



CATÓLICA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

A Simplificação Administrativa do controlo prévio das Operações Urbanísticas

Em especial a comunicação prévia

Dissertação de Mestrado

Joana Manuel Veiga Sangra

Porto

Junho de 2015

A Simplificação Administrativa do controlo prévio das Operações Urbanísticas

Em especial a comunicação prévia

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre em Direito Administrativo, elaborada por Joana Manuel Veiga Sangra, sob orientação da Professora Doutora *Marta Portocarrero*.

“A simplicidade tende ao desenvolvimento, a complexidade à desintegração.”

Peter Drucker

Agradecimentos

À minha orientadora a Professora Doutora Marta Portocarrero, pela amabilidade e disponibilidade.

Ao Luís pelos sábios conselhos; à Raquel pela preciosa ajuda sem os quais tudo teria sido muito mais difícil.

À minha irmã Isabel, pela forte presença em todos os momentos.

Siglas e Abreviaturas

Ac(s)	Acórdão(s)
AL.	Alínea
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
AP	Administração Pública
CEDOUA Ambiente	Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
Cit.	Citada
Cfr.	Confrontar
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
L.	Lei
LBPOTU Urbanismo	Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo
Ob.	Obra
P(p).	Página(s)
SS	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional

Índice

Introdução	1
1 Natureza e Função do Conceito de controlo prévio	3
2 Evolução dos Tipos de Controlo efetuado pela Administração	6
2.1 Breve história e evolução dos tipos de procedimento de Controlo Preventivo em Portugal.....	6
2.2 O Fenómeno da Simplificação do controlo prévio.....	8
2.2.1 Novos modelos procedimentais de Controlo prévio, referência ao Licenciamento Zero.....	11
2.2.2 A Admissão da Comunicação Prévia como ato administrativo – Diferentes opções legislativas	14
3 Âmbito do regime procedimental da comunicação prévia no RJUE	18
3.1 Evolução e dificuldades sentidas.....	18
3.2 A nova comunicação prévia - Contornos procedimentais da figura	21
3.3 Natureza da atividade desenvolvida pelo particular quando procede à comunicação prévia – implicações da não oposição ao início da atividade	24
3.4 Principais novidades e dificuldades deste novo regime da comunicação prévia	26
3.4.1 Opção dada ao interessado de escolha do procedimento	26
3.4.2 Responsabilidade civil dos intervenientes - o novo Art. 100º-A	26
3.4.3 Caducidade do dever de fiscalização no prazo de dez anos após emissão título comunicação prévia art. 35º, nº9	28
3.4.4 Tutela dos interesses de terceiros	28
Conclusão.....	30

Introdução

O objetivo do presente trabalho é num primeiro momento, dar uma clara ideia da natureza e evolução do controlo prévio, no que às Operações Urbanísticas diz respeito. As normas que disciplinam o controlo prévio das Operações Urbanísticas encontram-se no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), que veio promover uma codificação integral em matéria de urbanismo e uma simplificação nos procedimentos de controlo prévio, através criação dos procedimentos de licenciamento, de autorização e de comunicação prévia. Importa saber em que consistiu essa evolução, relativamente ao tipo de controlo exigido pela administração.

Nas últimas três décadas assistiu-se a um propósito de reforço das responsabilidades privadas, sendo que neste contexto “*o urbanismo não ficou, por conseguinte, imune à tendência verificada na generalidade dos sectores da actividade administrativa no sentido do crescente protagonismo dos particulares na satisfação de necessidades colectivas públicas*”¹. O surgimento de novas tendências legislativas de simplificação e desburocratização levaram à adoção de novos sistemas de controlo preventivo das atuações dos particulares. Nesta medida, procedeu-se à substituição dos procedimentos de autorização administrativa por novos modelos procedimentais que não terminam com uma decisão administrativa de carácter permissivo. Referimo-nos a procedimentos de comunicação de início de atividade, solução inspirada em outros ordenamentos jurídicos como o Italiano e Alemão, regimes estes que serão também objeto de análise pela influência que tiveram na evolução que este instituto sofreu no ordenamento jurídico português desde 2007.

Uma análise atenta da evolução legislativa do RJUE dos últimos anos, revela que a intenção do legislador é a concretização deste novo paradigma, assumindo neste âmbito especial relevo a figura da comunicação prévia, o que nos leva a fazer uma análise do seu regime, sem esquecer as dificuldades da sua implementação para as Câmaras Municipais e também para os particulares.

No último ponto do presente trabalho procederemos a uma análise crítica à mais recente alteração operada pelo DL 136/2014, de 9 de Setembro, analisando quais as

¹ JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra Editora, 2012, p.18.

principais novidades e dificuldades do referido regime. Este consubstancia um novo tipo de procedimento de comunicação prévia, não surgindo como um procedimento administrativo de controlo preventivo, passando apenas a existir exclusivamente em sede de fiscalização, com aplicação de medidas de reposição da legalidade urbanística. Quais os verdadeiros custos para os particulares e AP? Relativamente à tutela das posições jurídicas que possam ser afetados por operações urbanísticas, questionamos se a previsão de um controlo exercido apenas em sede de fiscalização com aplicação de medidas de tutela da legalidade urbanística serão suficientes para a proteção de terceiros interessados?

Pelas razões mencionadas, pensamos ser de extrema importância uma análise às reformas do RJUE e perceber em que sentido estas contribuíram para uma maior eficiência da AP na sua relação com os particulares, mas também para o correto desenvolvimento desta tão relevante atividade de urbanização e edificação.

1 Natureza e Função do Conceito de controlo prévio

Quando falamos em Gestão Urbanística, referimo-nos, em grande medida ao conjunto das atividades relacionadas com a concreta ocupação, uso e transformação dos solos, quer sejam realizadas diretamente pela AP quer pelos particulares sob a direção, promoção, coordenação ou controlo daquela². Sendo que praticamente todo o território nacional se encontra abrangido por diferentes instrumentos de gestão territorial, nas palavras de FERNANDA PAULA OIVEIRA, “*falar hoje em gestão urbanística significa falar na execução dos planos municipais nas mais variadas dimensões em que esta tarefa se traduz*”³.

Existem portanto, várias lógicas de perspetivar a gestão urbanística sendo que a mais tradicional é aquela onde são os municípios que “*a reboque de iniciativas privadas*”⁴, ou seja, os proprietários dos solos apresentam para apreciação e controlo prévio por parte da Administração, projetos para a realização das mais variadas operações urbanísticas⁵. Destas salientam-se como mais frequentes os loteamentos urbanos, obras de urbanização ou edificação, nas quais a Administração Municipal procede à emissão dos correspondentes atos de controlo (controlo *a priori*), ou, fiscalizando a sua concretização (controlo *a posteriori*). Neste âmbito os mais relevantes atos referentes a este tipo de gestão urbanística são os que se encontram regulados no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação^{6/7}. –

Como instrumento jurídico de execução dos planos municipais, o controlo prévio das Operações Urbanísticas é um mecanismo considerado indispensável para que seja garantido o respeito das normas jurídicas urbanísticas no momento em que têm lugar as

² FERNANDO ALVES CORREIA, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Almedina, Coimbra, 1993, p.65.

³ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, CEJUR, Março 2010, Coimbra Editora, p.89

⁴ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo...*, cit. p.92.

⁵ O conceito de operações urbanísticas, segundo o artigo nº 2, alínea j) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, define-se como “*todas as operações materiais de urbanização, de edificação, de utilização dos edifícios ou dos solos, desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuniários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água*”. Segundo FERNANDO ALVES CORREIA, este é um conceito tendencialmente conglomerador de todos os usos artificiais do solo sujeitos a controlo prévio – cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *As Grandes...*, cit., p.35.

⁶ Doravante designado RJUE. Os artigos referidos ao longo do texto sem qualquer indicação pertencem a este diploma.

⁷ Decreto-Lei nº 555/99, de 16 de Dezembro, alterado sucessivamente pelo Decreto- Lei nº177/2001, de 4 de Junho; pela Lei nº15/2002, de 22 de Fevereiro; pela Lei nº60/2007, de 4 de Setembro; pelo Decreto-Lei nº18/2008, de 29 de Janeiro; pelo Decreto-Lei 116/2008, de 4 de Junho; pelo Decreto-Lei nº 26/2010 de 30 de Março; pela Lei nº 28/2010 de 2 de Setembro; pelo Decreto-lei nº136/2014 de 09 de Setembro de 2014.

transformações urbanísticas do solo, sendo fundamental para garantir a “*harmonização entre todos os interesses conflituantes coenvolvidos nas acções de ocupação, uso e transformação daquele bem*”⁸.

O RJUE prevê nos arts.4º a 6º- A, em relação à generalidade das operações urbanísticas, três tipos de atos de controlo prévio: a licença (arts.18º a 27º), a comunicação prévia (arts. 34º a 37º) e a autorização (arts. 62º a 66º). Com o RJUE, o legislador veio no que ao controlo preventivo das operações urbanísticas diz respeito, proceder à distinção entre o procedimento de licenciamento e o procedimento de autorização. Até ao surgimento do RJUE, o controlo preventivo levado a cabo pela Administração era por norma efetuado através da chamada “*licença de construção*”, sendo que a determinação da sua natureza jurídica foi sempre uma questão preponderante e muito discutida na doutrina. Assim se tentava chegar a um entendimento de saber se, o referido ato, de uma verdadeira licença se tratava (ato constitutivo), ou antes, de uma autorização administrativa (permissiva)⁹. A resposta encontrava-se tradicionalmente ligada às faculdades da propriedade privada, designadamente do *jus aedificandi* (direitos de lotear, de urbanizar e de construir).

Se para autores, como Marcello Caetano¹⁰, que defendia o *jus aedificandi* como sendo um componente essencial do direito de propriedade, as licenças seriam consideradas atos administrativos permissivos que concedem o exercício de uma atividade; temos em contraponto, a visão daqueles que, como Rogério Soares¹¹, defendiam o *jus aedificandi* como sendo um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário. Neste sentido, a licença traduzir-se-ia num ato administrativo, através do qual a administração atribui ao sujeito privado o poder que lhe foi retirado por lei permitindo (autorizando) o seu exercício. Numa abordagem diferente, para FERNANDA PAULA OLIVEIRA, a autorização consistirá “ (n) *o ato de controlo preventivo exigido para aquelas situações em que as regras e padrões de apreciação dos projectos se encontram já definidos com bastante precisão, enquanto a licença será o acto de controlo preventivo necessário nas situações em que, por tais regras e critérios não se encontrarem definidos com precisão, a lei deixa claramente uma*

⁸ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito Administrativo*, Volume III, Almedina, 2010, p.21-22.

