas nas decorrentes do regime do art. 68º RJUE. Apesar da diversidade de interesses públicos subjacentes aos atos nulos, o art. 102º/1 RJUE não identifica procedimentos diferentes consoante a

²⁸ Veja-se o caso da CM de Celorico que foi condenada a restituir um terreno (atualmente conhecido como Centro Escolar da Mota) que afinal não lhe pertencia no seu estado inicial.

²⁹ Cfr. Luís Filipe Colaço Antunes, “O Mistério da Nulidade do Acto Administrativo: Morte e Ressureição dos efeitos jurídicos”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, p. 249.

³⁰ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, Edição de Autor, 1991, p. 243.

invalidez em causa, pelo que se aplica o mesmo regime independentemente de qual seja o vício. Em primeiro lugar, pode haver edificação com ausência de ato de controlo (desde o início ou porque entretanto deixou de existir). Em segundo lugar, pode haver desconformidade da obra com o ato de controlo válido. Em terceiro lugar, pode ainda haver desconformidade com exigências da comunicação prévia. Por último, pode haver desconformidade com normas legais ou regulamentares.

Aqui chegados cabe-nos evidenciar como perspectiva o legislador a tutela da legalidade urbanística face às obras ilegais.

3.3- A legalização como uma das medidas de tutela da legalidade urbanística

Apesar de ser defensável que só a aplicação de medidas dissuasoras consegue repelir o sentimento de impunidade existente, a AP, na sua atividade de fiscalização, não aplica apenas sanções. A própria aplicabilidade das medidas de tutela da legalidade não está muitas vezes dependente de um prévio procedimento sancionatório. Pelo contrário, as medidas sancionatórias podem até depender de uma medida de tutela da legalidade (como acontece no caso do art. 98º/1/h) RJUE³¹), sendo assim autónomas e tendo “*pressupostos de aplicação, procedimentos, finalidades, efeitos jurídicos e mecanismos de reação diferentes*”³². As sanções contraordenacionais têm como principal objetivo punir a prática dos ilícitos urbanísticos e as medidas de tutela da legalidade pretendem a “reintegração da ordem jurídico-urbanística violada, bem como a remoção dos efeitos danosos que resultam da atuação ilegal dos particulares para o interesse público urbanístico e para o interesse público da prevenção de perigos para a saúde e segurança das pessoas”³³.

Procurando dar sequência ao previsto na LBPSOTU, as recentes alterações ao RJUE consagraram no art. 102º as medidas de tutela e de restauração da legalidade urbanística (o embargo, a suspensão administrativa, os trabalhos de correção ou alteração, a legalização, a demolição total ou parcial, a reposição do terreno e a cessação da

³¹ Cfr. Susana Carvalho Ferreira, “As medidas de tutela de legalidade urbanística”, *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Almedina, 2010, p. 481.

³² Cfr. Dulce Margarida de Jesus Lopes, “Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística”, *RevCEDOUA n.º14*, Ano VII, 2.04, CEDOUA, 2004, p. 55.

³³ Cfr. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Almedina, 2010, pp. 268-269.

utilização) e no art. 102º-A o procedimento de legalização³⁴. Merecem especial atenção o embargo, a legalização, a demolição e a reposição do terreno. Algumas destas medidas surgem de forma a salvaguardar a edificação efetuada e são necessárias pelo facto de muitas vezes existirem atos de controlo prévio que, apesar de nulos, já atribuíram poderes aos particulares para alterar o território, do que decorre que além do problema da reposição da legalidade, é ainda necessário proteger a estabilidade e a segurança, salvaguardando “a confiança das pessoas na regra de direito”³⁵.

O **embargo** é “um ato administrativo por meio do qual se impõe uma obrigação de suspensão ou de paralisação, no todo ou em parte, de obras de urbanização, de edificação ou de demolição, bem como de quaisquer trabalhos de remodelação de terrenos que estejam a ser executados em violação de normas de direito do urbanismo, com a intenção de evitar a consolidação de situações de facto lesivas dos interesses públicos tutelados por essas normas”³⁶, estando os seus pressupostos definidos no art. 102º-B/1 RJUE e sendo que com este os trabalhos (ou a obra se já estiver licenciada) são de imediato suspensos (cfr. art. 103º RJUE)³⁷.

A **reposição do terreno** é o ato administrativo que impõe o dever de restauração ou restituição do terreno à situação anterior à atual. Decorrido o prazo estabelecido para cumprimento voluntário, devem ser tomadas medidas materiais capazes de executar coercivamente o ato proferido, falando-se então no “*princípio da executoriedade da ordem de demolição e ou de reposição do terreno*”³⁸. Pode ainda o Presidente da CM

³⁴ Há quem defenda a adoção da designação “medidas de polícia de ordem pública urbanística” e não de “medidas de tutela da legalidade” referida no art. 102º RJUE, sendo que o seu nº 2 abrange as medidas de reposição da legalidade e o nº 3 as de prevenção contra situações de elevado risco para segurança, salubridade e estética das edificações. Cfr. André Folque, “Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, p. 176.

³⁵ Cfr. António Duarte de Almeida, “A influência do novo regime da legalização na determinação das consequências da nulidade dos atos de gestão urbanística”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, p. 196.

³⁶ Cfr. Cláudio Monteiro, “O Embargo e a Demolição de Obras no Direito do Urbanismo”, *Tese de Mestrado*, pp. 87 e 88, *apud* Fernando Alves Correia, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 269.

³⁷ Em Espanha, os atos sem licença podem ser suspensos imediatamente, independentemente do estado em que se encontrem. Cfr. Tomás-Ramón Fernández, *Manual de Derecho Urbanístico*, Editorial Aranzadi, 2014, p. 215.

³⁸ Cfr. Fernando Alves Correia, *Manual de...*, *op. cit.*, p. 287.

determinar a posse administrativa (cfr. art. 107º RJUE) desde que verificados alguns requisitos³⁹.

A **demolição** vem consagrada no art. 2º/g) RJUE, sendo considerada “*o ato administrativo por meio do qual é imposta a obrigação de destruir materialmente, no todo ou em parte, obras construídas em violação de normas jurídicas urbanísticas ou cuja subsistência seja incompatível com o interesse público, com o fim de tutelar os interesses materiais protegidos pela ordem jurídica urbanística vigente*”⁴⁰. Como referimos, deve vigorar um princípio da subsidiariedade na medida em que pode ser “*claramente desproporcional em face da situação de facto que, não obstante ser gerada por um licenciamento contrário ao ordenamento jurídico, veio a consolidar-se no mundo real*”⁴¹. Além disso, sempre que a demolição parcial seja suficiente, o princípio da proporcionalidade exige que se dê preferência a esta e não à demolição total (“*princípio da menor demolição*”⁴²). A demolição pode ter origem voluntária ou forçada, sendo que a competência para a ordenar cabe ao Presidente da CM, tendo sido excluída a competência anteriormente dada ao Presidente da CCDR ao ser revogado o art. 108º-A RJUE⁴³.

A **legalização**, medida que não estava anteriormente a 2015 consagrada no RJUE como um procedimento autónomo, irá ser alvo de uma abordagem específica de seguida.

3.3.1- A legalização antes de 2015

*“Denota-se existir um aparente «autismo» do RJUE face à realidade do território, da sociedade e existência de muitos casos de legalização, fomentando (ao obrigar a facilitar o processo, sem contrapartidas) a construção de operações urbanísticas ilegais”*⁴⁴

³⁹ Veja-se o caso da Sociedade Polis Litoral Ria Formosa que ia tomar posse administrativa de 137 casas na ilha do Farol, em Olhão, nos passados dias 27/04 e 5/05 deste ano, tendo contudo tal pretensão sido suspensa pelo TAFL. Esta situação iniciou com o processo de renaturalização da ria Formosa que previa a demolição de cerca de 800 construções, aprovado em 2005 e que deveria ter sido concluído em 2014, tendo sido prolongado por mais um ano.

⁴⁰ Cfr. Fernando Alves Correia, *Manual de ...*, op. cit., p. 284.

⁴¹ Cfr. Ac. TCAN, de 5/06/2008, proc. nº 00232-A/2003-COIMBRA.

⁴² Cfr. Dulce Margarida de Jesus Lopes, op. cit., p. 73.

⁴³ Contudo, na CCDRN, por exemplo, esta competência raramente era utilizada, trazendo a revogação deste art. poucas alterações.

⁴⁴ Cfr. Inês Calor, op. cit., p. 46.

Com o RGEU e com os diplomas subsequentes que culminaram no atual RJUE, a edificação e a construção passaram a estar disciplinadas por uma vasta e complexa teia de normativos⁴⁵, apesar da preocupação manifestada nas últimas versões do RJUE de tentar a “*simplificação administrativa dos procedimentos de controlo prévio*” e a “*liberalização de certas operações urbanísticas*”⁴⁶.

Com estas normatização, muitas construções, algumas que inclusive não estavam sujeitas a controlo prévio, deixaram de estar conformes com as normas que entretanto entraram em vigor, tendo aumentado ao longo das últimas décadas as situações de obras desconformes com o ordenamento jurídico.

A legalização apresentou-se como uma tarefa árdua e complexa, pois não existia um procedimento administrativo próprio mas apenas como “*conjunto de ações realizadas com o objetivo de repor a legalidade (demolição, trabalhos de correção e a própria verificação da legalidade material)*”⁴⁷. Numa primeira fase, o art. 167º RGEU e a partir de 2001 o art. 106º/2 RJUE, foram interpretados como contendo a figura da legalização⁴⁸, sendo certo, no entanto, que quando a obra não cabia aqui, deveria haver lugar à demolição, pela gravidade que a ilegalidade urbanística comportava⁴⁹.

