



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

O panorama das medidas de tutela da legalidade urbanística

Um convite forçado?

Ana Sofia Morais

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito

Administrativo sob orientação da Exma. Senhora

Professora Doutora Raquel Carvalho

Universidade Católica Portuguesa - Escola de Direito

Mestrado em Direito Administrativo

Porto, junho, 2015

ABREVIATURAS.....	3
INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I - TUTELA E RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA	7
1.1 O OBJETO.....	7
1.2. PRESSUPOSTOS DA ILEGALIDADE URBANÍSTICA.....	12
1.3 MEDIDAS DE TUTELA DA LEGALIDADE URBANÍSTICA: O ELENCO.....	16
CAPÍTULO II - A LEGALIZAÇÃO COMO MEDIDA DE RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA.....	19
2.1. ENQUADRAMENTO E PROBLEMÁTICA.....	20
2.2 REGIME JURÍDICO DA LEGALIZAÇÃO.....	24
2.3 APRECIÇÃO CRÍTICA	29
2.3.1 A LEGALIZAÇÃO: COMO FAZER?.....	29
2.3.2. A LEGALIZAÇÃO: E DEPOIS?.....	32
2.3.3. A LEGALIZAÇÃO: IMPOSSÍVEL?.....	36
CAPÍTULO III - A LEGALIZAÇÃO COERCIVA	40
3.1. POSICIONAMENTO NA DOGMÁTICA DO ATO E DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	41
3.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA: SUA FUNÇÃO E SUFICIÊNCIA.....	45
CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA.....	51
JURISPRUDÊNCIA.....	53

ABREVIATURAS

Ac. | Acórdão

Art. | Artigo

CPA | Código do Procedimento Administrativo

CPTA | Código do Processo nos Tribunais Administrativos

CRP | Constituição da República Portuguesa

D.L. | Decreto-Lei

LBPPSOTU | Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e
de Urbanismo

PEOT | Plano Especial de Ordenamento do Território

PIOT | Plano Intermunicipal de Ordenamento do Território

PMOT | Plano Municipal de Ordenamento do Território

RGEU | Regulamento Geral das Edificações Urbanas

RJIGT | Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial

RJUE | Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação

STA | Supremo Tribunal de Justiça

TCAN | Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS | Tribunal Central Administrativo do Sul

Todas as referências ao RJUE correspondem à redação conferida pelo D.L. nº 136/2014, de 9 de setembro – sempre que se justifique mencionar outra redação daquele diploma a indicação constará do texto.

Todas as referências a preceitos legislativos sem indicação do texto legal devem entender-se feitas para o RJUE, na redação conferida pelo D.L. nº 136/2014, de 9 de setembro.

INTRODUÇÃO

O presente estudo impôs-se pela publicação do D.L. nº 136/2014, de 9 de Setembro, que procedeu à alteração do RJUE e apresenta como novidade a consagração expressa da legalização de operações urbanísticas enquanto medida adequada à restauração da legalidade. Atenta a juventude do tema, a presente reflexão resente-se pela ausência de doutrina e jurisprudência consolidadas nesta matéria.

A incursão que agora se inicia tem como objeto o regime jurídico constante do aditado art. 102º-A que estabelece os pressupostos da legalização e, em especial, o disposto nos nº 8 a 11 do mesmo preceito que prevêem a possibilidade de legalização coerciva caso os interessados, notificados para o efeito, «*não promovam as diligências necessárias à legalização voluntária das operações urbanísticas*» (nº 8), podendo nesse caso a câmara municipal proceder *ex officio* à sua legalização. Daí que se questione se estamos perante um convite forçado, dirigido ao particular, que perante a atuação administrativa não pode optar pela demolição ou pela legalização, sendo-lhe imposta esta última.

Iniciamos este estudo com um breve enquadramento das medidas de tutela da legalidade urbanística, delimitando o seu objecto. Em seguida e embora não seja esse o objeto do nosso estudo, abordamos as restantes medidas de tutela da legalidade urbanística, com especial incidência sobre os trabalhos de correção e alteração e sobre a demolição.

No capítulo II e III pretendemos despender toda a atenção na figura da legalização e nos pressupostos da legalização coerciva, problematizando sobre a sua adequabilidade e suficiência para fazer face às dificuldades que até aqui se fizeram sentir, bem como a sua capacidade de dar resposta às exigências socioeconómicas que atualmente impõem aos entes públicos uma atuação participada e responsável. Procuraremos também ponderar sobre a inserção desta figura na dogmática jurídica do ato administrativo, quanto à sua iniciativa e aos

seus efeitos, por entendermos que a análise jurídica da figura não pode sustentar-se sem um correcto enquadramento nos institutos do direito administrativo.

CAPÍTULO I - TUTELA E RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

A problemática em torno da tutela e restauração da legalidade urbanística não é recente nem o seu tratamento é estranho à doutrina e jurisprudência que, há vários anos, se debatem com o tratamento das questões ligadas à construção ilegal. De facto, a clandestinidade exige do ordenamento jurídico um exercício criativo de adaptação à realidade, reforçado pela perenidade das situações de facto criadas, e cria situações de desigualdade muitas vezes insanáveis.