⁹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo...*, cit.p.148.

¹⁰ ROGÉRIO SOARES, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p.279.

¹¹ ROGÉRIO SOARES, ob. cit., p. 116; FERNANDA PAULA OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES, “A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística”, in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, nº 1, 1999, p.28.

margem maior de discricionariiedade à Administração na apreciação dos projectos concretos”¹²; ou seja, para a autora o direito de construir não tem vida própria, sendo o controlo efetuado pela Administração à atividade dos particulares determinado quanto ao tipo de poderes que detém, sejam estes vinculados no caso da autorização, ou discricionários na licença.

¹² FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colecção Studia Iuridica, Ad Honorem-Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p.994.

2 Evolução dos Tipos de Controlo efetuado pela Administração

2.1 Breve história e evolução dos tipos de procedimento de Controlo Preventivo em Portugal

Em Portugal, a disciplina jurídica dos atos de controlo prévio encontra-se estabelecida no RJUE, inscrito no DL n.º 555/99, de 16 de dezembro, que promoveu uma simplificação legislativa através da congregação num só diploma de diversos diplomas dispersos em matéria de direito do urbanismo, nomeadamente do DL n.º 445/91, de 20 de novembro, que regulava o regime de obras particulares e do DL n.º 448/91, de 20 de novembro, que regulava o regime de operações e loteamento e de obras de urbanização. Estas alterações no respetivo regime jurídico corresponderam a uma necessidade de o legislador criar, para além do licenciamento, outro procedimento mais célere de autorização, expressamente referida no preâmbulo do DL n.º 555/99 de 16 de Dezembro, “*o procedimento administrativo neles desenhado é excessivamente complexo, determinando tempos de espera na obtenção de uma licença de loteamento ou de construção que ultrapassam largamente os limites do razoável*”¹³, representando uma alteração adequada as exigências de salvaguarda do interesse público e da eficiência administrativa a que aspiram os cidadãos.

A maior complexidade das operações urbanísticas que dependem de controlo prévio levou à consagração de regimes diferenciados, consoante revistam as modalidades de licença, autorização de utilização ou comunicação prévia para os casos mais simples, dependendo a sua aplicação, não apenas dos instrumentos de planeamento em vigor, mas também do tipo de operação a realizar¹⁴. Na redação inicial do RJUE a diferença entre o procedimento de licenciamento e autorização assentava “*na diferente densidade de planeamento vigente na área para a qual era requerida a realização da operação urbanística*”¹⁵ e também pelo “*diferente grau de concretização da posição subjectiva do particular*”¹⁶, assim se na autorização a posição do particular estaria mais

¹³ Preâmbulo do DL n.º 555/1999, de 16 de Dezembro.

¹⁴ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇÃS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação comentado*, Almedina, Coimbra, Março 2012, p.96.

¹⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, *ob. cit.*, p.97.

¹⁶ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo...*, *cit.*, p.151.

concretizada estando já definida em prévio ato administrativo ou em plano anterior, haveria uma menor intensidade de controlo preventivo por parte da AP.

As alterações levadas a cabo em 2001, tiveram o propósito de proceder a alguns ajustes à inovatória figura da autorização, diminuindo o seu âmbito de aplicação, sendo que só em 2007, devido a uma profunda simplificação procedimental com base no Programa SIMPLEX se efetivou a já referida quase eliminação da figura da autorização, até então prevista no n.º 3 do art. 4.º nos arts. 28.º a 33.º do RJUE. Esta tendência simplificadora que se traduziu numa diminuição da intensidade dos controlos *ex ante* das operações urbanísticas e no aumento dos controlos sucessivos¹⁷, onde o particular, encontrando-se dispensado de solicitar a autorização administrativa, vai limitar-se a dar conhecimento à Administração que vai iniciar determinada atividade.

As sucessivas alterações introduzidas no diploma, sobretudo através do DL n.º 177/2001, de 4 de Junho e da Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, trouxeram uma nova estrutura organizativa, revogando o procedimento de autorização (à exceção da autorização de utilização dos edifícios ou suas frações autónomas, bem com às alterações de utilização dos mesmos n.º 4 do artigo 4.º e art. 62.º do RJUE). Esta lei, se por um lado procedeu a uma alteração do âmbito de aplicação dos procedimentos de controlo preventivo das operações urbanísticas, procedendo a uma “*eliminação de controlo*”¹⁸ nas situações em que na ótica do legislador, este manifestamente se não justificava, por outro lado levou à sua substituição pelo procedimento de *comunicação prévia*. O procedimento regra das operações urbanísticas passou em 2007, a ser o procedimento de licenciamento, contendo no entanto um grande número de exceções, podendo agrupá-las em três categorias, operações dependentes de autorização; operações sujeitas a comunicação prévia e operações isentas de controlo prévio art. 6 RJUE.

O DL n.º 26/2010 de 30 de Março, deu continuidade ao movimento simplificador, sendo que o procedimento supletivo passou a ser o da comunicação prévia art. 4.º, n.º 4 alínea g), passando a ocupar um lugar de grande importância no panorama da simplificação como uma “*ferramenta associada ao controlo público preventivo*”¹⁹.

¹⁷ PEDRO DA COSTA PIMENTA GONÇALVES, «Controlo Prévio das Operações Urbanísticas Após a Reforma Legislativa de 2007», *DRL*, n.º1, 2008, p.1.

¹⁸ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Direito do Urbanismo...*, cit., p.151.

¹⁹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *et al.*, cit., p.96.

O DL nº 136/2014, de 9 de Setembro, contém grandes novidades relativamente às versões anteriores, sendo que talvez a mais relevante se refere a uma nova configuração da comunicação prévia, à qual me referirei com nos capítulos seguintes. A sua evolução em Portugal, mas também uma breve referência a diferentes Ordenamentos Jurídicos estrangeiros, por ter sido, neste domínio, que se criaram novos mecanismos de controlo onde se verifica “*a substituição do princípio da autoridade pública pelo princípio da autoresponsabilização dos particulares*”²⁰.

2.2 O Fenómeno da Simplificação do controlo prévio

O Controlo Preventivo levado a cabo pela administração municipal, à atividade construtiva dos particulares era entendido como uma atividade de natureza policial²¹, que consistia, a este propósito numa “*polícia especial das construções e edificações*”²². Assim, a interferência da Administração na atividade dos particulares seria justificada “*apenas pela necessidade de acautelar o cumprimento das normas relativas aos aspectos de estrutura e forma das construções urbanísticas e destinada a assegurar as suas condições de segurança, salubridade e estética*”²³. O controlo era assim efetuado, num primeiro momento, através da emissão da designada licença de construção e de habitação, ou de utilização, sendo que também a estas lhes eram reconhecidas características das autorizações com natureza policial²⁴. Era esta a opinião partilhada pela maioria dos autores portugueses²⁵, relativamente à natureza jurídica da licença de construção, mas também da jurisprudência, como se pode verificar pelo acórdão do STA de 11 de Dezembro de 1964²⁶.

Quando a atividade dos particulares se mostrasse contrária aos termos da autorização concedida, ou lesiva de interesses legalmente tutelados, cabia à Administração a adoção de medidas policiais de carácter repressivo, tais como a

²⁰Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «Mais uma alteração...», cit., p.20.

²¹ Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1980, p.1155.

²² Cfr. MARCELLO CAETANO, ob. cit., p.1195.

²³ CLÁUDIO MONTEIRO, «A fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume VI, Coimbra Editora, 2010, p. 419-420.

²⁴Cfr. CLÁUDIO MONTEIRO, «A fiscalização ...», cit., p.420.

²⁵ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Danubio, 1982, p.250.

²⁶ Cfr. AC/458 Que considerou que: *os licenciamentos de construção são de natureza policial, incumbindo às Câmaras Municipais assegurar os interesses gerais e prevenir os danos sociais, especialmente os referentes à segurança, salubridade e estética das edificações e a observância dos planos de urbanização*

determinação da suspensão temporária ou cessação definitiva da atividade licenciada²⁷. Já não é este o entendimento atual, não sendo possível recorrer hoje a uma atividade administrativa de natureza policial, relativamente ao domínio da construção urbana²⁸.

Na década de oitenta do séc. XX assiste-se a uma transformação caracterizada por uma maior atenção aos problemas de defesa do meio ambiente, mas também da qualidade de vida das pessoas. “*A administração acompanha e reflete a crescente complexidade de uma sociedade de risco*”²⁹, daí que nos diferentes atos administrativos a executar a AP vai refletir essa tutela de interesses públicos diferenciados³⁰.

Pelo exposto, no que à construção urbana diz respeito, passam a ponderar-se aspetos relativos ao seu impacto socioeconómico, ambiental, portanto sobre o equilíbrio do território globalmente considerado. O controlo exercido pela Administração assume-se desta forma como uma função de adequação das construções urbanas às exigências do modelo de ocupação, uso e transformação dos solos contido nos instrumentos de planeamento do território. Passa a ser possível afirmar-se, que a atividade administrativa de controlo “*vise já não a defesa da ordem pública e a garantia da propriedade, fins a que normalmente estão associados, os poderes administrativos de natureza policial, mas antes a execução de instrumentos de planeamento urbanístico*”³¹.

Este surgimento de diferentes fins a que deve proceder a Administração vai refletir-se na atuação desta passando a ponderar na sua atuação os diferentes e por vezes contraditórios fins, que vai trazer alterações no planos da organização, sendo que “*hoje a estrutura da administração pública na generalidade dos países europeus é surpreendida por uma série de organismos diferenciados (...), se valia para o aparelho público a ideia de uma pirâmide hierarquizável de relações bem definidas, hoje a metáfora utilizada é uma galáxia*”³².

Esta transformação vem sendo operada ao longo das últimas décadas, assistindo-se na Europa “*à migração de tarefas públicas para a esfera privada (privatização), de*

²⁷ Cfr. CLÁUDIO MONTEIRO, «A fiscalização...», cit., p.421.

²⁸ JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1994, pp. 401 ss.

²⁹ MARTA PORTOCARRERO, *Modelos de Simplificação Administrativa*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002, p.15.

³⁰ Neste sentido CLÁUDIO MONTEIRO, «Urbanismo e Interesses Públicos Diferenciados- O Novo Regime de Consultas a Entidades Externas nos Procedimentos de Controlo Prévio das Operações Urbanísticas», in *DRL*, N.º. 4, 2008, pp.2 e ss.