Sem um regime próprio, o procedimento de legalização foi sendo tratado como se estivéssemos perante uma obra nova. Neste contexto, a atuação das AP municipais foi diversificada e a própria jurisprudência administrativa nem sempre foi uniforme perante a apreciação casuística das ilegalidades urbanísticas.

Os municípios, deparando-se com situações em que havia necessidade de legalizar construções ilegais, criaram normas regulamentares para o efeito, sendo que em alguns casos as soluções consagradas eram de duvidosa legalidade, pois os RMUE, atenta a sua natureza executória, teriam de estar conformes à lei. Não havia assim uma forma única de resolver este problema a nível nacional: se por um lado, para muitos, em nenhuma circunstância se podiam premiar os infratores legalizando uma construção ilegal, por

⁴⁵ “*El derecho a edificar no se concede, pues, por la licencia: se tiene ya desde el momento en que se cumplen en plano los deberes legales, si bien para su ejercicio concreto es preciso superar el control preventivo en que todo mecanismo autorizador consiste*”. Cfr. Tomás-Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁶ Cfr. Fernando Alves Correia, “A Evolução do direito do urbanismo em Portugal de 2006 a 2011”, *Direito Regional e Local*, nº 17, CEJUR, 2012, p. 9.

⁴⁷ Cfr. Alexandra Gonçalves, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸ Cfr., por exemplo, o Ac. TCAS, de 27/06/2012, proc. nº 08878/12.

⁴⁹ Cfr. Ac. STA, de 11/06/1987.

outro lado, havia quem facilitasse a legalização, reduzindo o número de elementos exigíveis de forma a possibilitar uma legalização de acordo com a lei vigente⁵⁰.

Na verdade, haveria um pedido de licenciamento (ou de autorização ou de comunicação prévia) que seguia as regras aplicáveis ao tempo, em geral demasiado exigentes pois não eram adequadas a uma construção edificada fora da legalidade^{51/52}. Com efeito, quando alguém pedia a aprovação de um projeto correspondente a obras já realizadas não pretendia “uma autorização para exercer o direito de construir, mas uma aprovação para manter o ilegalmente realizado por falta de prévio licenciamento”⁵³. Acresce ainda que, em algumas ocasiões, os pedidos de legalização surgiam pela necessidade de “*alienar o imóvel ou para formalizar a sua apresentação junto de uma entidade financiadora ou fiscalizadora (sendo o caso mais frequente o da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, para os estabelecimentos comerciais)*”⁵⁴. Desta forma, só algumas construções, das que não impunham um controlo prévio, conseguiam legalizar-se.

Era difícil também saber que critérios deveriam ser cumpridos na legalização e determinar qual a lei a aplicar a cada caso concreto⁵⁵, quer pela difícil tarefa de identificar a data da construção (especialmente nos casos em que não existira controlo prévio) quer para se saber se deveria aplicar-se a legislação em vigor aquando dessa mesma construção ou aquela em vigor aquando da prática do ato administrativo (quando a ele houvesse lugar). Ora, quando eram realizadas obras inválidas o particular tinha necessidade de repor a legalidade de forma a evitar a demolição. Face à lacuna legal, à complexidade da legalização e aos interesses sociais associados, a AP raramente levava

⁵⁰ Cfr. Alexandra Gonçalves, *op. cit.*, p. 39.

⁵¹ Assumindo uma posição contrária, veja-se Ana Leite, “Demolição vs Legalização, Não demolir, sem transigir – que solução?”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010, pp. 461-462.

⁵² De referir que o RGEU admitia que a AP podia ter um poder discricionário com as obras clandestinas, não sujeitando a legalização de obras ilegais ao regime geral (art. 167º). Com a revogação deste art. pelo RJUE os processos de legalização passaram a seguir as mesmas regras das construções gerais.

⁵³ Cfr. Ac. STA, de 29/05/2007, proc. nº 0761/04.

⁵⁴ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁵ Havia três hipóteses: ter em conta a data em que o particular apresentou o requerimento, a da aprovação do projeto de arquitetura ou a da emissão do título de construção. A jurisprudência defendia maioritariamente a última opção, já a doutrina defendia segunda opção por ser a partir daqui que se criam expectativas jurídicas ao particular. Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 37.

a cabo as demolições, permanecendo as situações de ilegalidade urbanística em “*stand by*” ou “*de atestado*”^{56/57}.

Entretanto, os tribunais desenvolveram uma corrente jurisprudencial que defende a possibilidade de legalização como forma de evitar a demolição, abrindo-se portas a que os municípios pudessem não ordenar a demolição quando fosse possível a legalização⁵⁸, após efetuado um juízo *a priori*⁵⁹.

Face à omissão legislativa da regulação do procedimento de legalização, dúvidas se colocaram sobre a discricionariedade (ou não) da AP em optar pela demolição ou pela legalização. Inicialmente, o STA entendia que a legalização era uma faculdade discricionária⁶⁰. Contudo, esta posição evoluiu, passando-se a defender que a discricionariedade era somente quanto “*ao tempo de decisão, pois que a mesma pode em tal matéria ser tomada a todo o tempo*”⁶¹. Já a decisão de demolir ou legalizar é vinculada porque só pode haver lugar à demolição quando tenha havido um prévio parecer negativo acerca da possibilidade de legalizar a obra em causa. Hoje em dia defende-se que a discricionariedade é inexistente^{62/63}. “*A reintegração da legalidade urbanística, seja por medidas ablativas, seja por legalização, é um poder vinculado.*”

⁵⁶ Cfr. André Folque, “Medidas de...”, *op. cit.*, p. 182. No mesmo sentido, cfr. Mário Tavares da Silva, *op. cit.*, pp. 272-273. Veja-se o caso do Shopping Cidade do Porto (cujas obras foram embargadas pela CCDR a 17/03/1993) que foi inaugurado, não obstante as suas ilegalidades, a 30/11/94. Em 1995 foi instaurada uma ação popular e a 14/12/2000 o TAF Porto considerou nulo o licenciamento. O STA, no Ac. 7/02/2002, proc. n° 047701, confirmou a ilegalidade e requerida a execução da sentença e a demolição do edifício, a CM Porto invocou existir causa legítima de inexecução da sentença. O TAFP deu um prazo máximo de 42 meses (cessado em 12/05/2011) para a demolição e para serem levadas a cabo todas as operações e atos necessários à reintegração da ordem jurídica violada. Vinte anos depois o prédio continua ilegal e de pé.

⁵⁷ Para evitar possíveis adiamentos “*ad aeternum*” de ordens de demolição (nos casos em que a legalização não é já possível) o legislador espanhol prevê uma multa aplicada por todos os meses até que seja efetuada a demolição.

⁵⁸ A redação originária do art. 106°/2 RJUE consagrava que “*a demolição não pode ser ordenada se a obra for suscetível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração*”.

⁵⁹ Cfr. Ac. TCAS, de 5/03/2009, proc. n° 1582/06. Cfr. Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 565-566.

⁶⁰ Cfr. Ac. STA de 25/10/1973.

⁶¹ Cfr. Ac. STA, de 19/05/1998, proc. n° 43 433.

⁶² Cfr. Raquel Carvalho, “Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas. A legalização”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, pág. 156; Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maças, *op. cit.*, pág. 663; António Duarte de Almeida, *op. cit.* p. 191.

⁶³ Cfr. Ac. TCAS, de 4/03/2010, proc. n° 2152/06; Ac. do TCAN, de 9/09/2011, proc. n° 367-A/98 e Ac. STA, de 7/04/2011, proc. n° 0601/10.

*Com este sentido, ou há legalização ou há reposição material da situação anterior*⁶⁴. Isto porque, de acordo com o princípio da proporcionalidade, quando seja possível legalizar a obra, nunca deverá ser proposta a demolição⁶⁵. Atualmente, face ao art. 106º/2 RJUE, não há dúvidas de que a AP deve legalizar a obra, “na lógica do menor sacrifício exigível aos particulares”⁶⁶.

3.3.2- A legalização após 2015 – solução adiada?

As alterações decorrentes do DL nº 136/2014 vieram reforçar a fiscalização, sistematizar as medidas de tutela da legalidade (cfr. arts. 35º/8 e 93º ss)⁶⁷ e regulamentar expressamente a legalização no art. 102º-A. Esta última baseia-se na adoção de uma série de atos e procedimentos que transformam as operações ilegais em legais, atribuindo-lhes carácter de conformidade com o urbanismo. Não se exige a recomposição integral mas antes a recomposição “na medida do possível”⁶⁸. Trata-se assim de um procedimento “*encetado extemporaneamente*”⁶⁹ e inovador que exige uma ponderação entre o grau de exigência que se deve ter e a atuação do infrator, não beneficiando este último por realizar operações ilegais mas também não tornando demasiado onerosa e complexa a possibilidade de legalização da operação.

O DL acima referido substituiu o termo “medidas de tutela de legalidade” por medidas de tutela e reposição da legalidade, com a pretensão de dar ênfase à “*reintegração da ordem administrativa violada*”⁷⁰, sendo que no art. 102º/2 RJUE parece dar-se preferência aos trabalhos de correção e alteração (“*sempre que possível*”).

A consagração da legalização no RJUE vem no seguimento da LBPSOTU, embora se refira nesta “regularização” de operações urbanísticas (art. 59º) enquanto no RJUE se utiliza a expressão “legalização”. O art. 59º/1 da LBPSOTU sobre a regularização de operações urbanísticas consagrou que: “*1-A lei estabelece um procedimento excepcional*

⁶⁴ Cfr. André Folque, “Medidas de...”, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁵ Neste sentido, cfr. Ac. STA, de 16/01/2008, proc. nº 962/07; do TCAN, de 22/01/2009, proc. nº 01581/04 e ainda do TCAS, de 5/03/2009, proc. nº 1582/06.