Desde logo, ao executar-se uma operação urbanística de forma aleatória e desprovida de controlo, está a vedar-se à Administração Pública uma efetiva intervenção na organização do território, ao nível do planeamento e da gestão urbanística. Por outra via, a execução ilegal de construções dificulta a consolidação de uma política urbanística coesa e responsável, obrigando a dar resposta a situações já existentes em vez de programar o desenvolvimento para o futuro, comprometendo-se um desenvolvimento urbanístico sustentável.

Neste capítulo pretende-se introduzir a problemática em torno das construções ilegais, definindo o seu objeto e as medidas legalmente previstas para garantir a tutela da legalidade urbanística e, sempre que possível, a sua restauração.

1.1 O OBJETO

Antes de mais, é fundamental determinar o que se entende por operação urbanística ilegal¹, distinguindo-a daquelas que, por se conformarem com o Direito, não se encontram feridas de tal vício. Esta determinação permite fixar o momento a partir do qual a legalidade urbanística carece de tutela. Contudo, nem sempre esta tarefa é de fácil concretização.

¹ Num exercício similar, cfr. ISABEL MATIAS, *Legalizações – Enquadramento no Direito Substantivo do Urbanismo*, (texto policopiado), CEDOUA, Coimbra, 2013, Trabalho realizado na Pós-Graduação de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, p. 15 a 26.

Isto porque, para que possamos determinar se estamos perante uma operação urbanística clandestina devem ponderar-se inúmeros factores desde a exigência de ato para a construção, bem como a sua existência e/ou suficiência, bem como a conformidade da obra com as determinações constantes do mesmo e com as normas de construção aplicáveis. Sucede que, a sucessão de diplomas legislativos e a problemática da aplicação da lei no tempo exigem ao aplicador do direito um cuidado acrescido nesta matéria.

Aliás, ALVES CORREIA² refere o direito do urbanismo como um ramo do direito instável, flexível, em constante mutação em busca das melhores soluções jurídicas para a proteção e prossecução do interesse público. Ora, se a ânsia pela solução mais justa e adequada é própria do urbanismo, também nos parece que a inconstância legislativa impede a estabilização de soluções jurídicas e cria problemas de ordem prática quando, em situações que geram imutabilidade prejudicam a consolidação das situações de facto. A acrescer, deve ter-se por pano de fundo que o urbanismo é uma das atividades que mais peso assume na vida económica e social e, portanto, todas as cautelas são exigidas nesta matéria³.

Desde logo e na esteira do defendido por INÊS CALOR⁴ podem distinguir-se três questões fundamentais: i) verificação da exigência de controlo prévio; ii) isenção de controlo prévio; iii) normas legais e regulamentares aplicáveis.

A primeira prende-se, concretamente, com a evolução⁵ legislativa e com a exigência de título que admita a execução da operação urbanística - era exigível licença ou outro título de controlo prévio? Se a resposta for negativa, temos que não poderá considerar-se que estamos perante uma operação urbanística que justifique a adoção de qualquer medida de tutela da

² ALVES CORREIA, Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, 4ª Edição, 2008, Almedina, p. 50 e seguintes.

³ ALVES CORREIA, ob. cit., trata o urbanismo como um facto social, p. 136 a 145.

⁴ In, *Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Inês Calor, Revista do CEDOUA, 1.2013, p. 29 a 47.

⁵ Para mais detalhes sobre a evolução histórica do direito do urbanismo em Portugal, ANDRÉ FOLQUE, Curso de Direito da Urbanização e da Edificação, Coimbra Editora, 2007, Coimbra, p. 15.

legalidade⁶, porquanto deve considerar-se legal⁷. Só no caso de se responder positivamente à questão colocada é que, e desde que se comprove que foi omitido o procedimento exigível, poderá considerar-se que estamos perante uma construção ilegal.

Para esse efeito, revela-se fundamental determinar a data em que a construção foi executada o que, por si só, também não se assume como uma tarefa de fácil concretização. Veja-se a este propósito o Ac. STA, de 12/12/2006 (proc. 0644/06) que demonstra de forma clara e elucidativa a importância de fixar a data da construção para efeitos de determinação da exigência de controlo prévio⁸. No referido aresto está em causa a implantação de uma construção pré-fabricada, com cerca de 16 m², para alojamento de um cavalo de sela para recreação. Atendendo às características da edificação em causa naqueles autos, a determinação da data da construção é fundamental para determinar se era exigível o seu licenciamento. Isto porque, a questão que se discute é se o alojamento de um cavalo de sela pode ser entendido como exploração agrícola, para efeitos de exclusão da exigência de licenciamento (art. 1º, nº 2, al. b) do D.L. nº 166/70, de 15 de abril).