³¹ CLÁUDIO MONTEIRO, «A fiscalização...», cit., p.422 e 423. Refere ainda o autor que o controlo exercido pela Administração sobre as construções urbanas assumir-se-ia como uma verdadeira função pública, que visa essencialmente a execução de instrumentos de planeamento.

³² Cfr. MARTA PORTOCARRERO, ob. cit., p. 17.

ativação e de reforço das responsabilidades próprias dos particulares”³³. É neste contexto que podemos falar de novas tendências legislativas, que fazem com que o Estado se retire provocando uma *desregulação* (diminuição do controlo público) redefinindo-se assim o alcance da presença pública na sociedade.

No entanto o controlo efetuado pelo estado não é totalmente eliminado, mas redefinindo pela diminuição da sua intensidade³⁴. Posto isto, a privatização pode ser *total* onde o Estado faz uma renúncia total da tarefa, ou pode haver casos em que é atribuída ao privado sendo que se mantém a obrigação daquele de executar³⁵. Sendo neste contexto onde podemos enquadrar a adoção de novos sistemas e modalidades de controlo preventivo das atuações privadas³⁶ onde os particulares têm sido chamados a desempenhar funções de controlo no desenvolvimento da atividade de urbanização e de edificação, funções essas que antes eram confiadas apenas aos poderes públicos.³⁷ Nestes, é especialmente notório a substituição de mecanismos de controlo assentes em procedimentos de *autorização prévia*, por novas formas de controlo preventivo, onde reside a abolição do ato administrativo de autorização. O Estado, não abdica totalmente dos seus poderes de controlo, mas pela “*diminuição da sua intensidade - é aqui que podemos encontrar um efeito simplificador*”³⁸.

Assim a simplificação surge associada à preocupação de uma maior eficiência da ação administrativa na resolução de problemas sociais, simplicidade esta que assegure “*melhores garantias e melhores decisões*”³⁹. Visando em particular libertar a AP de certas tarefas e custos inerentes concretizando, nesse âmbito, diretrizes gerais de simplificação administrativa, de liberalização e de desburocratização⁴⁰. Neste âmbito se compreendem as políticas de simplificação procedimental levadas a cabo pelos próprios

³³ PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação Procedimental e Controlo Prévio das Operações Urbanísticas*, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo*, Prof. Doutor Fernando Alves Correia (coord.), CEDOUA|FDUC|APDU|AEDU|RDU, Almedina, Coimbra, 2008, p.79.

³⁴ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos...*, ob. cit., p.33.

³⁵ PEDRO ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O Exercício de Poderes Públicos por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina, 2008, p.153 e ss.

³⁶ C fr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação...*, cit., p.80.

³⁷ JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.447.

³⁸ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, ob. cit., p.33.

³⁹ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, ob. cit., p.23.

⁴⁰ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação...*, cit., p.82.

Estados⁴¹, mas também as ideias de simplificação que se encontram subjacentes ao Direito da União Europeia⁴².

Concluimos do exposto que, hoje falamos em simplificação administrativa nas diferentes vertentes em que o conceito se desdobra, para além da simplificação procedimental referida, uma simplificação normativa, orgânica⁴³. Na primeira, princípio decorre desde logo com o princípio presente no art. 267,nº2 da CRP que remete para os princípios da desburocratização e da eficácia na organização e funcionamento da AP, tendo como destinatários o legislador e a própria AP.⁴⁴ De uma outra vertente, tendo como objetivo a aplicação dos verdadeiros princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia tendo estes que se encontrar articulados com a concretização de objetivos a melhorar como a melhoria da prestação de serviços públicos e a sua gestão, objetivos estes que têm sido “*apresentados através da fórmula Administração de Resultado*”⁴⁵.

2.2.1 Novos modelos procedimentais de Controlo prévio, referência ao Licenciamento Zero

A abolição de procedimentos administrativos de autorização veio permitir a deslocação para a esfera jurídica dos particulares da “*responsabilidade pela realização das acções de controlo preventivo da legalidade de actividades que pretendam empreender*”⁴⁶. Nesse seguimento, instituíram-se procedimentos em que os particulares não podem iniciar as atividades sujeitas a controlo, sem que decorra um prazo determinado após a sua comunicação à AP, sendo desta forma substituído o anterior procedimento de autorização pelo “*procedimento de comunicação de início de actividade*”⁴⁷. Com a instituição destes novos procedimentos, introduziram-se mudanças relevantes relativamente aos procedimentos e rotinas administrativas que vieram alterar, de forma profunda a forma de relacionamento da AP com os particulares “*estes deixaram de poder requerer algo para passarem a ter de comunicar esse mesmo algo à*

⁴¹ Neste sentido, em Portugal o grande impulso foi dado pela grande reforma operada no RJUE dada pelo Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa (SIMPLEX).

⁴² Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, que veio implementar a mesma ideia de simplificação procedimental.

⁴³ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.110.

⁴⁴ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.111.

⁴⁵ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.111.

⁴⁶ Cfr. PEDRO ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA GONÇALVES, cit., p.201.

⁴⁷ Cfr. PEDRO ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA GONÇALVES, cit., p.201.

*Administração, forçaram-na a abdicar, de vez, da posição paternal (...) que tradicionalmente vinha assumindo”*⁴⁸.

Procuraremos nesta sede fazer uma análise do regime da comunicação prévia com prazo e da mera comunicação prévia que também se encontravam presentes no âmbito do Licenciamento Zero⁴⁹, que veio simplificar o regime de exercício de diversas atividades económicas. Estas figuras encontravam-se previstas no DL n.º 92/2010, de 26 de Junho, que transpôs para o ordenamento jurídico português a Directiva Serviços cujo objetivo foi o de estabelecer princípios e regras para simplificar o livre acesso e exercício de atividades e serviços realizados em território nacional. No seu art. 8.º, n.º 2 alínea a) a refere a *comunicação prévia com prazo*, que corresponde a “*uma declaração efetuada pelo prestador de serviços necessária ao início da atividade, que permita o exercício da mesma quando a autoridade administrativa não se pronuncie após o decurso de um determinado prazo*”; alínea b), a *mera comunicação prévia* sendo “*uma declaração efetuada pelo prestador de serviços necessária ao início da atividade, que permita o exercício da mesma imediatamente após a sua comunicação à autoridade administrativa*”. Existiam claramente diferenças entre as duas figuras, sendo que, se na primeira era imposto à AP um dever de decisão, dependendo “*de uma certificação ou de um ato da administração, o qual tem, na verdade, a natureza de permissão administrativa*”⁵⁰; já a mera comunicação prévia não tem natureza de permissão administrativa, não dependendo nem exigindo da AP qualquer reação, ficando no entanto o particular responsável pelo cumprimento de regras previamente definidas, nomeadamente o pagamento de taxas, sendo o controlo, efetuado *a posteriori*.

Ou seja, se na comunicação prévia prevista no RUJE, a comunicação prévia com prazo é imposto um dever de decisão à AP, o qual tem natureza de permissão administrativa, “*menos exigente do que uma licença ou uma autorização, mas mais exigente do que um mero registo*”. Por outro lado, a mera comunicação prévia não tem

⁴⁸ DULCE LOPES, «A comunicação Prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada», in *DRL, N.º 14, Abril/Junho*, 2011, p8.

⁴⁹ Estabelecido no DL n.º 48/2011, de 1 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2012, sendo mais uma vez alterado pelo diploma ora em análise o Decreto-Lei n.º 10/2015. De referir também a existência de comunicações inseridas em legislação especial, como por exemplo no âmbito da instalação e funcionamento de empreendimentos turísticos aprovado pelo DL n.º 39/2008, de 7 de Março, retificado pela Declaração de Retificação n.º 25/2008, de 6 de Maio, alterado pelo DL n.º 228/2009, de 14 de Setembro, alterado pelo DL n.º 15/2014, de 29 de Agosto.

⁵⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A nova configuração das comunicações prévias introduzidas pelo Decreto-lei n.º 136/201, de 9 de setembro», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p.65.

natureza de permissão administrativa, tratando-se do cumprimento de um dever por parte do interessado em informar a AP do exercício da sua atividade. A primeira tem subjacente a consagração do modelo clássico de controlo prévio, em torno de um princípio geral de proibição de exercício de atividades, sob reserva de autorização, que vai culminar com a emissão de um ato administrativo. Na segunda está em causa a “*abolição daquele princípio geral, assistindo-se ao fenómeno de efetiva e plena renúncia à exigência de um procedimento de autorização, abandonando-se o modelo de controlo público e substituindo-o por um modelo de “auto controlo privado” compensado por um controlo público sucessivo*”⁵¹.

De acordo com o regime jurídico do Licenciamento Zero, havia também uma clara distinção das duas figuras, no entanto o seu regime foi em grande medida alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro. Tal como se verificava na sua versão anterior do referido regime, o comerciante deve declarar através do Balcão do Empreendedor a intenção de proceder à ocupação do espaço público⁵², sendo assim a regra geral a mera comunicação prévia art. 4.º. No entanto, em determinadas situações legalmente estipuladas exige-se que o comerciante requeira a autorização art. 5.º, colocando-se assim termo à figura da comunicação prévia com prazo. No procedimento de autorização as notificações entre o particular e entidade administrativa competente, no caso de o pedido não se encontrar corretamente instruído, são também efetuadas através do Balcão do Empreendedor, sendo que aquela entidade tem o prazo de 20 dias para se pronunciar art. 8, n.º 3, sob pena do pedido ser considerado tacitamente deferido art. 9.º, n.º 2. Relativamente à fiscalização do cumprimento das normas legais aplicáveis e à instrução dos processos contra-ordenacionais, estas cabem exclusivamente aos municípios, sendo, por sua vez, competentes para a aplicação das coimas os presidentes dos municípios⁵³.

Assim concluímos de acordo com o *supra* referido, que com a redefinição do Regime do Licenciamento Zero, foi pretensão do legislador para além de criar um único regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração; a fixação de uma tramitação eletrónica dos procedimentos administrativos,

⁵¹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A nova configuração...», cit., p.92.

⁵² A título de exemplo podemos referir o caso das esplanadas abertas e a colocação de toldos, relativas a qualquer estabelecimento onde se realize qualquer atividade comercial.