⁶⁶ Cfr. Carla Amado Gomes, “Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade”, *CJA*, nº 19, CEJUR, 2000, p. 48.

⁶⁷ Apesar da sistematização efetuada pelo art. 102º, nem todas as medidas se encontram ali previstas (84º, 85º, 91º, 92º). Perfilhou a mesma opinião Raquel Carvalho na conferência “RJUE – Novos Desafios, Novas Oportunidades?”, *Ciclo de Conferências “Legal Talks” FNAC (Gaia Shopping)*, Sociedade Sá Miranda & Associados, em parceria com as sociedades Almeida Correia, Ney da Costa & Associados e Pedro Raposo & Associados, 22/01/15. Cfr. ainda André Folque, “Medidas de...”, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁸ Cfr. António Duarte de Almeida, *op. cit.*, p. 203.

⁶⁹ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰ Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “*Mais uma...*”, *op. cit.*, p. 53.

para a regularização de operações urbanísticas realizadas sem o controlo prévio a que estavam sujeitas bem como para a finalização de operações urbanísticas inacabadas ou abandonadas pelos seus promotores". Explicitando, ainda que *"a lei pode dispensar o cumprimento de requisitos de legalidade relativos à construção cuja aplicação se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, assegurando o cumprimento dos requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens."* E, por fim evidencia a distinção entre a regularização das operações urbanísticas a qual não se confunde nem prejudica a aplicação de sanções e de medidas de tutela da legalidade urbanística, bem como o cumprimento dos planos intermunicipais e municipais e demais normas legais e regulamentares em vigor à data em que tenham lugar (art. 59º/2). Esta última expressão *"tenham lugar"* parece ter como sujeito as operações urbanísticas irregulares e não a regularização (senão dir-se-ia *"tenha lugar"*). Assim, questiona-se se deveria ser feita a regularização de acordo com as normas vigentes à data da construção ilegal (e aí o nº 3 do art. serviria para facilitar o não cumprimento de pequenas normas vigentes nessa altura), ou deveria ser feita de acordo com as normas vigentes aquando do ato de regularização. A versão do anteprojeto falava em *"em vigor à data em que tenha lugar"* (a regularização) e o nº 3 referia os requisitos *"vigentes à data da realização da operação urbanística em questão"*. Teria que se conjugar as normas vigentes aquando da regularização e aquelas vigentes à data da construção. Tendo em conta que o nº 3 da redação atual fala em *"sem prejuízo do disposto no número anterior"* parece querer reportar-se ao cumprimento de normas em vigor na altura da regularização e portanto desde que se assegure o cumprimento dos requisitos atinentes à saúde pública e à segurança, pode ser dispensada a verificação de certos requisitos exigidos atualmente⁷¹.

A legalização pode assumir várias formas e implicar diferentes procedimentos em função do fundamento que a justifica.

Em primeiro lugar, pode haver legalização por ausência de prévio controlo, o que implica a prática de um ato administrativo que supra essa ausência. Em segundo lugar, havendo desconformidade entre a obra edificada e o ato, pode haver um pedido de alteração à licença ou à comunicação prévia que supra o vício identificado no primeiro

⁷¹ No mesmo sentido, cfr. Fernanda Paula Oliveira, *Mais uma Alteração ao Regime Jurídico da urbanização e da Edificação*, Almedina, 2014, pp. 57-58.

ato. Contudo, esta intervenção só pode ocorrer quando estejam em causa atos em que se possa manter a situação inicial, casos de vícios meramente formais ou procedimentais, como no caso em que não houve aprovação prévia da administração central, por exemplo. Nestas circunstâncias, a AP praticará um novo ato administrativo que terá os mesmos efeitos que tinha o primeiro ato praticado. Em terceiro lugar, em todas as outras situações (nulidade derivada da vinculação situacional do solo, violação de normas que constam dos planos...), é necessária a alteração da situação de facto ou das normas jurídicas^{72/73}.

Apesar de passar a haver no RJUE uma autonomização do procedimento de legalização, desconsiderou a lei a distinção entre ilegalidades formais e materiais. Em primeiro lugar, pode haver ilegalidades fundadas, por exemplo, na falta de pareceres obrigatórios (ilegalidade formal). Em segundo lugar, pode haver ilegalidade porquanto a operação não cumpriu as normas legais e regulamentares que vigoravam à data da sua construção, como por exemplo, normas do PDM (ilegalidade material). Parece-nos que o legislador deveria ter consagrado dois procedimentos adequados aos dois tipos de ilegalidade. É diferente ter uma licença válida de início mas que entretanto se tornou nula por alteração das normas de nunca ter havido sequer uma licença. No primeiro caso, o particular agiu de boa-fé e merece uma tutela diferente do segundo caso. É diferente existir ou não um ato administrativo (102º/a) e b)).

No caso de **alteração da situação de facto**, o que é possível fazer é realizar correções ou alterações na obra em questão para que ela fique conforme com as normas legais em causa. Face ao art. 106º/2 defende-se que sempre que uma demolição parcial assegure a reposição da legalidade, esta prevalece em relação à total. Estes trabalhos são ordenados pelo Presidente da CM quando haja desconformidade com os respetivos atos de controlo prévio ou quando eles nem existam (cfr. art. 105º RJUE), fixando-se um prazo tendo em conta o grau de complexidade dos mesmos. Esta ordem suspende o prazo fixado no alvará (cfr. art. 105º/4 RJUE), a não ser que o particular apresente um pedido de alteração à licença ou à comunicação prévia (nº6 do mesmo art.). Caso o prazo não seja cumprido, a obra mantém-se embargada até que alguma decisão com carácter

⁷² Cfr. Ac. TCAN, de 06/09/2007, proc. nº 00422-A/96-PORTO, em que se coloca a possibilidade de o edifício em causa ser sujeito a alterações ou correções materiais que o tornem conforme às normas legais aplicáveis.

⁷³ Cfr. entre outros o Ac. do STA de 22/11/11, proc. 0576/11.

definito seja proferida (cfr. art. 105º/2 RJUE). De referir o poder-dever atribuído à CM para promover a realização dos trabalhos, em casos de necessidade de proteger interesses de terceiros ou do próprio ordenamento urbano. A legalização passa a ser vista como um dever e também por isso se justifica a consagração do procedimento oficioso.

Há casos em que alterar a situação de facto não permite alcançar interesses sociais relevantes e proteger situações jurídicas já consolidadas. Aqui, a solução poderá passar pela **alteração da norma aplicável** que levou à nulidade do ato administrativo⁷⁴. Apenas é admissível a alteração de normas que se enquadrem na discricionariedade de planificação urbanística por não ser aceitável fazê-lo nas que tenham subjacente “*a vinculação situacional dos solos*” ou em que haja violação “*de normas de planos municipais que estabelecem restrições decorrentes de standards urbanísticos*”⁷⁵ porque é necessário salvaguardar zonas verdes e culturais, permitindo uma adequada vivência territorial e social a cada comunidade⁷⁶. Além do mais, o RJRAN e o RJREN, por exemplo, não podem ser alterados por normas de inferior dignidade hierárquica e, portanto, não pode um PDM, por exemplo, sobrepor-se a tais regimes. Contudo, mesmo nos casos de discricionariedade, a AP só deve recorrer à alteração e revisão dos planos municipais para regularizar ilegalidades em situações muito excepcionais, estando em causa “*interesses (de justiça, estabilidade das relações sociais e da habitação) e em que seja significativo o número de operações realizadas ao abrigo de atos de licenciamento nulos*”⁷⁷. Caso contrário, inverter-se-ia “*toda a lógica do planeamento*”^{78/79}.

Deve-se ainda esta situação ao princípio da inderrogabilidade singular, aplicado aos regulamentos dotados de eficácia externa, que exige que a AP, por se encontrar vinculada às suas próprias normas gerais e abstratas e ao dever atuar de acordo com os

⁷⁴ Cfr. Ac. TCAN: de 28/06/2007, proc. nº 01151/03; de 3/10/2006, proc. nº 01177/03 e de 3/05/2007, proc. nº 01249/03.

⁷⁵ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “O Regime...”, *op. cit.*, p. 22. No mesmo sentido, Inês Calor, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶ Cfr. Luís Filipe Colaço Antunes, *Direito Urbanístico – Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, Almedina, 2002, p. 159.

⁷⁷ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “O Regime...”, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁹ “*Es ésta una facultad excepcional, tendente a preservar la virtualidad de la revisión de oficio que se tramita, por lo que sólo podrá ejercitarse cuando, en efecto, le ejecución de facto que pretende revisarse fuese susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, que habrán de valorarse en cada caso muy estrictamente para evitar abusos*”. Cfr. Tomás-Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 220. No mesmo sentido, cfr. Ricardo Neves, *op. cit.*, p. 18.

princípios da legalidade e da igualdade⁸⁰, para uma situação concreta e individual, não possa excluir determinada norma e aplicá-la nos demais casos.

De acordo com o art. 102º-A/1, a legalização só será admissível se, verificada a situação de ilegalidade, a CM conclua que a operação urbanística foi executada em conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor à data da construção e se for possível assegurar a conformidade da operação urbanística com as disposições legais e regulamentares em vigor atualmente. Entendemos, tal como Luciano Marcos⁸¹, que esta exigência é demasiado restritiva porque impõe que se assegure a conformidade da operação em causa com as disposições legais e regulamentares em vigor no momento da legalização. Apenas o cumprimento das regras referentes à construção pode ser afastado e portanto, basta que a construção não esteja de acordo com os instrumentos de gestão territorial em vigor para que não seja possível legalizá-la, mesmo que à data da sua construção ela estivesse de acordo com tais instrumentos na altura em vigor. Acresce que, sendo a legalização considerada como um procedimento excecional pela LBPSOTU (art. 59º/1), nos parece que a mesma terá efetivamente um âmbito restrito.