Ora, entendeu o STA que a obra deve enquadrar-se na isenção de licenciamento prevista na mencionada al. b) por se tratar de construção ligeira, de um só piso, destinada a exploração agrícola. O referido aresto assenta a sua decisão na caracterização da obra, concretamente, «a pequenez da construção e o seu destino agrícola ou pecuário» e considera que não é o interesse do particular, lúdico ou patrimonial, ou um critério de mera quantidade que

⁶ A exigência de controlo prévio aplicável a todo o território nacional surgiu com a entrada em vigor do D.L. nº 445/91, que veio determinar que as obras particulares estavam sujeitas a licenciamento. O Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), aprovado pelo Decreto-Lei nº 38382, de 7 de Agosto de 1951, aplicava-se às operações urbanísticas executadas dentro do perímetro urbano e das zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho, mas para que se admitisse a sua aplicação fora dessas zonas exigia-se uma deliberação municipal. Não obstante, tem sido este o marco legislativo, referenciado na legislação, que tem servido de base à determinação do momento a partir do qual as edificações passaram a estar sujeitas a controlo prévio.

⁷ Aliás, o art. 60º prevê um regime de proteção do existente que abrange as construções erigidas legalmente sem qualquer título de controlo prévio.

⁸ Veja-se ainda este acórdão a propósito da evolução legislativa em matéria de exigência de licenciamento e controlo prévio, por se considerar que o faz de forma rigorosa e completa.

determina a sujeição a licenciamento. No mesmo sentido iria a decisão caso estivesse em causa a aplicação do nº 1 do art. 1º do D.L. nº 166/70, de 15 de abril, uma vez que não foi provado que, naquela data, o terreno em causa nos autos se encontrava dentro do perímetro urbano. Conclusão que seria necessariamente diferente se a obra tivesse sido executada na vigência do D.L. nº 445/91 de 20 de novembro, que estendeu a disciplina urbanística para as obras particulares a todo o território⁹.

Daqui pode concluir-se que, a data da construção influencia de modo determinante a definição do quadro jurídico a aplicar o qual, por sua vez, determinará a sujeição ou não de uma determinada operação urbanística a controlo prévio. Nesta tarefa, poderão ser relevantes os documentos administrativos - como pedidos de licenciamento em que se reconhece a execução da construção, autos de embargo ou relatórios de ações de fiscalização - bem como outros elementos, desde a cartografia disponível no município, manchas de implantação existentes em plantas, caderneta predial ou certidão da inscrição predial de onde conste o ano de inscrição do prédio. Todavia, na maior parte das vezes a Administração Pública não dispõe de meios, documentais ou cartográficos, suficientemente rigorosos para que possa fixar uma data de construção.

O segundo aspecto remete-nos para a mudança de paradigma que transpõe para o particular o ónus de garantir o cumprimento das regras aplicáveis. Este novo paradigma assenta na responsabilização dos particulares e na consolidação de um papel fiscalizador aos órgãos da Administração Pública, que devem reforçar a sua intervenção na verificação do cumprimento dos critérios legais e regulamentares aplicáveis.

Hoje, o art. 6º prevê operações urbanísticas isentas de controlo prévio (ex. obras de escassa relevância urbanística), às quais devem somar-se as sujeitas a comunicação prévia. Nas

⁹ O RGEU aplicou-se às operações urbanísticas executadas dentro do perímetro urbano ou das zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho, ficando a sua aplicação fora daquelas zonas dependente de deliberação municipal. Mais tarde, o D.L. nº 166/70, de 15 de abril, manteve igual delimitação.

palavras de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, «*cumpre-se, assim, na íntegra, neste domínio, a substituição do princípio da autoridade pública pelo princípio da autorresponsabilização dos particulares (...). Com esta configuração, a comunicação prévia prevista no RJUE já não surge como procedimento administrativo de controlo preventivo*»¹⁰, já que consiste numa mera declaração (art. 34º, nº 2). Assim, coloca-se a questão de saber se uma obra que tenha sido executada ilegalmente e que agora se enquadre nas obras isentas de controlo prévio ou nas obras sujeitas a comunicação, se deve considerar ilegal. Ora, em qualquer um dos casos parece-nos ter ocorrido uma *legalização* por via da alteração legislativa, ou seja, a legislação superveniente sanou o vício de que a mesma padecia. No entanto, apontar-se-á sempre para outros eixos que podem determinar a ilegalidade, concretamente, a execução da obra em desconformidade com a comunicação prévia declarada ou a violação de normas legais e regulamentares aplicáveis¹¹, como decorre do art. 6º, nº 8 e do art. 102º, nº 1, d) e e).

Nos termos do que se expõe, facilmente se conclui que nos casos de inexistência de procedimento de controlo prévio a comprovação da ilegalidade terá de aferir-se por referência ao (in)cumprimento das normas legais e regulamentares vigentes.

Por fim, quanto ao terceiro aspeto importa chamar à colação o disposto no art. 67º que determina que «*a validade das licenças ou das autorizações de utilização depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática, sem prejuízo do disposto no artigo 60.º*» e, portanto, consagra expressamente o princípio *tempus regit actum*.