⁵³ Sónia Pascoal, Abreu Advogados, BDJUR-base de dados Jurídicas- Decreto – Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro – «Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Actividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) ».

desburocratizando assim o acesso às atividades compreendidas no âmbito de aplicação do diploma. Em suma, simplificar e agilizar procedimentos administrativos, nomeadamente quanto às comunicações prévias e pedidos de autorização em sede do novo procedimento de Licenciamento Zero.

2.2.2 A Admissão da Comunicação Prévia como ato administrativo – Diferentes opções legislativas

Na opção tomada pelo legislador, o ato de admissão de comunicação prévia, assumia no ordenamento jurídico português a natureza de *ato administrativo ficcionado, criado por ficção legal*⁵⁴. Esta seria nas palavras de PEDRO GONÇALVES ”o factor de certeza e segurança que, em geral, se encontra ausente nos procedimentos de comunicação prévia, permitindo, do mesmo modo, a adequada defesa do interesse público e dos interesses de terceiros”⁵⁵. Sendo exatamente neste ponto, que o ordenamento jurídico urbanístico português se afastava de outros ordenamentos jurídicos urbanísticos europeus, em termos que passarei a clarificar de seguida.

No que se refere aos ordenamentos jurídicos Italiano e Alemão; “os procedimentos de comunicação de início de actividade” não vão dar origem a um ato administrativo, adotando-se portanto “um modelo de abdicação da decisão administrativa”^{56/57}. Estes modelos têm revelado problemas nos países que os adotaram. Desde logo, no que se refere à tutela jurídica, na medida em que a inexistência de um verdadeiro ato administrativo “a oficializar a actuação privada cria

⁵⁴ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 164.

⁵⁵ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p.102; Em sentido contrário JOÃO MIRANDA, ob. cit., p. 476 e 477 segundo o autor «a solução agora encontrada traduz-se numa desresponsabilização do particular, que procura «a cobertura administrativa da própria actividade», defendendo a criação de uma solução intermédia para acautelar as preocupações do particular em torno da insegurança e incertezas jurídicas, em que o particular, tinha a faculdade de optar por sujeitar a sua operação urbanística a outro procedimento o de licenciamento. Opção que aliás se verifica com a última alteração operada pelo DL 136/2014 de 9 de Novembro, art.4nº6.

⁵⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p. 102; também neste sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p.165 refere “Tais procedimentos põem em marcha uma tramitação silenciosa, no âmbito da qual a Administração deve efectuar, dentro de certo prazo, a verificação da legalidade da actividade urbanística que o interessado se propõe realizar, podendo, dentro desse prazo, a Administração opor-se à realização da pretensão privada, se esta for ilegal, exercendo, neste caso, um “poder de veto” dessa pretensão. Mas se nada fizer, o procedimento termina com um “silêncio”- o qual não tem o valor de acto jurídico, nem qualquer efeito habilitante, dado que o particular não dirige qualquer pedido à Administração”.

⁵⁷ MARGARIDA CORTEZ, «A inactividade formal da administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, p.411.

*uma situação de incerteza para o interessado directo que fica por sua conta e risco*⁵⁸. Este encontra-se assim privado de um ato que valide a sua atuação, ficando também dificultada a situação jurídica de terceiros vizinhos que poderiam ser prejudicados pela operação urbanística, deveriam ser considerados sujeitos da relação jurídica em causa⁵⁹. Pois estes, que com a perda da garantia de um ato escrito ou mesmo ficcionado, que do ponto de vista da tutela jurisdicional se veem impedidos de recorrer aos meios impugnatórios, remetendo para uma tutela do direito privado “*uma questão que pertenceria ao direito administrativo*”⁶⁰. Contrariamente a esta posição JOÃO MIRANDA, entende que estando aqui em causa uma relação multilateral, e não bilateral entre a AP e o particular, também os terceiros vizinhos podem ser considerados parte da relação jurídica. Segundo este autor, o CPA no art.37,nº3 compreende uma forma de reação dos terceiros no âmbito do procedimento de comunicação de início de atividade, a ação administrativa comum⁶¹.

Podemos então concluir que a solução adotada pelo legislador português era mais adequada, na medida em que, ao considerar a admissão da comunicação prévia como um ato administrativo embora ficcionado, vai submetê-la ao regime geral, nomeadamente em matéria de validade e impugnação. Convém no entanto proceder, ainda que em termos sucintos, a uma análise da forma em que esta figura de controlo prévio das operações urbanísticas é encarada em ordenamentos jurídicos urbanísticos europeus, nomeadamente o Italiano e o Alemão.

No direito Italiano, a comunicação prévia para o início da atividade tem sofrido constantes alterações legislativas⁶². Primeiramente na declaração de início de atividade “*denunza di inizio attività*”, o declarante limitava-se a dar conhecimento à AP que irá proceder a uma determinada atividade urbanística, sendo que se a AP num prazo de 30 dias não vetar essa atividade, a mesma pode ser iniciada sem prejuízo de uma eventual intervenção *a posteriori*⁶³. Foi muito discutida na doutrina a questão da natureza jurídica

⁵⁸ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p.101; MARGARIDA CORTEZ, *A inactividade...*, ob.cit.p.412.

⁵⁹ JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.488.

⁶⁰ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p.165; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p.101.

⁶¹ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.488.

⁶³ O *Testo Unico dell'E'dizilla* aprovado pelo Decreto do Presidente da República nº 38, de 2001, realizou uma importante simplificação relativamente ao sistema anterior de controlo prévio da atividade de construção. Consagrada no art 19º.da Lei 241/1990, a comunicação prévia para o início de atividade, foi alterado de modo muito relevante pela Lei 80/2005 alterando a expressão (*denuncia di inizio attività*) para

desta declaração de início de atividade, relativamente à tutela jurisdicional das partes, tendo-se mostrado dividida relativamente às vantagens do procedimento de comunicação de início de atividade. Podemos referir duas teses, a primeira que defende que esta declaração consistia num “*mero ato de iniciativa privada*” (*La tesi della natura privatistica*)⁶⁴, apenas permitindo uma intervenção inibitória por parte da Administração, no caso de violar disposições legais aplicáveis. A segunda considera, que a referida “*declaração, por efeito do decurso do tempo que dispõe a Administração para o exercício do poder inibitório ... configurável como título habilitativo tácito*” (*la tesi della natura publicistica*)⁶⁵.

No entanto, a Lei nº 15/2005, que trouxe uma maior definição quanto a este ponto. Para além de alterar a expressão para “*dichiarazione di inizio attività*”, previu-se no art.19 nº3, expressamente a possibilidade de a “*lei entrega expressamente à Administração, mesmo após o esgotamento do prazo para interditar, o poder de assumir determinações em via de autotutela*”⁶⁶, ou seja verifica-se a existência de um “*ato privado atípico*”⁶⁷. Esta norma significou que a posição do particular se encontrava agora protegida por um ato administrativo ainda que tácito. No sistema italiano existe um “*dualismo entre actividades susceptíveis ou não de transformar o território, carecendo as primeiras de licença de construção e estando as segundas sujeitas ao procedimento de início de atividade*”⁶⁸, dependendo a aplicação da primeira da existência de um plano que permite aos particulares as referidas intervenções; já nas segundas o que está em causa são as faculdades dos particulares no uso do seu direito de propriedade privada⁶⁹.

No ordenamento jurídico urbanístico Alemão, o direito da construção constitui um dos sectores sobre o qual têm incidido uma política marcada por objetivos de

(*dichiarazione di inizio attività*) DIA. Foi depois alterado pelo art. 49º. Do DL nº 78, de 31/05/2010 que substituiu a DIA pela SCIA (*segnalazione certificata di inizio attività*). O DL nº 69/2013 introduziu novas modificações ao DPR nº 38/2001. Mais recentemente, o art. 17º do DL 164 de 11 de Novembro de 2014, veio alargar o âmbito de aplicação da SCIA.

⁶⁴ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 166; TIZIANA D’AMBROSIO, “L istituto della segnalazione certificata di inizio attività alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali” p.7, *Rivista di diritto amministrativo*, Fascicolo nº1/2013, disponível em www.amministrativamente.com.

⁶⁵ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 166; TIZIANA D’AMBROSIO, ob. cit., p.6.

⁶⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p.89.

⁶⁷ Neste sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p.167, «*Mas exigências de ordem prática (...) conduziram a uma mutação genética do instituto, o qual de um ato privado em função da activação de um possível controlo se transformou num ato administrativo atípico, proveniente de um sujeito privado a que se ligam efeitos do ato tácito de deferimento*».

⁶⁸ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.468.

⁶⁹ Cfr. JOÃO MIRANDA., ob. cit., p.468.

desregulação e de liberalização. Dando origem à deslocação de tarefas de controlo de legalidade das operações urbanísticas para o sector privado⁷⁰. Ocorre assim a substituição dos procedimentos de licença e autorizações por procedimentos de comunicação prévia, que apesar de variações consoante o *Länder*, consiste de uma forma geral, na obrigação do particular proceder à comunicação à Administração do projeto urbanístico e o início da construção. Este assume a responsabilidade de garantir a conformidade desse projeto com as normas legais e regulamentares aplicáveis⁷¹. Em alguns *Länder*, a mera comunicação (procedimento da mera comunicação, sem controlo) é suficiente para dar início à execução da obra, sendo que noutros, esta apenas pode ser iniciada depois da comunicação e do decurso do prazo. Prazo este de que dispõe a administração para impedir a execução da obra⁷².

À semelhança do direito italiano, também aqui surgem críticas à figura da comunicação prévia, pois a “*privatização procedimental*”⁷³ pode afetar de um modo negativo as relações entre a Administração e os cidadãos, assim como enfraquecendo os direitos de terceiros lesados⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação...*, cit., p.88.

⁷¹ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, *Simplificação ...*, cit., p. 171.

⁷² Cfr. Fernando ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 171.

⁷³ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 171.

⁷⁴ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual...*, cit., p. 172.