O procedimento de legalização de uma construção pode ter lugar por iniciativa oficiosa da CM (nºs 1 e 8) ou do particular (nº 6). No primeiro, é dado um prazo para o interessado legalizar (art. 102º-A/1 RJUE) e no segundo, a AP tem que decidir se é viável a legalização num juízo feito *à priori* (art. 102º-A/6 RJUE). A legalização oficiosa é mais limitada pois se restringe aos casos em que não haja cálculos de estabilidade (nº9).

Outra questão relevante é o facto de, como defendiam diversos autores⁸², o legislador ter dispensado a conformidade com as “*normas técnicas relativas à construção cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridas as condições técnicas vigentes à data da realização da operação urbanística em questão, competindo ao requerente fazer a prova de tal data*” (cfr. art. 102ºA-/5 RJUE). Esta é mais uma alteração que vai de encontro à vontade do

⁸⁰ No mesmo sentido, cfr. Gonzalo Quintero Olivares, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial DYKINSON, 2013, p. 55.

⁸¹ Cfr. Luciano Matos, “A revisão do regime jurídico da edificação urbana – Uma reforma (des)necessária?”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, p. 39.

⁸² Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “Regime Jurídico...”, *op. cit.*; Alexandra Gonçalves, *op. cit.*; Inês Calor, *op. cit.*, pp. 32-42; Luciano Marcos, *op. cit.*, p. 39 e Raquel Carvalho, *op. cit.*, p. 167.

legislador de simplificação administrativa⁸³. Porém, esta simplificação apenas é aplicável quando a edificação ilegal tenha cumprido as normas técnicas de construção vigentes à data da construção ou não sejam já exigíveis, limitando-se mais uma vez a possibilidade de legalização. Parece que ficam excluídas as construções que são ilegais por não terem sido sujeitas aos procedimentos de controlo prévio necessários mas que à data cumpriam todas as normas materiais aplicáveis (mas que já não cumprem atualmente). Ora, não se permite a legalização de operações que caso tivessem sido sujeitas a controlo aquando da sua construção teriam sido licenciadas, e o art. 60º também não as salvaguarda pois exige que as mesmas tivessem sido executadas de acordo com o direito vigente na altura. Parece-nos que a dispensa do cumprimento de normativos deveria ter uma maior abrangência. Além do mais, surge muitas vezes a dificuldade em aferir da data de construção do edificado, principalmente nos casos anteriores ao RGEU. Nestes casos, *“poderão ter-se em conta alguns indícios, como as manchas de implantação em plantas antigas, o ano de inscrição na matriz presente na caderneta predial ou na certidão da Conservatória do Registo Predial”*⁸⁴.

Defendia-se que o RJUE deveria prever a necessidade de os títulos de utilização dos edifícios legalizados conterem menção de que a operação foi legalizada, de forma a assegurar que os consumidores estejam a par da real situação do imóvel (tendo em conta que estas operações não devem exigir as mesmas exigências de qualidade e conforto)⁸⁵. Sucede que a lei é omissa quanto a esta questão embora tal matéria esteja a ser prevista nos regulamentos municipais...

Segundo o art. 102º-A/7, os municípios aprovam os regulamentos necessários à concretização e execução daquele normativo, regulando os procedimentos em função das operações urbanísticas e pormenorizando, sempre que possível, os aspetos que envolvam a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa, em especial os morfológicos e estéticos.

⁸³ Há quem entenda que as alterações ao RJUE não simplificaram mas antes complicaram o regime, pelas excessivas remissões e por ignorar os destinatários que muitas vezes *“não são especialistas em urbanismo”*. Neste sentido, Luís Fábria e ainda Luciano Marcos que referiu que *“em 15 anos houve 14 alterações”* e que *“todas elas tinham em vista a simplificação”*, ambos durante a sessão “Instrumentos de simplificação administrativa e novas responsabilidades dos municípios e dos particulares”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, 3/10/14, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Lisboa.

⁸⁴ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 35. A autora refere ainda que quando a dificuldade aumenta se pode solicitar ajuda à Junta de Freguesia.

⁸⁵ Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “Regime Jurídico...”, *op. cit.*, p. 24.

Com base nesta norma habilitante já existem municípios que alteraram os RMUE, nos quais consagraram, entre outras matérias, o procedimento de legalização, a respetiva tramitação, os prazos a observar e o conteúdo do título/alvará. Uns, já publicaram o RMUE de acordo com o novo regime do RJUE, como é o caso de Vila Verde⁸⁶, o qual desenvolve nos arts. 6º, 7º e 8º o procedimento de legalização, a sua instrução e deliberação e o respetivo título. Merece destaque o art. 8º/7, segundo o qual a emissão de alvará *“tem por único efeito o reconhecimento de que as obras promovidas cumprem os parâmetros urbanísticos previstos nos instrumentos de gestão territoriais aplicáveis, sendo efetuada sob reserva de direitos de terceiros e não exonerando a responsabilidade civil, contraordenacional e penal dos promotores de tais obras ilegais, bem como dos respetivos técnicos”*.

Outros municípios estão em fase de aprovação das adaptações ao RJUE, como é caso de Vila Nova de Gaia⁸⁷, cuja proposta contém o capítulo III dedicado ao procedimento de legalização, definindo o âmbito do mesmo, a sua instrução e tramitação bem como a legalização oficiosa (arts. 17º, 18º, 19º e 20º respetivamente). Outro exemplo é o de Carrazeda de Ansiães⁸⁸, cuja proposta prevê no art. 32º a *“legalização de obras não aprovadas pelo município”*, contendo, no entanto, uma formulação minimalista no nº 2 ao consagrar que *“aos pedidos de legalização de operações urbanísticas executadas sem a adopção do procedimento legal de controlo prévio a que se encontravam legalmente adstritas, aplicar-se-ão, devidamente adaptados, os formas de procedimento de controlo prévio a que haja lugar de acordo com o disposto nos artigos 4º e 6º do RJUE e demais legislação especial aplicável”*.

Há municípios, como o caso do Porto, em que o Código Regulamentar ainda não adotou as orientações do RJUE de 2015 mas nem por isso deixa de fazer referência à tutela da legalidade urbanística (capítulo VII), consagrando de uma forma hábil (como o faziam a generalidade dos municípios) o procedimento de legalização. Estabeleceu no art. B-1/43º que o *“procedimento a adotar em face da existência de obras ilegais”* seguirá o procedimento do *“licenciamento ou comunicação prévia”* e mencionou que *“as obras suscetíveis de legalização”* são objeto da emissão do alvará que tem por *“único efeito o*

⁸⁶ Cfr. DR, 2ª série, nº 52, de 16/03/2015. Com sentido idêntico, veja-se a Proposta de RMUE de Tondela tornada pública em Março de 2015, a qual nos arts. 7º, 8º e 9º prevê respetivamente o procedimento de legalização e a sua instrução e deliberação e respetivo título.

⁸⁷ Cfr. Proposta de alteração ao RMUE de Vila Nova de Gaia, em consulta pública até 26/06/2015.

⁸⁸ Cfr. Proposta de alteração ao RMUE de Carrazeda de Ansiães, de Março de 2015.

reconhecimento de que as obras promovidas cumprem os parâmetros urbanísticos previstos nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis, sendo efetuada sob reserva de direitos de terceiros e não exonerando a responsabilidade civil, contraordenacional e penal dos promotores de tais obras ilegais, bem como os respetivos técnicos”. Também o Regulamento Municipal da Urbanização, da Edificação e de Compensações Urbanísticas de Macedo de Cavaleiros⁸⁹, fundamentando-se ainda no RJUE na versão de 2010, tem o capítulo VIII dedicado à *“legalização de construções clandestinas”*, identificando no art. 60º as construções clandestinas, e nos arts. 61º, 62º e 63º as regras sobre a instrução do procedimento, a apreciação técnica e a decisão final, sendo de realçar que *“a legalização de obras clandestinas implicará sempre o pagamento das taxas devidas, como se de um normal processo de licenciamento se tratasse”* (art. 63º/3).

Por último, o município de Matosinhos, no RMUE anterior à revisão do RJUE, mostrou preocupações ao nível da construção ilegal, de que é exemplo o art. 18ºA/2/3/4 que aborda a legalização de construções existentes e anexos⁹⁰. Como o PDM é extremamente restritivo nas exigências quanto à possibilidade de legalização, a ponderação urbanística e política da situação existente levou a que o município criasse um gabinete especializado em legalizações clandestinas, dotado de uma equipa especializada e disponível para o atendimento ao público. Com a criação deste serviço específico, a legalização foi incentivada de tal forma que cerca de 70% dos licenciamentos que têm por ano são legalizações. A aplicação de coimas só existe quando os particulares não respondam às notificações do município para apresentarem soluções face às ilegalidades identificadas e as demolições são poucas, sendo grande parte delas apenas parciais. Atualmente o município está em fase inicial do processo de alteração do PDM tendo como um dos objetivos o de viabilizar determinadas construções que estão desconformes com o RJRAN e o RJREN.

Uma outra questão que se coloca é sobre a fixação das taxas no âmbito do procedimento de legalização: devem estas ser iguais, superiores ou inferiores às exigidas para um procedimento normal de controlo prévio? As taxas agravadas são vistas muitas vezes

⁸⁹ Cfr. DR, 2ª Série, nº 28, de 10/02/2015.