¹⁰ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2014, Coimbra, p. 20.

¹¹ O artigo 35º, nº 8 consolida esta posição ao impor à Câmara Municipal o dever de inviabilizar a execução de operações urbanísticas «*quando verifique que não foram cumpridas as normas e condicionantes legais e regulamentares*».

Efetivamente, não pode aceitar-se que uma operação urbanística que não respeite as normas legais e regulamentares aplicáveis pudesse manter-se, intocável, no ordenamento jurídico, pelo simples efeito de não ser prevista a emissão de qualquer ato permissivo à sua execução.

1.2. PRESSUPOSTOS DA ILEGALIDADE URBANÍSTICA

Assente que a determinação da ilegalidade de uma construção não é um exercício fácil e intuitivo, recebemos positivamente o disposto no nº 1, do art. 102º porque clarifica que a imposição de medidas de tutela constitui um dever e, em seguida, porque determina que há lugar à aplicação de medidas de tutela da legalidade urbanística sempre que sejam realizadas operações urbanísticas sem os necessários atos administrativos de controlo prévio; em desconformidade com os respetivos atos administrativos de controlo prévio; ao abrigo de ato administrativo de controlo prévio revogado ou declarado nulo; em desconformidade com as condições da comunicação prévia; e, em desconformidade com as normas legais ou regulamentares aplicáveis.

Assim, encontramos num único preceito normativo as situações que atribuem a uma construção o carácter ilegal. Sem prejuízo de alguns reparos que possam surgir – no que se refere à alínea a), mantêm-se as preocupações quanto à determinação da data da construção para efeitos de confirmar a exigência de controlo prévio; no que se refere à alínea e), pode questionar-se o seu âmbito de aplicação¹² - recebe-se esta norma com satisfação porquanto servirá de garante para os particulares e para a Administração Pública, conferindo certeza e

¹² RAQUEL CARVALHO, defende que o âmbito de aplicação desta alínea recai sobre as operações urbanísticas executadas ao abrigo de ato de controlo prévio inválido mas não invalidado, situação em que, havendo ato, a operação urbanística executada ao abrigo do mesmo não deixa de ser ilegal. Entende a Autora que esta disposição servirá para incluir as operações urbanísticas sujeitas a comunicação prévia mas executadas sem a mesma, porquanto, não havendo lugar a ato de controlo prévio não podem subsumir-se ao disposto na alínea a) do nº 1 do preceito – in, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação - Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e regularização de operações urbanísticas. A Legalização.*, Almedina, 2015, Coimbra, p. 153 a 174. Permitimo-nos acrescentar que esta disposição poderá ainda abranger as operações urbanísticas isentas de controlo prévio que, ao abrigo do disposto no art. 93º, são objeto de fiscalização municipal, na medida em que devem respeitar as normas legais e regulamentares vigentes e aplicáveis em matéria de urbanismo – nº 8 do art. 6º.

segurança jurídicas num domínio tão sensível do direito como é a determinação e aplicação de medidas de tutela da legalidade urbanística.

Não é nosso propósito debruçarmo-nos exaustivamente sobre os pressupostos da ilegalidade, contudo, devemos notar que o preceito diferencia por um lado os casos em que a ilegalidade se funda na ausência de ato permissivo, quando exigível, e, por outro, a execução de uma construção em desrespeito com as normas legais e regulamentares em vigor. Não obstante se tratar de ilegalidade urbanística em ambos os casos, constatamos que estamos perante dimensões manifestamente distintas.

Desde logo, importa referir que a licença ou a autorização permitem ao particular executar a operação urbanística, constituindo o direito a favor daquele ou removendo o obstáculo ao exercício de um direito pré-existente. Destarte, está aqui em causa o controlo prévio de uma determinada atividade particular que visa aferir do preenchimento dos pressupostos exigíveis ao seu exercício, com o intuito de proteger o interesse público e assegurar que o mesmo não é prejudicado pela atuação dos particulares.

No domínio do direito do urbanismo, os atos de controlo prévio são garante do cumprimento da política de ordenamento do território e asseguram o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis em matéria de urbanização e edificação, ambiente, servidões administrativas e outras regras que determinam restrições à conformação e utilização do solo. Aliás, o RJUE determina os tipos de controlo prévio: a licença, a comunicação prévia e a autorização, que correspondem a diferentes graus de atuação administrativa¹³.