3 Âmbito do regime procedimental da comunicação prévia no RJUE

3.1 Evolução e dificuldades sentidas

Antes da Reforma legislativa do RJUE, promovida pela Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro, a comunicação prévia era considerada como um procedimento de controlo mais ténue aplicável às operações de impacto reduzido⁷⁵. Este consistia na apresentação da comunicação prévia por parte do interessado, que à falta de pronúncia por parte da AP, era associado “*apenas um efeito permissivo, sem que fosse, por isso, praticado qualquer acto administrativo, ainda que tácito ou silente*”⁷⁶. O novo diploma consagrava uma comunicação prévia com prazo, na medida em que era fixado um período de tempo determinado para que a AP se pudesse opor à pretensão caso não cumprisse as exigências legais aplicáveis, “*poder de veto*”⁷⁷. No caso de tal oposição não se verificar, formar-se-ia *ex lege*, um ato de admissão da pretensão do interessado, podendo iniciar a sua atividade. Esta admissão da comunicação prévia tinha natureza “*de um acto administrativo ficcionado, criado por uma ficção legal*”⁷⁸. Assim, a admissão da comunicação prévia assumia a natureza de ato administrativo, não apenas por razões formais, como resultava claramente da epígrafe do art. 36º-A, como também pela equiparação desta figura à licença em diferentes aspetos normativos legais, tais como a validade da admissão da comunicação prévia (arts. 67º e 68º), à caducidade e revogação (arts.71º e 73º), renovação (art. 72º), prorrogação (art. 53º, nº 3).

⁷⁵ Designadamente, «*as obras de alteração no interior dos edifícios, não classificados, ou suas fracções desde que não implicassem modificações da estrutura resistente dos edifícios das cêrceas, das fachadas e da forma dos telhados e das obras de edificação e de demolição, dispensadas de licença e/ou autorização, mediante previsão em regulamento municipal, por se considerarem de escassa relevância urbanística*», cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *et al.*, cit., p.339.

⁷⁶ Cfr. DULCE LOPES, «A comunicação...», cit., p.10.

⁷⁷ Cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito...*, cit., p.165.

⁷⁸ Esta figura aproxima-se do instituto do deferimento tácito, todavia como refere PEDRO GONÇALVES, «*no procedimento de admissão da comunicação prévia, a ausência de decisão formal da Administração surge como situação típica configurada pelo legislador: a falta de decisão dentro do prazo fixado para o efeito não traduz qualquer inércia, nem uma situação de incumprimento (de dever ou obrigação de decidir) da autoridade competente; pelo contrário, a lei define a falta de decisão como a típica e normal de produção de efeito permissivo. Ao invés, o deferimento tácito surge como remédio para uma “apatia da Administração”, numa situação em que a lei não só exige a realização de um controlo prévio, como ainda reclama a tomada de decisão expressa; a falta de decisão consubstancia, neste caso, o incumprimento de um dever legal de decidir*», cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Simplificação ...*, cit., p.102.

Com a entrada em vigor do DL nº 26/2010, de 30 de Março, para além do alargamento âmbito da comunicação prévia⁷⁹, esta passou a ser considerada o procedimento regra na tramitação dos procedimentos de gestão urbanística nos termos do art. 4º, nº 4 do diploma. Com efeito, esta figura assumiu um papel de destaque, “(teoricamente) simplificando-se o procedimento”⁸⁰. No entanto, podemos afirmar que a tão almejada simplificação por parte do legislador, na prática não aconteceu. Concordamos por isso com Fernanda PAULA OLIVEIRA que a este propósito, afirma “a aplicação deste procedimento nem sempre resultou clara e sem dificuldades para os interessados e para a Administração”⁸¹, Pelas razões que passarei a analisar de seguida.

No procedimento de comunicação não existia um ato que permitisse ao particular uma certeza jurídica quanto à apreciação favorável da sua pretensão, na medida em que não havia lugar a decisão expressa por parte da AP. Tanto para os particulares, como as instituições privadas e públicas “esta ausência de decisão expressa tem sido encarada como um forte factor de insegurança, pois permanece sempre a dúvida se a falta de rejeição dentro do prazo legal corresponde ou não a uma apreciação favorável da pretensão urbanística, ou é antes, resultado de não ter havido tempo (...) para a sua apreciação”⁸².

Por um lado, o clima de insegurança jurídica deveu-se ao facto de os interessados terem de entregar com a respetiva comunicação, não apenas o projeto de arquitetura, como todos os projetos de especialidades⁸³ e todos os documentos referentes à fase de execução da obra, implicando maiores custos iniciais para o interessado. Sendo certo que, se fosse rejeitada a referida comunicação, o particular poderia ter de reformular os projetos com todos os custos que lhe estariam associados. Numa tentativa de suplantar a incerteza de inexistência de um ato de deferimento expresso, muitas Câmaras Municipais passaram a permitir que o interessado entregasse os documentos iniciais

⁷⁹ Para além das operações urbanísticas a que se refere o art. 4º, nº 4 do RJUE, estavam sujeitas ao procedimento de comunicação prévia as operações antecedidas de informação prévia favorável nos termos do art. 14º, nº 2 (art. 17º, nº 1), assim como as alterações feitas no decurso da obra que se insiram no âmbito do art. 83º, nº 1 e 3.

⁸⁰ CARLOS JOSÉ BATALHÃO, «A comunicação prévia: do modelo teórico à experiência autárquica», in *DRL*, Nº 16, Abril/Junho, 2011, p.66.

⁸¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «As mais recentes alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação - Breves reflexões sobre o Decreto-lei nº 26/2010, de 30 de Março”, in *DRL*, nº 10, Abril/Junho de 2010, p. 4, nota 2.

⁸² Cfr. CARLOS JOSÉ BATALHÃO, ob. cit., p.68.

⁸³ O que ao contrário do que acontecia no procedimento de licença, segundo o art. 20º nº 4, sendo que neste o interessado tinha um prazo de 6 meses.

numa fase posterior, ou seja, após a tomada de decisão expressa, e outros apenas depois da liquidação das taxas.

Surgiram também dificuldades relativamente ao título de admissão de comunicação prévia, na medida em que, segundo o disposto no art. 74º, nº 2, o ato de admissão da comunicação prévia era titulado pelo “*recibo da sua apresentação acompanhada pelo comprovativo da admissão nos termos do art. 36º-A*”. A disponibilização do título era efetuada através do sistema informático, ou em formato de papel⁸⁴, tais atos seriam meramente certificativos⁸⁵. No caso de não emissão do título, o interessado teria de se socorrer do art. 104º do Código do Procedimento Administrativo, relativo ao processo urgente de intimação para prestação de informação, consulta de documentos e passagem de certidões. Deste modo, não sendo condição de eficácia, o interessado poderia proceder à realização da operação urbanística, não obstante a não emissão do título, desde que procedesse ao pagamento das devidas taxas, conforme o plasmado no art. 36º-A, nº2⁸⁶.

Por parte das instituições privadas e públicas foram levantados problemas quanto à suficiência do recibo da apresentação da comunicação e do comprovativo da sua admissão, devido à ausência de decisão expressa. Perante esta situação, diversas Câmaras Municipais optaram por fazer constar de certidão todas as informações que, em regra deveriam integrar o alvará, referidas no art. 77º provocando “*a uma quase equiparação, quanto ao conteúdo, dos títulos das licenças e das admissões de comunicações prévias*”⁸⁷. Podemos, portanto, concluir que ao longo da sua evolução legislativa, a comunicação prévia não foi um instrumento de fácil aplicação.

Verificou-se um acréscimo de tarefas e responsabilidades, na ótica do interessado, tendo este que proceder à liquidação das taxas, apresentar todos os projetos no início do procedimento, assim como todos os elementos relativos à execução da operação urbanística em causa⁸⁸. A todo este rol acrescia o facto de que as coimas aplicáveis, previstas no art. 98º, nº 1, eram agravadas quando praticadas no âmbito da

⁸⁴ Cfr. Art. 4º e 8º da Portaria nº 216-A/2008, de 3 de Março.

⁸⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», in *DRL*, nº 16, Abril/Junho de 2011, p.34.

⁸⁶ Na prática significa isto que com a redação do DL nº 26/2010, a eficácia da comunicação prévia surge com o pagamento das taxas por autoliquidação, sendo que antes deste pagamento o comunicante não pode iniciar a obra; diferentemente do regime anterior onde era determinado que a contagem se iniciava com o próprio ato de admissão da comunicação prévia. Neste sentido FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, ob. cit., p. 556 e 557; FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual ...*, cit., p.164.

⁸⁷ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «As dúvidas...», cit., p. 35.

⁸⁸ Indicar o seguro, a prestação de caução.

comunicação prévia. Conclui-se portanto que o particular assume mais responsabilidades, num procedimento cujo objetivo seria o de obter uma decisão mais célere e objetiva. Este aumento de responsabilidades e custos iniciais, tornou a “*figura da comunicação prévia num instituto indesejado numa época de crise financeira e imobiliária*”⁸⁹. No que aos municípios diz respeito, as dificuldades estavam relacionadas com o encurtamento de prazos envolvidos, e também com a responsabilidade de, em regulamentos municipais, definir as melhores condições de execução das obras sujeitas a comunicação prévia (arts. 53º, nº 1 e 57º, nº 1), o que envolvia certamente um trabalho acrescido.

3.2 A nova comunicação prévia - Contornos procedimentais da figura

Com a entrada em vigor do DL nº 136/2014, de 9 de Setembro, a comunicação prévia passa a corresponder, nos termos do art. 34º, nº 2, a “*uma declaração que, desde que corretamente instruída permite ao interessado proceder imediatamente à realização de determinadas operações após o pagamento das taxas devidas, dispensando-se a prática de quaisquer atos permissivos*”. Consistindo portanto, numa mera comunicação prévia, e não como afirmado no preâmbulo do diploma e no art. 4º, nº 1⁹⁰, uma comunicação prévia com prazo. A apresentação da comunicação prévia permite ao particular interessado proceder à realização de determinadas operações urbanísticas após o pagamento das respetivas taxas devidas.

Com esta nova configuração, a comunicação prevista no RJUE, deixa de ser considerada como um procedimento de controlo preventivo, passando apenas a existir exclusivamente, controlos administrativos *a posteriori*⁹¹. Com a comunicação prévia, vai surgir como um desvio à regra, na medida em que segundo Nova Lei de Bases do Solo, do Ordenamento do Território e do Urbanismo⁹², que consagra no seu art. 58º, nº 3 a exceção à regra de sujeição das operações urbanísticas ao controlo prévio, ao dispor que “*Quando a salvaguarda dos interesses públicos em causa seja compatível com a*

⁸⁹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «As dúvidas...», cit., p. 38.

⁹⁰ Segundo este artigo o âmbito de aplicação de aplicação da comunicação prévia apesar de manter como regra de aplicação a realização de obras de impacto reduzido, ou a existência de parâmetros precisos aplicáveis à operação urbanística, quer sejam dados por um instrumento de planeamento (plano de pormenor), ou por ato administrativo (licença de loteamento ou uma informação prévia qualificada), quer pela situação fáctica existente (zona urbana consolidada), ficando as restantes situações sujeitas a licenciamento.