⁹⁰ Cfr. DR, II série, nº 114, de 17/06/2014 e informação prestada pelo Arquiteto Luís Berrance Abreu, responsável pelo Departamento de Urbanismo e Planeamento da CM de Matosinhos.

como uma sanção⁹¹. Aliás, foram várias as recomendações do Provedor de Justiça a municípios no sentido de suprimirem o agravamento previsto para a legalização. Se por um lado, agravar as taxas seria sancionar o particular e desincentivar a legalização, por outro lado, caso a taxa fosse igual (ou inferior) tornar-se-ia mais barato legalizar que construir de novo^{92/93}. De acordo com o princípio da proporcionalidade, não parece razoável exigir uma coima (art. 98º RJUE) e simultaneamente uma taxa agravada. Há contudo autores que defendem a aplicação de uma taxa agravada nestas situações, justificando essa posição com o art. 4º/2 do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais que permite a fixação do valor com base em critérios de desincentivo à prática de certos atos ou operações e distinguindo o que é sancionar do que é desincentivar^{94/95}. A verdade é que tendo em vista evitar a prática de atos ilegais e incentivar o particular à legalização das obras ilegais parece mais adequado partir da distinção da natureza jurídica dos dois tipos de encargos, e consequentemente aplicar uma taxa idêntica à do prévio licenciamento, para além da eventual aplicação de coima ou sanção acessória de acordo com o respetivo procedimento contraordenacional.

Das considerações efetuadas sobre a consagração expressa do procedimento de legalização concluímos que, afinal, a simplificação procedimental e a solução para as construções ilegais ficaram aquém das expectativas criadas aos interessados na

⁹¹ Cfr. Provedor de Justiça, relatório anual de 2004. In <http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Relatorio2004.pdf>

⁹² Cfr. Recomendação nº 13/A/2008, processo: R-2544/08 (A1), de 16/12/2008. No Regulamento e Tabela de Taxas e Licenças do Município de Mafra previa-se o agravamento dos montantes no âmbito da legalização de construções ou de utilizações não consentidas pelo uso previsto na licença de utilização, relativamente às quantias que são cobradas nos procedimentos prévios de licenciamento. “*Esta prática apresenta-se reprovável também por poder sedimentar uma excessiva tolerância relativamente às obras ilegais, ao antever-se, na sua posterior legalização, uma fonte de receitas considerável e, por conseguinte, redundar numa mais-valia para os cofres municipais. Aplicando-se o regime jurídico da urbanização e da edificação aos procedimentos de licenciamento ou de autorização ex post de operações urbanísticas, e não se distinguindo a atividade administrativa de carácter material desenvolvida pela câmara municipal em ambos os casos, as taxas a cobrar parecem dever ser necessariamente as mesmas. Tratando-se de legalizar obras por aplicação do mesmo procedimento, os critérios de fixação das taxas terão de basear-se nos mesmos dados e circunstâncias de facto, aplicados por igual a todos os utilizadores do serviço público em que se traduz o controlo e a fiscalização da actividade edificatória dos particulares.*”. In <http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/13A2008.pdf>. No mesmo sentido, cfr. Recomendação nº 12/a/2003, processo: R-1682/99; R-2297/99, de 29/09/2003, em que se recomenda à CM de Loures a alteração ao Regulamento Municipal de Taxas e Licenças, de forma a suprimir o agravamento estipulado para os casos de legalização de operações urbanísticas. In <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=1074>

⁹³ Cfr. Ac. TC nº 1108/96: o agravamento das taxas apenas se justificaria como contrapartida de um benefício específico atribuído ao requerente do pedido de legalização.

⁹⁴ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, pp. 41-42. Defendendo a não diminuição de encargos no âmbito da legalização, cfr. Raquel Carvalho, *op. cit.*, pág. 173.

⁹⁵ Defendendo a não aplicação de taxas agravadas, cfr. André Folque, “Medidas de...”, *op. cit.*, p. 187 e Dulce Margarida de Jesus Lopes, *op. cit.*, p. 56.

legalização. Afinal, uma parte significativa das construções ilegais não são abrangidas por falta de enquadramento legal, pelo que em alguns casos não restará outra alternativa senão o recurso à atribuição dos efeitos putativos, sob pena de demolição.

3.4- Efeitos putativos: última chance?

“Se por um lado o princípio da legalidade aponta para a reposição da legalidade violada e conseqüente destruição da edificação, a confiança dos particulares aponta para a manutenção da mesma. Existe aqui, em nossa opinião, uma colisão de direitos.”⁹⁶

Como deve o direito tratar os efeitos produzidos pelas operações urbanísticas que tenham tido origem em atos administrativos nulos e que não se enquadrem no procedimento de legalização? Aplicar estritamente o regime da nulidade? Atender a interesses como o da justiça e da proteção da confiança, evitando a radical consequência de uma demolição?

Os arts. 162º/3 CPA e 68º/1 RJUE evidenciam a possibilidade de atribuir efeitos a atos nulos, salvaguardando de alguma forma as edificações ilegais.

A própria jurisprudência administrativa tem defendido que a demolição de uma obra não pode ser o único meio de reação perante a ilegalidade, sendo antes o último dos meios a usar⁹⁷. Sendo a demolição irreversível e radical, a AP deve atuar de acordo com o princípio da proporcionalidade que a obriga a prosseguir o interesse público e a escolher o meio que menos lese os interesses que estão em causa derivados do ato administrativo nulo⁹⁸. Não há nenhuma norma urbanística que imponha a demolição da operação fundada em ato administrativo nulo. Pelo contrário, o art. 106º/2 do RJUE permite evitar a demolição de edificações ilegais^{99/100}. Defendemos, como Fernando

⁹⁶ Cfr. Ricardo Neves, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁷ Cfr.: Ac. TCAN, de 27/05/2011, proc. n° 00516-A/03 e de 14/12/2012, proc. n° 00608-A/99; Ac. TCAS, de 19/01/2012, proc. n° 05261/09; e Ac. STA, de 14/12/2005, proc. n° 0959/05; de 29/11/2006, proc. n° 633/04; de 16/01/2008, proc. n° 0962/07, de 05/03/2009, proc. n° 1582/06; de 30/09/2009, proc. n° 0210/09; de 24/03/2011, proc. n° 090/10; de 07/04/2011, proc. n° 0601/10.

⁹⁸ Neste mesmo sentido, cfr. Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maças, *op. cit.*, pp. 565-566.

⁹⁹ Cfr. Ac. do TCAN de 6/09/2007, proc. n° 00422-A/96-PORTO.

¹⁰⁰ Fazendo uma analogia com as obras clandestinas, Cláudio Monteiro e Jorge Gonçalves defendem a legalização sempre que esta não seja “absolutamente inaceitável do ponto de vista urbanístico”. Cfr. Cláudio Monteiro e Jorge Gonçalves, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo anotada e comentada*, vol. II, Lex, 1994, p. 950. No sentido contrário, defendendo que as obras ilegais não podem ser equiparadas às clandestinas e que a demolição das primeiras só pode ser evitada quando se trate de

Reis Condesso, que a AP “nunca pode ordenar demolições sem precedência de contraditório e de formulação de um juízo relativo à possibilidade dessas obras poderem ser legalizadas”^{101/102}. O mesmo autor sustenta que “os arts. 60º, 106º e 88º do RJUE voam no sentido de um direito urbanístico que afasta como princípio a solução de demolição para qualquer obra de edificação, quer por razões ligadas ao direito à habitação, quer de natureza económica. A demolição é hoje entendida como a última ratio, ou seja, a solução pior e por isso só aceitável se nenhuma outra for possível dentro de vários quadros de resolução normativa que vai colocando à análise dos particulares e do município. Não estamos já face a um poder discricionário do município. E sim a um poder supletivo e sujeito ao contraditório e prova de impossibilidade de soluções regularizadoras”¹⁰³.

Se, por um lado, as decisões são recorrentemente as de que a reposição do solo ao estado anterior à construção é a única solução, por outro lado, a AP procura cada vez mais evitar a demolição forçada de forma a tentar garantir alguns direitos e interesses dos particulares, como o direito à habitação (art. 65º CRP) e o direito à propriedade (art. 62º CRP). De referir que as demolições, apesar de recorrentes, não são normalmente efetuadas pelas entidades fiscalizadoras mas pelos próprios particulares que, depois de admoestados, e tendo em conta as coimas elevadas aplicáveis, acabam por demolir, ainda que não num momento imediato e tentando sempre prorrogar o prazo da mesma¹⁰⁴. Por outro lado, com o passar do tempo, muitas destas situações acabam por ficar salvaguardadas por alterações aos PDMs que alteram as áreas de RAN e REN e

situações de ilegalidade substantiva de pouca relevância em que não haja qualquer vantagem para o interesse público, cfr. André Folque, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra Editora, 2007, p. 279.

¹⁰¹ Cfr. Fernando Reis Condesso, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰² Em Itália, a jurisprudência maioritária defende que passado um determinado tempo até ser decidida a demolição de certa obra, esta deve ser fundamentada com as razões de interesse público que determinam essa demolição, não bastando indicar a norma violada ou a inexistência de autorização administrativa. Neste sentido, veja-se a sentença do Tribunal Administrativo Regional para a Lazio (Roma), de 7/09/2004, em que se analisou uma obra com 45 anos. Porém, ainda assim, a aplicação deste princípio exige que o proprietário prove a data da construção e de à data ser admitida pela AP de acordo com a legislação vigente. Em Portugal, defendendo esta mesma posição, cfr. António Pereira da Costa, *op. cit.*

¹⁰³ Cfr. Fernando Reis Condesso, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰⁴ Note-se que grande parte das situações de ilegalidade urbanística fiscalizadas pela CCDRN, ainda hoje não estão regularizadas apesar de os processos se terem iniciado há mais de 5 anos.

retiram certos terrenos das mesmas, passando a permitir assim construções que antes não eram permitidas¹⁰⁵, prática que não deveria ser recorrente.