¹³ Com o D.L. nº 136/2014 o legislador veio consagrar a comunicação prévia como uma mera declaração, pelo que não podemos afirmar estar procedimento de controlo prévio. Todavia, registam-se algumas incongruências no diploma. Desde logo, a figura surge sistematicamente inserida no capítulo II do RJUE, sob a epígrafe “Controlo Prévio” e é denominada no art. 4º, nº 1, como comunicação prévia com prazo. Porém, mais à frente, nos art. 34º e 35º é tratada e expressamente referenciada como uma mera declaração. Ora, não é despicienda a distinção entre as figuras: por um lado, a comunicação prévia com prazo consiste numa declaração efetuada pelo interessado que permite o exercício do direito quando, após um determinado prazo, a autoridade administrativa não se pronuncia sobre o mesmo; por outro

No que respeita à ilegalidade urbanística esta questão não é inócua e, por essa razão, a alínea a) do nº 1 do art. 102º refere a ausência de ato administrativo de controlo prévio como fundamento para a adoção de medidas de tutela da legalidade urbanística.

Contudo, muitas vezes, a construção ilegal, apesar da ausência do referido ato, não põe em causa as normas urbanísticas e, nessa perspetiva, não afeta o interesse público pois não impede a prossecução dos compromissos urbanísticos assumidos pela entidade competente. Nestes casos, estamos apenas face à ausência de impulso procedimental por parte do particular, que impede o exercício da função administrativa quanto à aferição do cumprimento dos parâmetros urbanísticos e consequente atribuição do direito a construir, mas que, caso tivesse ocorrido, sempre seria admitido.

Destarte, neste contexto, parece-nos que a prática do ato administrativo assume um carácter meramente operativo, na medida em que não acrescenta nada de novo à obra – que cumpre com todos os parâmetros urbanísticos devidos – podendo facilmente ser praticado, sem qualquer prejuízo para o interesse público.

Em suma, o ato de controlo prévio assume uma função na ordem jurídica que, para além da atribuição do direito ao particular, é a de garantir a prossecução do interesse público e o cumprimento das normas urbanísticas – especialmente as constantes de PMOT. Porém, consideramos que o mesmo não pode ser absolutizado ao ponto de a sua omissão justificar, perante uma situação de facto concreta, a imediata demolição da obra executada¹⁴. O valor do

lado, a previsão de uma declaração após a qual e imediatamente o particular pode exercer o seu direito corresponde à figura da mera comunicação prévia. Em suma, a comunicação prévia tal como se encontrava desenhada antes da alteração operada pelo D.L. nº 136/2014, consistia na comunicação prévia com prazo. Atualmente, encontramos no RJUE a mera comunicação prévia já que à entidade administrativa apenas é permitido efetuar um controlo meramente verificativo dos documentos instrutórios, não podendo emitir qualquer juízo sobre a validade e fiabilidade da pretensão apresentada, remetendo-se esse controlo para a fase posterior (art. 35º).

¹⁴ Nestes casos, a opção pela demolição carece de especial fundamentação sob pena de se considerar que a medida de tutela é desproporcional, mas voltaremos a esta questão mais adiante.

ato administrativo terá, assim, de ser funcionalizado aos bens jurídicos que protege já que a substância deve prevalecer sobre a forma.

Assim concordamos que esta ilegalidade seja denominada como formal, por contraposição com a ilegalidade urbanística que resulta da violação dos parâmetros urbanísticos aplicáveis e cuja reparação exige do particular e da entidade administrativa um esforço adicional de conformação e adequação da obra executada.

Nestes casos, dizemos que estamos perante uma ilegalidade de cariz material em que a opção pela demolição tem como principal fundamento a existência de um prejuízo concreto à implementação da política urbanística. Neste caso não estamos perante uma ilegalidade urbanística sanável através da prática de um ato administrativo, mas sim perante uma construção ilegal que ofende os bens jurídicos que esse mesmo ato pretende proteger.

Inclusivamente, podemos estar perante uma construção titulada por ato de controlo prévio e que, ainda assim, é ilegal. Veja-se que o art. 68º determina a nulidade dos atos administrativos de controlo prévio que violem o disposto em PMOT, PIOT, PEOT, medidas preventivas ou licença ou comunicação prévia de loteamento. Daqui podemos retirar o acento tónico deve ser colocado não propriamente na mera existência do ato de controlo prévio, mas no integral cumprimento das normas urbanísticas aplicáveis pois essa é a tarefa primordial das entidades administrativas com competência em matéria urbanística.

Em suma, no que toca aos pressupostos da ilegalidade, pensamos que não basta atentar à letra do art. 102º, nº 1, na medida em que se impõe uma apreciação mais profunda e detalhada que implica um conhecimento do quadro normativo vigente e a ponderação dos concretos interesses públicos e privados em jogo, pois é nessa ponderação que irá assentar a opção de entre as várias medidas de tutela da legalidade.

1.3 MEDIDAS DE TUTELA DA LEGALIDADE URBANÍSTICA: O ELENCO¹⁵

A função clarificadora do art. 102º não se esgota no seu nº 1. O nº 2 do referido preceito elenca as medidas de tutela da legalidade urbanística disponíveis para que a Administração Pública proceda à sua restauração, a saber:

- a) embargo de obras ou de trabalhos de remodelação de terrenos;
- b) suspensão administrativa da eficácia de ato de controlo prévio;
- c) realização de trabalhos de correção ou alteração, sempre que possível;
- d) legalização das operações urbanísticas;
- e) demolição total ou parcial de obras;
- f) reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes do início das obras ou trabalhos;
- g) cessação da utilização de edifícios ou suas frações autónomas.