⁹¹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A nova configuração...», cit., p.67.

⁹² Introduzida pela Lei nº 31/2014, de 30 de Maio.

existência de um mero controlo sucessivo, a lei pode isentar de controlo prévio a realização de determinadas operações urbanísticas, desde que as condições de realização sejam suficientemente definidas em plano municipal". Todavia, consideramos que esta solução aparenta certa incoerência, na medida em que, apesar de hoje a “regra” passar pela ausência de controlo prévio das operações urbanísticas, um grande número destas operações ainda se encontram sujeitas a um procedimento de comunicação prévia.

Apresentada a comunicação prévia a verificação do cumprimento das normas é agora feita em sede de uma fiscalização sucessiva (e não em fase de saneamento), impondo assim a aplicação de medidas de reposição de legalidade urbanística, conforme o disposto no n.º 8 do art.35.º.

Pelo exposto, concluímos que não existe hoje, ao contrário do que se verificava anteriormente, “*um ato expresse de rejeição, nem um ato (ficcional) de admissão*”⁹³, sem a existência de uma admissão da comunicação, não faz sentido uma referência à revogação, declaração de nulidade ou suspensão de eficácia de um ato administrativo, como se verificava anteriormente⁹⁴.

Uma questão relevante prende-se com o facto de saber se estando perante uma comunicação prévia de uma operação urbanística ilegal, a administração teria de aguardar pelo início dos trabalhos para poder adotar a medida de tutela da legalidade mais adequada⁹⁵. No entanto norma de competência para os órgãos municipais impedirem a execução de uma operação realizada ao abrigo da comunicação prévia é a do art. 79, n.º1 al) b, pode ser cassado pelo presidente da Câmara Municipal “*quando a comunicação prévia caduque, não cumpra as normas legais ou regulamentares aplicáveis, não tenha sido antecedida dos pareceres, autorizações ou aprovações legalmente exigidos ou não se conforme com os mesmos*”. Cabe às Câmaras Municipais promover a cassação da comunicação prévia se os trabalhos estiverem contrários ao seu conteúdo. Com a nova c comunicação prévia, a cassação revela-se “*o único meio adequado para impedir o início dos trabalhos, sempre que o órgão municipal, em face dos projetos, controlar e certificar a legalidade das ações do promotor nem sempre*

⁹³ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A nova configuração...», cit., p.69.

⁹⁴ ANDRÉ FOLQUE, «Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p.180.

⁹⁵ Cfr. ANDRÉ FOLQUE, ob. cit., p.180.

*estejam habilitados com a necessária formação*⁹⁶. Este problema torna-se premente quando analisada de acordo com a solução encontrada pelo legislador, de inexistência de um controlo preventivo, momento em que seria o certo para proceder a uma análise do controlo em questão⁹⁷.

São várias as disposições que do RUJE que nos permitem concluir que não estamos agora na presença de um procedimento administrativo, “*por esta tramitação não tender nem à tomada de uma decisão pela Administração nem à sua execução (art. 1º, nº 1 do CPA)*”⁹⁸ desde logo, a tramitação passa a ser da responsabilidade apenas do interessado, designadamente quanto à apresentação da comunicação através da plataforma eletrónica art. 35º, nº 1. Relativamente às consultas às entidades externas, têm que ser promovidas pelo interessado antes da comunicação arts. 13º-B e 34º, nº 5⁹⁹.

Não obstante, nos termos do disposto art. 35º, nº 7, o qual remete para o art. 11º, nº 2 al. a) e nº 3, a Administração possa intervir na fase instrutória, proferindo despacho de aperfeiçoamento e rejeição liminar do pedido¹⁰⁰. O despacho de aperfeiçoamento do pedido terá lugar quando “*o requerimento não contenha a identificação do requerente, do pedido ou da localização da operação urbanística a realizar, bem como no caso de faltar documento instrutório exigível que seja indispensável ao conhecimento da pretensão e cuja falta não possa ser oficiosamente suprida*”, como refere FERNANDA PAULA OLIVEIRA o controlo só é permitido quando diga respeito a um elemento instrutório que permita identificar a pretensão, e não relacionado com a viabilidade da mesma¹⁰¹. Percebe-se esta possibilidade de intervenção da Administração, ainda que reduzida pois segundo o art. 34º, nº 2 o interessado pode dar início imediato à realização da operação urbanística em causa, se esta estiver “*corretamente instruída*”. O objetivo

⁹⁶ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p. 510.

⁹⁷ Segundo ANDRÉ FOLQUE, ob. cit., p. 181, «*A falta de referência à cassação da comunicação prévia por ilegalidade da operação urbanística entre as medidas de polícia tipificadas no art. 102º acaba por nos mostrar que ela pode ter como função principal um controlo administrativo prévio que parecia ter desaparecido da figura da rejeição e com a emissão automática do título comprovativo da apresentação*».

⁹⁸ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*A nova configuração...*», cit., p.69.

⁹⁹ Nesta sede cabe no entanto fazer referência relativamente a alguns pontos do novo regime. Dá-se expressamente a consagração da dispensa de consultas a entidades externas em procedimentos que tenham sido previamente objeto de uma apreciação favorável no âmbito de procedimentos de informação prévia, de aprovação de operações de loteamento urbano ou de aprovação de planos de pormenor. Segundo FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*Uma análise mais atenta de todas estas situações permite concluir que as mesmas ocorrem essencialmente quando estão em causa operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia, o que significa que neste caso muito dificilmente será necessário promover essas consultas*», cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma Alteração...*, cit., p.36

¹⁰⁰ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*A nova configuração...*», cit., p.69.

¹⁰¹ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*A nova configuração...*», cit.,p.70.

desta redefinição foi o de abranger aquelas situações em que se encontravam já definidos previamente os elementos para a realização da operação urbanística em causa, podendo ser assim dispensada a apreciação pelo município (art. 4º, nº 4). Esta possibilidade vai assim excluir qualquer interação entre a Câmara Municipal e o requerente, para além da entrega da declaração (art. 34º, nº 2).

Relativamente ao pagamento das taxas urbanísticas segundo o art. 34º, nº 3, deve ser feito no prazo máximo que consta de regulamento municipal, sob pena de caducidade da comunicação iniciada (art. 71º, nº 2 *in fine*). No caso dos loteamentos e operações equiparadas¹⁰², a prestação de caução e celebração de instrumento notarial (art. 44º, nº 3).

3.3 Natureza da atividade desenvolvida pelo particular quando procede à comunicação prévia

O procedimento de comunicação, ao não exigir uma decisão da administração, vai levar a que o procedimento da comunicação seja da responsabilidade do particular, tornando-se premente saber quais as consequências desta falta de decisão da administração no início da atividade edificatória e de urbanização?¹⁰³Quais os custos decorrentes para a Administração e para os particulares?

Partilhamos da posição de FERNANDA PAULA OLIVEIRA quando refere que “do ponto de vista das responsabilidades privadas (dos promotores e técnicos que o auxiliam), a comunicação prévia corresponde, sem sombra de dúvida, a uma maior “sobrecarga” para estes”¹⁰⁴. A nova comunicação envolve um aumento das responsabilidades para os técnicos privados que vão prestar auxílio ao particular interessado na realização da operação urbanística (sistema de controlo e certificação por terceiro), tendo sido crescente a transferência de tarefas no controlo da realização das operações urbanísticas para os técnicos ou peritos especializados.¹⁰⁵

Se por um lado, a inexistência de um controlo prévio vai provocar uma diminuição dos custos para a Administração, por outro lado, envolve certamente um grande aumento de custos no controlo *a posteriori* implicando um reforço material e

¹⁰² Refere-se às operações do art. 44º, nº 5 e também às operações com impacte semelhante a um loteamento.

¹⁰³ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.494.

¹⁰⁴ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «A nova configuração...», cit., p.79.

¹⁰⁵ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.511.

humano. Podemos portanto afirmar que os particulares, apesar não terem agora de pagar taxas pela admissão da comunicação prévia, sofrerão um aumento nos custos, uma vez que necessitarão de proceder a consultas exigidas legalmente; a autoliquidação das taxas; entrega projetos no início do procedimento; decidir quais são os elementos relevantes relativos à execução da comunicação; decidir se os projetos cumprem os parâmetros legais. Sendo certo que estas tarefas anteriormente pertenciam à Administração, afirmamos que “*verdadeiramente, para que se produza a simplificação procedimental, o particular é obrigado a desenvolver um esforço de recolha de todos os elementos de facto e de direito relativos à actividade que pretende realizar*”¹⁰⁶

Face ao regime instituído, a interação entre particular e o município será realizada *a posteriori* como acontece relativamente à apreciação dos projetos das especialidades¹⁰⁷, cuja avaliação continua a ser realizada pelos serviços municipais. Pergunta-se se os conflitos daí resultantes, não poderiam ter sido resolvidos numa fase anterior? Evitando situações em que o particular que comete o erro tem agora que alterar algo que já se encontra construído.

Quanto ao título das comunicações prévias é o comprovativo do pagamento das taxas e, quando exigido o comprovativo da prestação de caução e da celebração do instrumento notarial (arts. 44º, nº 3 e 74º, nº 2), como a Administração de acordo com o novo regime deixa de poder realizar um controlo prévio, a taxa pela realização, manutenção e reforço de infraestruturas urbanísticas não é cobrada (art. 116º, nº 1). Vai implicar uma diminuição das receitas do município, receitas estas relativo a taxas de emissão de alvarás de licença e comunicações prévias, ficando a questão de saber o que irão estes fazer para compensar as perdas? Certamente uma das consequências será uma maior exigência ao nível da fiscalização sucessiva, aumentando o número de procedimentos contraordenacionais e maior aplicação de coimas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. JOÃO MIRANDA, ob. cit., p.508 e 509.

¹⁰⁷ Refiro-me mais concretamente aos projetos dos abastecimentos de águas residuais e pluviais, em que é pouco provável que estes consigam ser executados sem que seja necessário correções e alterações no projeto, cfr. ISABEL ABALADA MATOS, «O novo procedimento de comunicação prévia» in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p.147 e ss.

¹⁰⁸ JORGE SILVA SAMPAIO, «Breves notas sobre o novo procedimento de comunicação prévia», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p.123.