Caso não seja possível aplicar-se nenhuma medida de tutela resta a atribuição de efeitos jurídicos à situação de nulidade por via dos arts. 162º/3 CPA e 68º/1 RJUE. Através da jurisdicização da situação consolidada no tempo, protegem-se os efeitos jurídicos decorrentes do ato nulo, em função do decurso do tempo e dos princípios de direito. Esta solução, contudo, apenas atribui efeitos jurídicos a situações de facto, não regularizando a operação em si mesma¹⁰⁶. De forma a serem atribuídos efeitos jurídicos às operações urbanísticas deveriam estar verificados certos requisitos: haver um ato administrativo nulo, ter passado determinado período de tempo (como fator de prova de estabilidade e segurança) e ainda observarem-se os princípios gerais de direito. No CPA atribuem-se efeitos putativos a situações que se prolongaram no tempo, desde que se mostre terem sido criadas expectativas que justifiquem o recuo da imposição da legalidade. Daí que devam ter-se em conta, como a seguir referiremos, os princípios da proteção da confiança e da boa-fé.

Assim, são fundamentais para a análise casuística das situações de ilegalidade os princípios de direito¹⁰⁷, quer os princípios consagrados na CRP que servem de base a todo o ordenamento jurídico e a toda a atuação dos sujeitos de direito, quer os princípios resultantes da legislação geral e específica (CPA, LBPSOTU, RJUE, CC...), designadamente o da legalidade, o da boa-fé, o da proporcionalidade e o da proteção do existente.

O **princípio da legalidade** num Estado de Direito exige que os órgãos da AP atuem em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes foram conferidos, parecendo então que à primeira vista, este princípio “*desaconselha a legalização da*

¹⁰⁵ De referir a sentença do TC Espanhol, de 26/01/2009, em que este censura a decisão dos tribunais administrativos de optarem pela não demolição de edificações ilegais somente pelo facto de os municípios terem iniciado a alteração dos seus planos de forma a legalizar determinada obra. Cfr. Gonzalo Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁶ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “O Regime...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁷ O direito do urbanismo é “*o conjunto de princípios, regras e instrumentos de atuação dos poderes públicos com o objetivo de regular, interditar e condicionar, o uso, a ocupação e a transformação dos solos segundo lógicas de ordenamento físico, para efeitos de desenvolvimento urbano*”. Cfr. Fernando Reis Condesso, *op. cit.*, p. 172.

obra ilegal”¹⁰⁸. Este princípio tem consagração nos arts. 266º/1 CRP e 3º CPA. Importante é então saber como conciliar este princípio com outros que exigem a segurança e a proteção dos particulares, especialmente quando eles já produziram efeitos jurídicos e criaram expectativas pelo decurso do tempo.

Por outro lado, o **princípio da boa-fé** exige que no exercício da atividade administrativa a AP e os particulares atuem e se relacionem segundo as regras da boa-fé¹⁰⁹. Perante uma obra ilegal pode acontecer que os atuais proprietários não tenham conhecimento da ilegalidade. Será então justo não limitar no tempo a possibilidade de invocação da nulidade nestes casos?

Deste princípio distingue-se o da **tutela da confiança** (art. 2º CRP), conformador de toda a atividade dos poderes públicos, que exige a previsibilidade na atuação da AP, não devendo esta após permitir certa atuação suprimi-la sem razões ponderadas e proporcionais. De notar que quando o particular conheça a ilegalidade da atuação não pode fazer valer este mesmo princípio, estando assim relacionado este princípio com o da boa-fé¹¹⁰.

Importante se revela também o **princípio da proporcionalidade** pois exige que a AP, na prossecução do interesse público, adote os comportamentos adequados aos fins prosseguidos e que as suas decisões que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só possam afetar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objetivos a realizar¹¹¹. Este princípio divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Exige-se então que seja feito um juízo de prognose póstuma acerca da possibilidade ou não da reposição da legalidade através das medidas de tutela urbanísticas, nomeadamente a legalização, tentando impor o menor sacrifício possível

¹⁰⁸ Cfr. Raquel Carvalho, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁹ Veja-se que, como referiu Marcelo Rebelo de Sousa no I Congresso de Direito Administrativo, a xx/11/14, em Lisboa, este princípio vem agora consagrado no art. 167º/2/c) e 5 CPA.

¹¹⁰ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa, essa desconhecida”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência Ano 138*, nº3957, Coimbra Editora, Julho/Agosto 2009, p. 343. O autor assume até que o princípio da tutela da confiança é um desenvolvimento do princípio da boa-fé, sendo um grande limite aos efeitos da nulidade.

¹¹¹ O RGEU determinava que o princípio da proporcionalidade era um limite interno ao exercício dos poderes discricionários (art. 167º).

ao particular¹¹², sendo certo que caso este juízo seja positivo, então deverá ser ordenada de imediato a demolição da obra¹¹³.

Por último, uma referência ao princípio da **proteção do existente**, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, por implicar “*um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas (...) ainda para mais quando tais direitos são, precisamente, atribuídos pelos entes públicos*”¹¹⁴. Este princípio encontra consagração desde logo no art. 60º do RJUE¹¹⁵, assegurando que nas situações em que o particular tenha cumprido com os seus deveres de diligência do “homem médio”, portadores de um nível de conhecimento medianamente exigível, seja assegurada a proteção do mesmo pela confiança que depositou na situação criada pelo ato administrativo em causa¹¹⁶. Assim, caso o edificado estivesse de acordo com a legislação que vigorava à data da sua construção, e tenha cumprido as regras de controlo prévio exigidas à época, então deve ser protegido, “*desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação*” (cfr. art. 60º/2 RJUE)¹¹⁷. Exige-se assim que tenha havido cumprimento das regras em vigor e que tenha havido o controlo prévio necessário. Ainda que o particular tenha cumprido todas as normas exigidas para a realização da operação urbanística, caso não tenha submetido a mesma ao controlo exigido à época, não pode usufruir da proteção do existente e da garantia dada pelo art. 60º/2 RJUE. Não cabe assim aqui o caso de edificações construídas sem licença¹¹⁸.

¹¹² Cfr. Ac. STA de 30/09/2009, proc. nº 0210/09. Cfr. ainda Ac. TCAS, proc. nº 01582/06, de 5/03/2009.

¹¹³ Cfr. Ac. TC, de 22/11/00, nº 484/00 e Ac. STA, de 18/03/2003, proc. nº 01219/02, em que se entendeu que a demolição não ofende este princípio.

¹¹⁴ Cfr. Carlos José Batalhão, “Era uma vez a capacidade de construir... E a «justa» indemnização!”, *RevCEDOUA* nº 33, Ano XVII, 1.14, CEDOUA, 2014, p. 106.

¹¹⁵ Cfr. Cláudia Soutinho, “O Princípio da Garantia do Existente- Interpretação Extensiva?”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012, p. 114, no sentido em que a autora entende que: também no art. 69º/4 RJUE se consagra a “*garantia do existente, com título, sem dúvida, mas incontornavelmente ilegal à data da sua construção.*”

¹¹⁶ Cfr. António Duarte de Almeida, *op. cit.*, p. 199. O autor defende até que o critério da evidência do vício deveria ser utilizado para adequar as consequências da nulidade à situação de facto, de forma a atribuir efeitos às situações consolidadas no tempo, tentando encontrar suporte legal nos arts. 68º RJUE e 162º/3 CPA.

¹¹⁷ Cfr. Inês Calor, *op. cit.*, p. 39.

¹¹⁸ No mesmo sentido, cfr. Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, *op. cit.*, p. 462.

Este princípio é assim um limite ao do “*tempus regit actum*”¹¹⁹. Apesar da proteção dada pela lei, o n° 4 do art. 60° RJUE não deixa de advertir que “*a lei pode impor condições específicas para o exercício de certas atividades em edificações já afetadas a tais atividades ao abrigo do direito anterior, bem como condicionar a execução das obras referidas no número anterior à realização dos trabalhos acessórios que se mostrem necessários para a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação*”.

Este princípio divide-se em três garantias: passiva, ativa e funcional. A garantia passiva resulta do n°1 exige a aplicação de um regime de direito transitório suave. A ativa resulta do n° 2 e baseia-se na admissão de obras de ampliação quando sejam necessárias para a melhoria de condições de segurança e salubridade. A funcional aplica-se a edificações industriais ou comerciais que carecem de obras de ampliação ou reconstrução. Devem admitir-se as obras quando seja necessário para manter a “capacidade funcional” de certas construções¹²⁰.

Ora, contrariamente ao art. 60° RJUE, o n° 5 do art. 102°-A RJUE vem suavizar o regime rígido do mesmo, tentando proteger situações jurídicas já estabilizadas no tempo, no sentido de assegurar a proteção de algumas edificações construídas ao abrigo de legislação anterior, que à data cumpriam a mesma mas que atualmente estão em desconformidade com as normas aplicáveis. Contudo, as únicas normas que podem ser dispensadas são as “*normas técnicas relativas à construção, cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir*” e desde que o requerente prove que à data as cumpria.

A jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal alemão “*criou e desenvolveu o princípio da garantia da existência*”¹²¹, e estabeleceu como pressupostos da sua aplicação a conformidade da construção face ao ordenamento vigente à época, a constatação da funcionalidade e utilização da obra e ainda um uso continuado desta¹²².

¹¹⁹ Sobre este princípio, cfr. Ac. TCAS, de 08/11/2012, proc. n° 08753/12 e Ac. STA: de 06/02/2002, proc. n° 037622 e de 03/03/2005, proc. n° 0498/04.

¹²⁰ Cfr. Pedro Moniz Lopes, “*Ilegalidades urbanísticas e medidas de reintegração: algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia*”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, pp. 221-222.

¹²¹ Cfr. Maria Raquel de Oliveira Martins, “*Que conformação do direito de participação público no planeamento? Comentário ao acórdão do STA de 21 de maio de 2008, processo 01159/05, 2ª Subsecção do C.A.*”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010, p. 143.

¹²² Cfr. Cláudia Soutinho, *op. cit.*, p. 108.