Em primeira linha, parece-nos relevante ponderar se o art. 102º, nº 2, pretende estabelecer uma hierarquia entre as medidas de tutela e restauração da legalidade urbanística que condicione a opção do município no momento da determinação da concreta medida a aplicar. A nosso ver a resposta terá de ser negativa já que os pressupostos que presidem à escolha de uma ou outra medida não são os mesmos.

Desde logo, analisadas as medidas de tutela elencadas, conclui-se que as duas primeiras são de carácter cautelar e que as restantes assumem uma matriz definitiva, conformadora da situação jurídica e produtora de efeitos jurídicos na esfera dos particulares interessados e de terceiros.

A seguir, porque por vezes estamos a referir-nos a medidas de tutela com objetos distintos (a reposição do terreno visa essencialmente repor a topografia de um terreno na sequência da

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, CLÁUDIO MONTEIRO, *A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, FDUL, 2010, Lisboa, p. 419 a 443 e SUSANA CARVALHO FERREIRA, *As medidas de tutela da legalidade urbanística*, in *O urbanismo, o ordenamento do território e os Tribunais*, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra, p. 477 a 550.

realização de trabalhos de remodelação [aterro/desaterro], já a cessação de utilização prende-se com o uso conferido a edifícios ou frações, enquanto operação urbanística) ou a medidas com graus de incidência bastante distintos: a demolição remove de forma definitiva a ilegalidade, total ou parcial, de uma determinada operação urbanística e a legalização visa a reintegração da mesma na ordem jurídica.

A escolha entre uma ou outra medida jamais poderia assentar numa hierarquia, sob pena de se instrumentalizar os mecanismos ao dispor das entidades administrativas à letra lei. O Município deve, isso sim, fazendo uso do elenco previsto na lei, e com fundamento em critérios de razoabilidade, justiça e proporcionalidade, determinar a aplicação da medida que se revele mais adequada à reposição da legalidade urbanística e proteção do interesse público, e menos gravosa para os particulares envolvidos.

Considerando o objetivo desta incursão, não vamos debruçar-nos detalhadamente sobre as medidas de tutela e restauração elencadas no RJUE. Contudo, não podemos deixar de tecer algumas considerações sobre os aspetos que consideramos mais pertinentes para este estudo.

Assim, referimo-nos em primeiro lugar à realização de trabalhos de correção ou alteração, aplicável sempre que se identifique a execução de obras em desconformidade com atos administrativos de controlo prévio praticados (al. b) do nº 1 do art. 102º) ou executadas ao abrigo de ato revogado ou declarado nulo (al. c) do nº 1 do art. 102º). O art. 105º dispõe que, detetando-se a ilegalidade, é fixado um prazo para que o particular proceda aos trabalhos de correção ou alteração da obra. O nº 2 do referido preceito trata esta medida como prévia às restantes ao declarar que *«decorrido o prazo referido no número anterior sem que aqueles trabalhos se encontrem integralmente realizados, a obra permanece embargada até ser proferida uma decisão que defina a sua situação jurídica com carácter definitivo»*. Ora, não sendo uma medida cautelar – dado que, caso venham a ser executados os trabalhos, a legalidade urbanística fica reposta – parece ser vista pelo legislador como prévia à escolha de

outras medidas. Aliás, o art. 73º, nº 2, confere à câmara municipal a faculdade de revogar a licença concedida se, decorridos 6 meses do prazo concedido para executar os trabalhos de correção ou alteração, o particular nada faz.

A revogação tem como finalidade a anulação dos efeitos do ato administrativo praticado, removendo-o da ordem jurídica, *transformando* a obra licenciada em obra ilegal. Deste modo, acolhendo-se esta faculdade, abre-se a porta para a adoção de outras medidas mais gravosas, tanto pela sua intensidade como pela sua extensão já que, agora, abrangerá integralmente a obra.

Ainda, a determinação de trabalhos de correção ou alteração pode ser visto como pressuposto da legalização da operação urbanística ilegal já que, sendo possível a adequação da obra com as normas urbanísticas aplicáveis, deve privilegiar-se a adoção de medidas de tutela que conduzam à restauração da legalidade.

Importaria agora referir a legalização e à demolição, mas iremos deter-nos sobre as mesmas mais à frente (capítulo II). Aproveitamos apenas para referir que a demolição é das medidas de tutela da legalidade urbanística aquela que afeta de modo mais definitivo e absoluto a esfera jurídica do particular e colide com o seu direito de propriedade e, muitas vezes, com o seu direito à habitação. Por esse motivo, a jurisprudência é unânime em defender que *«no domínio do urbanismo, a demolição de obras não licenciadas só deve ser ordenada como última e indeclinável medida sancionatória da ilegalidade cometida, por força dos princípios da necessidade, adequação e indispensabilidade ou menor ingerência possível, decorrentes do princípio da proporcionalidade»*¹⁶.