3.4 Principais novidades e dificuldades deste novo regime da comunicação prévia

3.4.1 Opção dada ao interessado de escolha do procedimento

Uma das principais novidades do RJUE enunciada no art. 4º, nº 6 refere-se à possibilidade de “*nas operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia pode o interessado, no requerimento inicial, optar pelo regime de licenciamento*”¹⁰⁹. Pode afirmar-se que agora a comunicação prévia regressou à configuração originária no RJUE, onde revestia carácter meramente facultativo¹¹⁰.

Esta norma configura uma situação vantajosa para os particulares pois permite que, em caso de dificuldades quanto à instrução do procedimento de comunicação prévia, ou relativamente a dúvidas que este possa ter relativamente ao enquadramento da operação urbanística em causa, este possa agora socorrer-se do procedimento de licença¹¹¹. Perante esta possibilidade podemos concluir que existe um sério risco de o particular, porque se encontra ciente das novas responsabilidades que lhe são pedidas, passe a optar “*sistematicamente no sistema mais seguro e paternalista do controlo prévio e tradicional da licença, convertendo o novo regime da comunicação prévia em letra morta*”¹¹².

3.4.2 Responsabilidade civil dos intervenientes - o novo Art. 100º-A

É visível a preocupação deste novo regime em tornar mais clara a repartição da responsabilidade pelos vários intervenientes, resultando numa responsabilidade solidária no caso de existir violação dos deveres inerentes ao exercício da atividade

¹⁰⁹ De notar que agora o procedimento-regra passou a ser o procedimento de licença (art. 4, nº2 al) i) e já não a comunicação prévia art. 4º, nº 4 al) h, na versão do DL 2010 ou seja, sempre que não se encontre expressamente previsto o procedimento de controlo prévio referente a uma determinada operação urbanística ou não se encontre determinada a sua isenção, deve submeter-se a mesma a licenciamento.

¹¹⁰ Relativamente ao art. 11º, nº 11 do regime anterior (DL nº 26/2010, de 30 de Março), nomeadamente quanto à situação de os interessados solicitarem um procedimento mais complexo como o de licenciamento, o que se justificaria plenamente, porque o procedimento indicado seria mais exigente do que o aplicável (comunicação prévia). No entanto, na alínea b) do referido art. ocorria uma conversão oficiosa do procedimento, o que não deveria acontecer uma vez que com a entrega do procedimento de comunicação prévia, apesar de mais simples deveria ser acompanhado de mais elementos instrutórios, como se pode ver pela leitura da Portaria 232/2008. O pedido de comunicação prévia, de por exemplo uma obra de edificação tinha, para além do projeto de arquitetura, de ser acompanhado dos respetivos projetos de especialidades, e ainda com todos os elementos indispensáveis ao início da obra. Neste sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, cit., pp. 202 e 203.

¹¹¹ ANA GOUVEIA MARTINS, «A nova comunicação prévia», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p.105.

¹¹² ANA GOUVEIA MARTINS, ob. cit., p.105.

desempenhada e a que se encontrem obrigados tendo feito a adição do art. 100º-A¹¹³. Dependendo da situação concretamente ocorrida, os responsáveis são diferentes, designadamente promotores nº 5, de donos da obra, de empreiteiros nº 6, e dos vários técnicos que intervêm no processo¹¹⁴. No entanto, em qualquer um dos casos, a regra é a da responsabilidade solidária, ou seja, assumindo cada um dos responsáveis o total ressarcimento dos danos causados, cabendo-lhe direito de regresso sobre os restantes¹¹⁵.

Importa referir que art. 100º-A, nº 9 a aprovação do projeto de arquitetura e o exercício de tarefas de fiscalização municipal não isentam os técnicos responsáveis da responsabilidade pela condução dos trabalhos em estrita observância pelas condições da licença ou da comunicação prévia, ou seja, não afastam a responsabilidade civil que lhes é imputada do RJUE. Ressalta a ideia de que o legislador aquando da criação desta norma, não teve em conta que os intervenientes são vários e em diferentes planos, ora sendo que todos eles podem ser responsabilizados, isso poderá implicar um risco importante no momento da tomada de decisão em proceder a tal investimento¹¹⁶.

Por último, uma pequena referência relativamente ao instituto da responsabilidade civil da AP, presente no art. 70º que não sofreu alterações significativas¹¹⁷, sendo a regra também a da responsabilidade solidária¹¹⁸.

¹¹³ Segundo este art. as situações em que poderá ocorrer responsabilidade são aquelas em que as operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio mas desenvolvidas em violação das condições previstas na licença, comunicação prévia ou autorização; operações urbanísticas realizadas sem controlo prévio ou em desconformidade com os seus pressupostos ou com as condições previstas na lei para a isenção de controlo prévio; operações urbanísticas incompatíveis com instrumentos de gestão territorial.

¹¹⁴ Técnicos a que se refere a Lei nº 31/2009, de 3 de Julho.

¹¹⁵ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma Alteração...*, cit., p.51.

¹¹⁶ LUCIANO MARCOS, «A revisão do RJUE aprovada pelo DLnº136/2014, de 9 de Novembro – uma reforma (des)necessária?», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Coord. Cláudio Monteiro, Jaime Valle, João Miranda, Almedina, 2015, p. 34.

¹¹⁷ O legislador veio no entanto clarificar aspetos, sendo que os mais importantes são por exemplo: na responsabilidade por ação e omissão é apurada nos termos gerais, ou seja, é feita uma remissão genérica para a lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas públicas; há responsabilidade civil da Administração Pública sempre que decorram prejuízos da realização de operações urbanísticas com base em atos de controlo prévio ilegais, desde que esteja em causa uma conduta ilícita dos titulares dos órgãos e funcionários municipais.

¹¹⁸ Nesta sede segundo o art.70º, nº 3, als. a), b) e c) os responsáveis serão: o titular do órgão administrativo que haja praticado o ato; os membros dos órgãos colegiais que tenham votado a favor do ato; os trabalhadores que tenham prestado informação favorável à prática do ato; e, os membros da câmara municipal que não promovam as medidas de reposição da legalidade sempre que necessário.

3.4.3 Caducidade do dever de fiscalização no prazo de dez anos após emissão título comunicação prévia art. 35º, nº9

Uma norma que merece ser referida é aquela que prevê a caducidade do dever de fiscalização no prazo de dez anos após a data de emissão do título da comunicação prévia art. 35º, nº 9. Esta solução parece quer aproximar estas situações àquelas operações urbanísticas realizadas com base numa licença nula, conforme o disposto no art. 69º. Assim deve considerar-se consolidada, a operação urbanística baseada numa comunicação prévia que não cumpriu as normas aplicáveis. Esta norma levanta dúvidas, primeiro esta caducidade do dever de fiscalização parece referir-se a todas as situações que geram nulidade, sendo muito mais abrangente que o regime misto de nulidade dos atos de gestão urbanística do art. 69,º que apenas se refere às situações contempladas no art. 68º. Por outro lado, a possibilidade de recurso a medidas de reposição da legalidade e portanto do dever de fiscalização, mesmo relativamente àquelas situações cujo vício geraria a anulabilidade do ato de controlo preventivo.

3.4.4 Tutela dos interesses de terceiros

Se é verdade que agora, o controlo da legalidade urbanística ao abrigo da comunicação prévia é feito *a posteriori*, pergunta-se se os poderes de fiscalização e de adoção de medidas de tutela de legalidade urbanística, presentes nos art. 93 e ss. serão suficientes para a proteção de terceiros afetados pela operação urbanística¹¹⁹?

No regime anterior existia um ato administrativo (ficcional), permitindo a reação dos destinatários e de terceiros afetados, através da interposição de meios contenciosos contra aquele ato, visando assim proteger as posições de contra interessados e de terceiros afetados pela operação urbanística¹²⁰. Esta solução foi largamente elogiada¹²¹ por permitir uma melhor tutela dos interesses de terceiros, na medida em que estando em causa a prática de um ato administrativo por parte da AP,

¹¹⁹ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, ob. cit., p.134 e ss.

¹²⁰ Em sentido contrário, cfr. JOÃO MIRANDA ob. cit., p. 501 e 502. Para este autor «A tutela de terceiros pode ser assegurada (...) não seria necessária a existência de um ato administrativo para que os terceiros pudessem reagir contra agressões dos seus direitos. A nosso ver, o problema é diferente e prende-se com a necessidade de previsão de formas de participação de terceiros no procedimento de comunicação de início de actividade (...) preocupação que agora se encontra acautelada no artigo 12º. do RJUE».

¹²¹ PEDRO GONÇALVES, «Controlo Prévio Das Operações Urbanísticas Após A Reforma Legislativa De 2007», in DRL, Nº1, 2008, p.19, neste sentido afirma que «A criação legal do ato administrativo de admissão introduz o factor de certeza e segurança que em geral, falta aos procedimentos de comunicação prévia, permitindo deste modo, a adequada defesa do interesse público e dos interesses de terceiros. Eis a razão por que nos parece estarmos diante de uma boa solução».

visava precisamente a proteção dos terceiros afetados pela operação urbanística em causa. Esta questão assume uma maior gravidade quando agora estamos perante situações, em que a AP não está obrigada a proferir uma decisão. Com a configuração atual da comunicação prévia, fica afastada a admissibilidade de ações impugnatórias e respetivos meios cautelares¹²².

Outro aspeto, relaciona-se com o dever de publicitar sob forma de aviso, a colocar no local de execução da operação de forma visível na via pública “*no prazo de 10 dias a contar da apresentação do requerimento inicial ou comunicação*” art.12º, questiona-se como podem os terceiros interessados ter conhecimento da comunicação e reagir antes da produção de uma situação consumada que os possa afetar? A verdade é que o interessado pode agora proceder de imediato à realização da operação urbanística, desde que esta se encontre corretamente instruída (art. 11º, nº 2) e após o pagamento das respetivas taxas, decorrido o prazo de 8 dias. Ora se o dever de ser publicitada, só se verifica depois de 10 dias, parece que os terceiros lesados têm pouco tempo para reagir atempadamente ao início das obras¹²³.

Podemos dizer que “*estas soluções de privatização procedimental têm vindo a ser muito criticadas (...) por enfraquecer de modo negativo a relação entre a Administração e os particulares promotores, e, bem assim, os direitos de terceiros que possam ser lesados*”¹²⁴, sendo particamente impossível que hoje um terceiro interessado possa impedir o início de uma operação urbanística, não podendo estes hoje participar no procedimento de aprovação da comunicação prévia de maneira a influenciar o seu conteúdo, passando apenas a fazer valer os seus direitos em juízo¹²⁵.