Este princípio encontra-se relacionado com o princípio da proteção da confiança e ainda com o direito de propriedade privada e à habitação¹²³.

O princípio da proteção da confiança em Portugal só poderá ser aplicado no caso de os particulares não terem contribuído para o motivo que determinou a nulidade de certo ato administrativo. Assim, apenas se poderão salvaguardar as situações em que o particular terá confiado na atuação da AP como sendo legal, entendendo-se assim a relação deste princípio com o da boa-fé (cfr. art. 10º/2 CPA). Deve haver uma ponderação quando se pretenda jurisdicizar determinada situação, tendo em conta a boa ou má-fé dos interessados, as consequências sociais que podem resultar caso não se consiga tornar o edificado legal... Todos estes aspetos, entre outros, poderão justificar o recurso à via dos arts. 68º/1 RJUE e 162º/3 CPA.

A aplicação da tese do reconhecimento dos efeitos putativos pelos tribunais tem sido diminuta, devido sobretudo ao facto de exigir uma ponderação dos diversos princípios jurídico-constitucionais, sendo certo que a tradição do nosso julgador vai mais no sentido de atuar segundo “*juízos de legalidade*”¹²⁴. Além do mais, o facto de haver tantas especificidades no modelo de ocupação e uso do solo também não ajuda no recurso por parte dos tribunais a esta solução, cingindo-se à análise da lei e à aplicação do regime da nulidade, com todas as consequências que isso implica¹²⁵. São exemplos da jurisprudência sobre esta temática a não demolição de atos ilegais nulos ou a aceitação de causa legítima de inexecução de sentença com a invocação do grave prejuízo para o interesse público (nos casos em que os custos da demolição se revelaram desproporcionais face aos benefícios obtidos com o mesmo¹²⁶). Casos há ainda em que a legalização foi opção¹²⁷. Nos acórdãos do STA de 4/07/2002, proc. nº 041815; do TCAN de 6/09/2007, proc. nº 00422-A/96-PORTO e do TAFP de 12/11/2007, proc. nº 678-A/95, o tribunal entendeu não aplicar expressamente o regime previsto no art. 162º/3 do CPA (anterior 134º/3). Ao invés, defendeu-se no primeiro caso a verificação de causa legítima de inexecução de sentença, no segundo recorreu-se à legalização

¹²³ Cfr. Ac. STA, de 18/03/2003, proc. nº 0731/02.

¹²⁴ Cfr. António Duarte de Almeida, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁵ Cfr. António Duarte de Almeida, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁶ Defendendo a não existência de motivos para a inexecução de sentença neste tipo de situações, cfr. Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007, pág. 931.

¹²⁷ Cfr. Ac. STA, de 25/01/2006, proc. nº 0379/05.

através da correção do edifício e no terceiro caso entendeu-se que o pedido de aplicabilidade do regime em causa deveria ter sido feito num outro momento anterior.

A legalização e a atribuição de efeitos jurídicos (arts. 102º-A RJUE e 68º RJUE) têm um mesmo resultado em vista: a não demolição. Contudo, implicam pressupostos diferentes mas sem se excluírem uma à outra¹²⁸.

A primeira tem em vista maioritariamente as construções desconformes com a lei, não havendo nestes casos proteção da confiança porque o cidadão sabia à partida que a situação era ilegal até porque muitas vezes a edificação não se fundou num ato do poder público que pudesse conferir segurança jurídica. Caso exista um ato administrativo a situação é diferente, porque aí, se a ilegalidade se dever única e exclusivamente à entidade licenciadora então poderá haver confiança dos interessados na mesma, a qual deve ser salvaguardada. O que acontece na maioria dos casos é que os particulares que pretendem a legalização não estão de boa-fé e, portanto, nem sequer podem ser protegidos por este princípio. Além do mais, como referimos, o art. 60º não protege as situações em que a edificação não cumpriu os requisitos legais à data da sua construção.

Já o regime do art. 68º RJUE (e supletivamente o do art. 162º/3 CPA) apenas tenta suavizar o regime das nulidades, possibilitando a atribuição de efeitos putativos, como “*ultima ratio*”, nos casos em que não é possível a legalização ou regularização¹²⁹. Uma das concretizações dos efeitos putativos tem sido no âmbito de execução de sentenças, em que, de acordo com o art. 163º/1 CPTA, existem três causas legítimas de inexecução de sentença: impossibilidade absoluta, o grave prejuízo para o interesse público e a inoponibilidade subjetiva da nulidade de atos consequentes. Estas três razões podem levar a que no final não se opere a reconstituição integral da situação que atualmente existiria se não tivesse sido praticado o ato ilegal.

A recente alteração ao RJUE que consagrou no art. 68º a “possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos”, abriu assim portas a uma maior segurança jurídica por parte dos particulares. Merece referência ainda o facto

¹²⁸ Cfr. Clara Serra Coelho, “A preservação de efeitos do acto administrativo de gestão urbanística nulo”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010, p. 287.

¹²⁹ Cfr. Pedro Gonçalves e Fernanda Paula Oliveira, “O Regime...”, *op. cit.*, p. 24: “o facto de não ser possível legalizar a operação urbanística – seja por via da alteração de facto ou por via da alteração do direito aplicável – não determina que a solução tenha de ser a demolição das operações urbanísticas consolidadas”.

de o legislador do RJUE ter restringido a possibilidade de declaração da nulidade ao prazo de 10 anos. Só assim, através da fixação de um período de tempo razoável, medido em função da boa-fé do particular¹³⁰, se conseguiriam realmente ver salvaguardados alguns princípios jurídicos como o da proteção da confiança. Só nos casos em que a gravidade é bem visível e em que a boa-fé não exista nos parece razoável admitir a invocação da nulidade “a todo o tempo” pois só assim o princípio da proporcionalidade é assegurado, ponderando os vários interesses em causa. Entendemos até que o fator tempo deve “*obrigar a uma fundamentação mais aprofundada*”, tendo em vista a proteção das edificações consolidadas¹³¹.

Parece que a subtração de certas operações urbanísticas a um controlo prévio pode não ser o ideal para a salvaguarda dos interesses dos particulares porque aumenta-se a autorresponsabilização destes e diminui-se a confiança que eles teriam na AP. Há assim uma diminuição da proteção da confiança pelo facto de que muitas vezes são os próprios a serem responsáveis pelas construções edificadas e pelo cumprimento ou não das leis em vigor. Não havendo controlo prévio e passando a estar o particular na origem da nulidade, deixa de haver motivos quer para a consagração dos efeitos putativos quer para uma indemnização por parte da AP (art. 70º RJUE)¹³².

Entendemos assim, como Pedro Machete, que “*é preciso não esquecer que os atos administrativos, a menos que seja pedida e obtida a suspensão da sua eficácia, não deixam de produzir efeitos até que sejam anulados (e, na prática o mesmo vale para os casos em que à sombra do ato nulo se tenham criado situações de facto)*”¹³³.

¹³⁰ No mesmo sentido, cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 344-346: “*talvez não devesse admitir-se a declaração de nulidade de actos favoráveis a todo o tempo, mas apenas num prazo razoável, contado do conhecimento do vício*”.

¹³¹ Cfr. António Pereira da Costa, *op. cit.*

¹³² Cfr. Fernanda Paula Oliveira, “A responsabilidade da Administração perante o promotor da «operação inválida»”, *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 96, CEJUR, 2012, p. 13. A autora entende ainda que mesmo nos casos de comunicação prévia a responsabilidade da AP por atos nulos não deve ser afastada.

¹³³ Cfr. Pedro Machete, “Processo Executivo”, *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011, pp. 174-175.

4- Conclusões

Nas últimas décadas, o direito do urbanismo tem assumido um papel relevante na configuração do direito de propriedade do solo. Na verdade, a implementação de planos urbanísticos, com especial destaque para os planos municipais de ordenamento território, vieram definir, desde o final da década de 90 do século passado, as potencialidades edificativas e de utilização do solo, dando a conhecer a todos os interessados o conteúdo do “*ius aedificandi*”. Assim, quer por influência da conceção secular do direito de propriedade como um “*ius utendi, ius fruendi e ius abutendi*”, quer pela crescente e caótica multiplicação das normas urbanísticas, verifica-se o surgimento de muitas situações de obras ilegais com as nefastas consequências para um desenvolvimento sustentável da humanidade.

Perante as situações de ilegalidade urbanística, o legislador sanciona as mesmas, em regra, com o regime de invalidade mais gravoso da nulidade, aplicado às situações tipificadas na lei e que impõe como consequência a reposição da situação ao estado inicial antes à prática do ato administrativo nulo.

Durante vários anos, no âmbito da vigência do RGEU e do RJUE, a reposição da ilegalidade das edificações foi concretizada através da demolição, medida que os tribunais e a AP, atento designadamente o princípio da proporcionalidade, foram assumindo como a “*última ratio*” optando pela utilização de um “procedimento de legalização”.

O DL nº 136/2014 que alterou o RJUE procurou reforçar a fiscalização e sistematizar as medidas de tutela e de reposição da legalidade, explicitando no respetivo preâmbulo que o mecanismo de “*regularização de operações urbanísticas*” é criado como forma de ponderar os interesses em presença, bem como o impacte negativo dessas situações irregulares para o interesse público e ambiental, em razão do qual poderá a Administração, em certas circunstâncias, proceder à respetiva regularização.

Sucedo que o procedimento autónomo de legalização consagrado no art. 102ºA RJUE ficou aquém das expectativas criadas tendo em conta, desde logo, os requisitos legais exigíveis para a legalização, os quais se mostram inaplicáveis à maioria das edificações ilegais por estas terem de estar em conformidade com as normas legais e regulamentares em vigor á data da construção (salvo apenas quanto às regras técnicas relativas à

construção vigentes à data da construção e que não sejam já exigíveis) e com as normas em vigor à data da legalização, o que também evidencia que não se criou um regime de favorecimento aos infratores. Acresce que o regime consagrado é demasiado genérico e minimalista permitindo uma diversidade de concretizações da tramitação procedimental nos regulamentos municipais de urbanização e edificação.