¹⁶ Cfr., Ac. STA, de 07/04/2011 (proc. 0601/10).

CAPÍTULO II - A LEGALIZAÇÃO COMO MEDIDA DE RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

A legalização, enquanto veículo para a reposição da legalidade urbanística e em termos muito sintéticos, consiste no ato ou efeito de tornar legal, funda-se no inegável pressuposto da ilegalidade do seu objeto e surge como contraponto à demolição da construção¹⁷. Até ao D.L. nº 136/2014, a legalização não encontrava enquadramento expresse na legislação mas era já uma figura controversa na dogmática e doutrina do direito do urbanismo.

No art. 106º¹⁸ o legislador estabelece como medida adequada à reposição da legalidade a demolição total ou parcial da obra, que consiste na destruição do existente. O mesmo preceito, no seu nº 2, determina que a demolição pode ser evitada se a obra for suscetível de ser licenciada ou objeto de comunicação prévia ou se for possível a sua conformação com as disposições legais e regulamentares aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correção.

Esta determinação impõe à Administração Pública um juízo prévio acerca da viabilidade urbanística da obra existente que culmina numa pré-decisão que conduz o procedimento daí em diante: se o juízo for favorável, o particular pode solicitar a legalização da construção existente; se o juízo for desfavorável, parece não restar outra alternativa senão a via da demolição.

No mesmo sentido encaminha o nº 1 do art. 102º-A ao dispor que *«quando se verifique a realização de operações urbanísticas ilegais nos termos do nº 1 do artigo anterior, se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor, a câmara municipal notifica os interessados para a legalização das operações urbanísticas, fixando um prazo para o efeito»*.

¹⁷ Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇAS, Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado, 3ª Edição, Almedina, 2011, Coimbra, p. 662.

¹⁸ Que curiosamente não sofreu qualquer alteração com o D.L. nº 136/2014.

Atendendo ao exposto, importa determinar de que modo opera a legalização, considerando que a realidade assume uma multiplicidade de configurações que exigem a adaptação dos vários instrumentos disponíveis.

Em linha de conta deve ter-se, antes de mais, que a ilegalidade acarreta problemas de índole social e económica, e, por outro lado, pressupõe um grave prejuízo para o interesse público dado que afeta o correto ordenamento do território e a concretização das políticas urbanísticas programadas. Assim sendo, a resposta das entidades administrativas face à confirmação de uma ilegalidade urbanística tem de ser devidamente ponderada, equilibrada e adequada, de modo a garantir que são valorados todos os elementos em crise.

2.1. ENQUADRAMENTO E PROBLEMÁTICA

Atentos os princípios que subjazem a adoção das medidas de tutela da legalidade rapidamente a Administração Pública se viu na imposição de determinar os meios necessários a dar resposta às exigências da realidade e, por esse motivo, dizemos que a legalização não consubstancia uma verdadeira novidade.

Todavia, o legislador sempre hesitou na previsão expressa de um regime jurídico para a legalização, quer por entender que a sua estipulação consistia numa subversão de todo o ordenamento jurídico, conferindo ao particular o poder de determinar o rumo das decisões em matéria urbanística; quer por considerar que a sua previsão culminaria num incentivo à prática de atos ilegais e, conseqüentemente, no aumento das construções clandestinas - o particular opta por correr o risco de executar a operação urbanística sem controlo prévio ficando depois sujeito à álea inerente à atuação municipal, que poderia nunca chegar a desencadear qualquer procedimento de fiscalização. Não obstante, ainda antes do D.L. nº 136/2014, vários

municípios optaram por prever, em regulamento municipal, regras específicas para dar resposta às situações de ilegalidade¹⁹.

De facto, analisados os sucessivos diplomas que abordaram esta matéria, constata-se que em nenhum se refere a legalização. Porém, verifica-se que a mesma está sempre latente, ou seja, é o próprio legislador que encaminha as entidades administrativas a realizar um juízo prévio no sentido de se ponderar a oportunidade de *legalizar* as construções clandestinas.

Esta imposição surgiu desde logo no artigo 167º do RGEU que determinou que a demolição deve ser evitada quando a obra puder ser regularizada. Esta matriz manteve-se ao longo dos sucessivos diplomas, tendo-se inclusivamente previsto, no D.L. nº 555/99, de 16 de dezembro, uma efetiva proibição de ordenar a demolição se for possível assegurar a conformidade da obra com o ordenamento jurídico vigente (nº 2 do art. 106º daquele diploma), demonstrando uma clara inclinação para a legalização das construções clandestinas. A proibição manteve-se até ao D.L. nº 177/2001, de 4 de junho, que passou a prever a possibilidade de se obstar à demolição sempre que a obra fosse passível de se conformar com a ordem jurídica.