¹²² Como por exemplo a suspensão de eficácia do ato, ou o regime do art. 128º CPTA.

¹²³ ANA GOUVEIA MARTINS, ob. cit., p.107, para a autora «trata-se de um desfasamento que deveria e poderia ter sido evitado se fosse exigido que, aquando da apresentação da declaração, fosse imediatamente obrigatória a afixação de aviso no local da obra».

¹²⁴ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, ob. cit., p.134.

¹²⁵ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, ob. cit., p.137.

Conclusão

Propusemo-nos com este nosso estudo, a abordar o tema da simplificação do controlo preventivo das operações urbanísticas, e de modo a finalizar o presente trabalho podemos tirar as seguintes conclusões:

O DL nº 555/1999, de 16 de Dezembro, sofreu grandes alterações nos últimos anos com o objetivo de promover uma simplificação legislativa, uma desburocratização e desmaterialização dos processos. O propósito seria também melhorar significativamente o relacionamento entre a AP e o particular, e nesses sentido foram introduzidos novos paradigmas de controlo administrativo à atividade privada.

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 60/2007, de 4 de Setembro, mas principalmente com a introdução do DL nº 26/2010, de 30 de Março, o procedimento de comunicação prévia passou a procedimento supletivo, no que às operações urbanísticas diz respeito e passou a ter uma grande importância no RJUE. O regime em questão consagrou um regime de comunicação prévia com prazo, no entanto este mostrou verdadeiras dificuldades de implementação, tanto para os municípios como para os particulares. A ausência de uma decisão expressa por parte da AP era vista pelos particulares como um fator de insegurança. Este fator de insegurança terá levado muitas Câmaras Municipais a adaptar o procedimento da comunicação prévia. Tornando-se num procedimento que se tornou muito exigente do ponto de vista do particular, imputando-lhe um conjunto de tarefas que passaram a ser da sua responsabilidade. Com um aumento de tarefas e encargos iniciais, incomportável em tempos de crise financeira, fizeram deste instituto da comunicação prévia indesejado. Na prática, a aplicação do regime veio demonstrar a falta de adequação do regime à realidade, trazendo mais desvantagens do que o procedimento de licenciamento, agravado pelo facto que, no anterior regime o particular não poderia optar.

Com a entrada em vigor do DL nº 136/2014, de 9 de Setembro a comunicação prévia assume a natureza de mera comunicação prévia, em que a apresentação da comunicação permite ao interessado proceder de imediato à realização de determinadas operações urbanísticas. Podemos afirmar que tais alterações *“introduzidas àquele regime procuraram obter o necessário equilíbrio entre a diminuição da intensidade do*

*controle prévio e o aumento da responsabilidade do particular, adotando um novo padrão de controle prévio das atividades*¹²⁶.

Contendo o seu regime pontos positivos, sendo certo que este se torna um procedimento mais simples e mais rápido, cujo âmbito de aplicação abrange aquelas operações urbanísticas que já se encontrem definidas em Plano de Pormenor, alvará de loteamento ou informação prévia, sendo dada ao particular a possibilidade de opção na escolha do procedimento que melhor se enquadre na operação urbanística que pretende promover, possibilidade que não existia anteriormente.

Em contraponto, com a configuração referida, exige uma tramitação que é da exclusiva responsabilidade do particular que procedeu à comunicação prévia, com um grande aumento de custos e encargos para este, como por exemplo a contratação de técnicos para a instrução do processo, entregar os projetos necessários ao início do procedimento, entre outras.

À luz do novo regime passam também a ser da responsabilidade do particular, as consequências da não conformidade da sua atuação com as normas legalmente previstas, tendo este que se responsabilizar pelos danos causados, suportando as medidas de tutela da legalidade urbanística a aplicar na concreta situação. Ora se como referimos, a novidade da responsabilidade solidária adotada pelo legislador, partilhada entre os vários intervenientes, vai envolver certamente um reforço da responsabilidade dos técnicos privados, implicando um grande risco na, tomada de decisão do investimento a realizar.

Uma outra questão relevante diz respeito à tutela das posições jurídicas de outros particulares, cujos interesses possam vir a ser afetados pela realização de operações urbanísticas desconformes com a legalidade urbanística, tendo em conta os poderes de fiscalização e a adoção de medidas de tutela de legalidades urbanística. Questionámos para tal, se o acesso à informação por parte de terceiros seria suficiente para reagir atempadamente antes a produção dos efeitos, concluímos que o prazo concedido pelo art.12 se revela demasiado curto.

Pelas razões apresentadas, cremos que o procedimento de comunicação prévia apesar de se limitar a concretizar as tendências no que à matéria do controle preventivo diz respeito, apresenta um quadro de extrema privatização das responsabilidades e

¹²⁶ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma Alteração...*, cit., p.67.

autoresponsabilização dos particulares¹²⁷, prevemos dificuldades na aceitação de tal figura, mas tal como relativamente às alterações anteriores, as dificuldades serão sobretudo analisadas na prática municipal. Podemos no entanto arriscar uma previsão, a redução da utilização do procedimento de comunicação prévia, e uma preferência pelo procedimento de licenciamento.

¹²⁷ Cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, ob.cit., p.134.

Bibliografia

- ALVES CORREIA;FERNANDO - *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Português*, Coimbra, Almedina, Coimbra, 1993.

- *Manual de Direito Administrativo*, Volume III, Almedina, 2010.

- ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA GONÇALVES; PEDRO - *Entidades Privadas com poderes Públicos,O Exercício de Poderes Públicos por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Almedina,2008.

- «Controlo Prévio das Operações Urbanísticas Após a Reforma Legislativa de 2007», in DRL, nº.1,2008, pp. 14-24.

- «Simplificação Procedimental e Controlo Prévio das Operações Urbanísticas»,in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo*, (coord.Prof. Doutor Fernando Alves Correia) ,CEDOUA|FDUC|APDU|AEDU|RDU, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 79-97.

- *Entidades Públicas com Poderes Públicos, O Exercício de Poderes Públicos por Entidades Privadas em funções Administrativas*, Coimbra, 2005.

- BATALHÃO; JOSÉ CARLOS - «A comunicação prévia: do modelo teórico à experiência autárquica» , in *DRL, Nº.16 Abril/Junho*, 2011

- CAETANO, MARCELLO - *Manual de Direito Administrativo*,Almedina, Coimbra,1980.- CORTEZ, MARGARIDA - «A inactividade formal da administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001,pp.374-414.

- CORREIA;SÉRVULO MANUEL - *Noções de Direito Administrativo*,1982 .

- CORREIA; SÉRVULO - in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1994

- FOLQUE; ANDRÉ - «Medidas de tutela da legalidade urbanística e de regularização de operações urbanísticas», in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*- COORD. CLÁUDIO MONTEIRO, JAIME VALLE, JOÃO MIRANDA, Almedina, 2015, pp.175-188.

- LEITÃO MARQUES; MARIA MANUEL / RAFEIRO; MARIANA MAIA - «Licenciamento Zero e Espaço Público»,in *DRL N.º. 16, Outubro/Dezembro 2011*, pp.1324.

- LOPES; DULCE - «A comunicação Prévia e os novos paradigmas de controlo administrativo da actividade privada»,in *DRL, N.º.14, Abril/Junho, 2011*,pp.7-19.

- MARCOS, LUCIANO - *A revisão do RJUE aprovada pelo DLnº136/2014, de 9 de Novembro – uma reforma (des)necessária?* in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação- COORD. CLÁUDIO MONTEIRO, JAIME VALLE, JOÃO MIRANDA, Almedina, 2015*,pp. 21-44.

- MATOS; ISABEL ABALADA - *O novo procedimento de comunicação prévia” in A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação;* in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação- COORD. CLÁUDIO MONTEIRO, JAIME VALLE, JOÃO MIRANDA, Almedina, 2015*, pp. 139-149.

MIRANDA ; JOÃO, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por particulares*, Coimbra Editora, 1ª. Edição, Setembro de 2012

- MARTINS; ANA GOUVEIA - *A nova comunicação prévia,” in A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação;* in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação- COORD. CLÁUDIO MONTEIRO, JAIME VALLE, JOÃO MIRANDA, Almedina, 2015*,pp. 81-111.

- MONTEIRO; CLÁUDIO - « A fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia,Volume VI*, Almedina,Coimbra Editora ,2010,pp.419-443

- «Urbanismo e Interesses Públicos Diferenciados- O Novo Regime de Consultas a Entidades Externas nos Procedimentos de Controlo Prévio das Operações Urbanísticas», in *DRL, N.º. 4, 2008*, pp.1-9.

- PORTOCARRERO; MARTA - *Modelos de Simplificação Administrativa*, Porto, Publicações Universidade Católica,2002.

- PAULA OLIVEIRA; FERNANDA - *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, CEJUR, Março 2010, Coimbra Editora.

- PAULA OLIVEIRA; FERNANDA / GONÇALVES ;PEDRO - «A Nulidade dos Actos Administrativos de Gestão Urbanística», in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, nº. 1, 1999 pp.

- « As dúvidas e as dificuldades da comunicação prévia de operações urbanísticas», in *DRL, nº.16, Abril/Junho* de 2011,pp. 26-35.

- *Mais uma alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, O Decreto-Lei nº. 136/2014 de 9 de Setembro*, Almedina, novembro 2014 .

-- «As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coleção Studia Iuridica, Ad Honorem- Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp.991-1048.

- «As mais recentes alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação- Breves reflexões sobre o Decreto-lei nº. 26/2010, de 30 de Março», in *DRL, nº.10, Abril/ Junho* de 2010, pp.

- PAULA OLIVEIRA, FERNANDA/ CASTANHEIRA NEVES, MARIA JOSÉ/ LOPES, DULCE/ MAÇÃS FERNANDA - *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, comentado, Almedina, 3ª Edição, Coimbra, Março, 2012 .

-PASCOAL, SÓNIA, Abreu Advogados - Decreto – Lei n.º 10/2015, de 16 de Janeiro «Regime Jurídico de Acesso e Exercício de Actividades de Comércio, Serviços e Restauração (RJACSR) » disponível em BDJUR-base de dados Jurídicas.

- TIZIANA D'A MBROSIO; “ *L istituto della segnalazione certificata di inizio attività alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali*” p.7, *Rivista di diritto amministrativo*, Fascicolo nº.1/2013,i disponível em www.amministrativamente.com