Assim, o restabelecimento da legalidade ocorre de forma lenta, ou até nem ocorre, mantendo-se “*ad aeternum*” as obras ilegais no espaço urbano, quer por inércia da AP, quer por incumprimento dos particulares. Acresce que a fiscalização é escassa, permitindo que, por vezes, nas situações em que a obra já se encontra finalizada, se consolide na esfera do infrator (e até mesmo de terceiros), pelo decurso do tempo, criando expectativas na esfera jurídica dos particulares. Além do mais, nem mesmo o art. 60º RJUE protege todas as edificações consolidadas no tempo porque exige que as mesmas estivessem de acordo com a legislação vigente à data da construção.

Face ao que antecede, continuam a existir muitas edificações ilegais cuja sanção é a nulidade. Em relação a estas, e tendo em conta o efeito devastador da demolição, resta atribuir efeitos jurídicos pelo decurso do tempo e atentos os princípios gerais de direito, designadamente os da boa-fé, da proporcionalidade, da tutela da confiança e da proteção do existente, ainda que tal não possibilite suprir a invalidade. O art. 68º/1 RJUE, tal como supletivamente já resultava do art. 162º/3 do atual CPA, veio expressamente consagrar a atribuição de efeitos putativos, dando expressão a tal necessidade.

Por último, a consagração no RJUE de um prazo a partir do qual a declaração de nulidade deixa de ser possível reforça, por um lado, a segurança jurídica mas, por outro lado, permite que se mantenham no ordenamento edificações não legais, sem que haja solução jurídica para as mesmas.

5- Bibliografia

- ALFONSO, Luciano Parejo, *La disciplina urbanística*, 1.ª edição, Iuste, 2006
- ALMEIDA, António Duarte de, “A influência do novo regime da legalização na determinação das consequências da nulidade dos atos de gestão urbanística”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015
- ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2007
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A nulidade administrativa, essa desconhecida”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência Ano 138*, nº3957, Coimbra Editora, Julho/Agosto 2009
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *Direito Urbanístico – Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, Almedina, 2002
- “O Mistério da Nulidade do Acto Administrativo: Morte e Ressureição dos efeitos jurídicos”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume IV, Coimbra Editora, 2012
- BATALHÃO, Carlos José, “Era uma vez a capacidade de construir... E a «justa» indemnização!”, *RevCEDOUA nº 33*, Ano XVII, 1.14, CEDOUA, 2014
- CALOR, Inês, “Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação”, *RevCEDOUA nº 31*, Ano XVI, 1.13, CEDOUA, 2013
- CARVALHO, Raquel, “Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas. A legalização”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015
- COELHO, Clara Serra, “A preservação de efeitos do acto administrativo de gestão urbanística nulo”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010
- CONDESSO, Fernando Reis, *Direito do Ambiente*, Almedina, 2014

CORREIA, Fernando Alves, “A Evolução do direito do urbanismo em Portugal de 2006 a 2011”, *Direito Regional e Local*, nº 17, CEJUR, 2012

Manual de Direito do Urbanismo, Vol. III, Almedina, 2010

COSTA, António Pereira da, “O tempo nas relações urbanísticas”, *JusJornal*, nº 1369, de 28/12/2011

DANTAS, António Leones, “Contraordenações e Crimes Urbanísticos”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012

DÍEZ, Ricardo Santos e RODRÍGUEZ, Julio Castelao, *Derecho urbanístico — Manual para juristas e técnicos*, Publicaciones Abella, 1999

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, Editorial Aranzadi, 2014

FERREIRA, Susana Carvalho, “As medidas de tutela de legalidade urbanística”, *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Almedina, 2010

FOLQUE, André, “Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015

Curso de Direito da Urbanização e da Edificação, Coimbra Editora, 2007

GOMES, Carla Amado, “Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade”, *CJA*, nº 19, CEJUR, 2000

GONÇALVES, Alexandra, “Legalizar, ou o procedimento administrativo de fazer de conta que se faz de novo”, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, 2013

GONÇALVES, Pedro, e OLIVEIRA, Fernanda Paula, “A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística”, *RevCEDOUA nº3*, Ano II, 1.99, CEDOUA, 1999

“O Regime da Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística que Investem o Particular no Poder de Realizar Operações Urbanísticas”, *RevCEDOUA n°4*, Ano II, 2.99, CEDOUA, 1999

LEITE, Ana, “Demolição vs Legalização, Não demolir, sem transigir – que solução?”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010

LOPES, Dulce Margarida de Jesus, “Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística”, *RevCEDOUA n°14*, Ano VII, 2.04, CEDOUA, 2004

LOPES, Pedro Moniz, “Ilegalidades urbanísticas e medidas de reintegração: algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015

MACHETE, Pedro, “Processo Executivo”, *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011

MARCOS, Luciano, “A revisão do regime jurídico da edificação urbana – Uma reforma (des)necessária?”, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015

MARTINS, Maria Raquel de Oliveira, “Que conformação do direito de participação público no planeamento? Comentário ao acórdão do STA de 21 de maio de 2008, processo 01159/05, 2ª Subsecção do C.A.”, *O Urbanismo, o Ordenamento do território e os Tribunais*, Almedina, 2010

MONTEIRO, Cláudio e GONÇALVES, Jorge, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo anotada e comentada*, vol. II, Lex, 1994

NEVES, Ricardo, “Os efeitos putativos na nulidade dos actos urbanísticos: entre a tutela da confiança e o interesse público”, *E-PÚBLICA n° 2*, 2014

OLIVARES, Gonzalo Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y Corrupción Política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Editorial DYKINSON, 2013

OLIVEIRA, Fernanda Paula, “A responsabilidade da Administração perante o promotor da «operação inválida»”, *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 96*, CEJUR, 2012

“Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: o que mudar?”, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, 2013

Mais uma Alteração ao Regime Jurídico da urbanização e da Edificação, Almedina, 2014

OLIVEIRA, Fernanda Paula, NEVES, Maria José Castanheira, LOPES, Dulce e MAÇÃS, Fernanda, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação - Comentado*, Almedina, 2009

SILVA, Mário Tavares da, “A (I)Legalidade Urbanística (Do Controlo Municipal ao Controlo Judicial) – breves Reflexões”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume V, Edição de Autor, 1991

SOUTINHO, Cláudia, “O Princípio da Garantia do Existente- Interpretação Extensiva?”, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012

Sites:

<http://www.cm-sintra.pt/>

<http://www.dgsi.pt/>

<http://www.pordata.pt/>

<http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=1074>

<http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/13A2008.pdf>

<http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Relatorio2004.pdf>

<http://www.publico.pt/local/noticia/demolicao-da-casa-de-exautarca-suspensa-pelo-tribunal-de-sintra-por-tempo-indeterminado-1627296>

6- Jurisprudência

Ac. do STA de 25/10/1973

Ac. do STA, de 11/06/1987

Ac. do STA, de 13/07/1995, proc. nº 31129

Ac. do STA, de 19/05/1998, proc. nº 43 433

Ac. do STA, de 04/07/2002, proc. nº 041815

Ac. do STA, de 16/01/2003, proc. nº 01316/02

Ac. do STA, de 18/03/2003, proc. nº 01219/02

Ac. do STA, de 14/12/2005, proc. nº 0959/05

Ac. do STA, de 25/01/2006, proc. nº 0379/05

Ac. do STA, de 07/11/2006, proc. nº 0175/06

Ac. do STA, de 29/11/2006, proc. nº 633/04

Ac. do STA, de 29/05/2007, proc. nº 0761/04

Ac. do STA, de 05/12/2007, proc. nº 0653/07

Ac. do STA, de 16/01/2008, proc. nº 0962/07

Ac. do STA, de 5/03/2009, proc. nº 1582/06

Ac. do STA de 30/09/2009, proc. nº 0210/09

Ac. do STA, de 24/03/2011, proc. nº 090/10

Ac. do STA, de 09/12/2009, proc. nº 0100/08

Ac. do STA, de 7/04/2011, proc. nº 0601/10

Ac. do STA, de 07/10/2014, proc. Nº 0589/14

Ac. do STA, de 06/11/2014, proc. nº 01422/13

Ac. do STA, de 20/11/2014, proc. nº 01166/14

Ac. do STJ nº 3703/07.5TBALM-A.L1.S1 de 19/04/2012

Ac. do TC, de 22/11/00, nº 484/00

Ac. do TC, de 20/12/96, nº 1108/96

Ac. do TCAS, de 5/03/2009, proc. nº 01582/06

Ac. do TCAS, de 4/03/2010, proc. nº 2152/06

Ac. do TCAS, de 27/06/2012, proc. nº 08878/12

Ac. do TCAN, de 3/10/2006, proc. nº 01177/03

Ac. do TCAN, de 3/05/2007, proc. nº 01249/03

Ac. do TCAN, de 28/06/2007, proc. nº 01151/03

Ac. do TCAN, de 06/09/2007, proc. nº 00422-A/96

Ac. do TCAN, de 5/06/2008, proc. nº 00232-A/2003-COIMBRA

Ac. do TCAN, de 22/01/2009, proc. nº 01581/04

Ac. do TCAN, de 9/09/2011, proc. nº 367-A/98-Porto

Ac. do TCAN, de 28/02/2014, proc. nº 00742/08.2BECBR

Ac. do TRC, de 19/01/2011, proc. nº 849/10.6TBCEBR.C1

Ac. do TRC, de 24/03/2015, proc. nº 2236/11.0TBCLD.C1