Em síntese: se na redação original do RJUE a demolição de obras que se conformassem (ou pudessem conformar) com as normas urbanísticas estava proibida, na redação atual a demolição é consequência de uma ponderação do ente público que, face à situação concreta, opta por determinar ou não aquela medida de tutela de legalidade urbanística.

Esclarece-se que esta faculdade não é arbitrária, ou seja, a entidade administrativa, no momento em que aprecia a ilegalidade urbanística e pondera a adequada medida de tutela da

¹⁹ Os regulamentos municipais limitavam-se a determinar os elementos instrutórios do pedido e não previam um procedimento específico de legalização de obras ilegais. Não sendo inovatória, esta iniciativa reconheceu que nos pedidos de legalização são solicitados aos particulares elementos que não têm qualquer utilidade, ora porque se tratam de uma mera reprodução da realidade (projetos de instalações elétricas e de telecomunicações), ora porque são completamente inúteis (calendarização da obra e o seguro do empreiteiro).

legalidade urbanística deve fundamentar o seu juízo em critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

A jurisprudência sempre defendeu que do teor do nº 2 do artigo 106º, apesar de não resultar a proibição de adoção da medida de demolição, decorre a obrigação para a entidade administrativa de avaliar a possibilidade de regularização da obra executada ilegalmente antes de a determinar. Esta conceção funda-se nos princípios da proporcionalidade, da adequação e da boa-fé e da colaboração com os particulares. Até porque, sendo a demolição um ato ablativo, atentatório do direito de propriedade, não pode a entidade administrativa optar por praticá-lo logo que é detetada uma ilegalidade urbanística. Antes, deve aquela entidade ponderar da utilidade e necessidade da medida, esgotando todas as vias que o legislador coloca ao seu dispor com vista à reposição da legalidade.

Inúmeros acórdãos vieram sedimentar esta posição, concluindo que uma decisão que não efetue tal ponderação estará inquinada de vício de falta de fundamentação²⁰. Genericamente, defende a jurisprudência que *«a ponderação da possibilidade de legalização de obra ilegal constitui pressuposto da decisão de ordenar a sua demolição. (...) pois é isso que decorre dos princípios da necessidade, adequação, indispensabilidade ou menor ingerência possível, corolários do princípio da proporcionalidade»*²¹.

É neste contexto que a legalização tem assumido particular relevância, surgindo como uma verdadeira necessidade face ao elevado número de situações clandestinas que têm sido detetadas pelas entidades administrativas competentes.

Com este fito, o legislador começou por determinar no art. 59º da LBPPSOTU que *«a lei estabelece um procedimento excecional para a regularização de operações urbanísticas*

²⁰ Cfr. Ac. TCAS, de 19/01/2012 (proc. 05261/09).

²¹ Cfr. Ac. TCAN, de 08/07/2010 (proc. 01656/06.6BEVIS).

realizadas sem o controlo prévio a que estavam sujeitas» (nº 1). Para além do mais, dispõe nos nº 2 e 3 do mesmo preceito que a regularização:

- não prejudica a aplicação de sanções e medidas de tutela da legalidade urbanística;
- não prejudica o cumprimento dos PIOT e PMOT²² e demais normas legais e regulamentares em vigor à data em que tenham lugar, sem prejuízo de a lei poder dispensar o cumprimento de requisitos de legalidade relativos à construção cuja aplicação se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir.

Este preceito refere-se, assim, à possibilidade de regularização de operações urbanísticas²³, estabelecendo o fundamento legal para a previsão de um procedimento excecional de legalização e que deve ser desenvolvido – assim o indica o art. 81º da LBPPSOTU – aquando da revisão do RJUE. Contudo, e salvo melhor opinião, parece-nos que esta norma é insuficiente e peca por excesso de zelo.

Desde logo, o preceito inclui apenas as *«operações urbanísticas realizadas sem o controlo prévio a que estavam sujeitas»*. Todavia, o RJUE não limita a legalização às situações de ilegalidade incluídas na al. a) do nº 1 do art. 102º, mas permite a sua aplicação a todos os casos de ilegalidade.

De facto, o art. 102º, nº 1 elenca os fundamentos de ilegalidade das operações urbanísticas e é por referência a estes que, em seguida, se determinam quais as concretas medidas de restauração da legalidade. Pensamos poder afirmar que, apesar da redação do nº 1 do art. 59º

²² O RJIGT, aprovado pelo D.L. nº 80/2015, de 14 de maio, veio reforçar esta prevalência dos PIOT e PMOT ao determinar, no seu art. 132º que *«pode ser determinado o embargo de trabalhos ou a demolição de obras: a) (...) quando violem plano intermunicipal ou plano municipal.»*

²³ O art. 59º da LBPPSOTU não se refere ao regime jurídico das áreas urbanas de génese ilegal, mantendo-se intacta a regulação constante da Lei nº 91/95, de 2 de setembro, mas também não nos parece que exclua a aplicação deste procedimento excecional a operações de loteamento ilegais.

da LBPPSOTU, o RJUE alargou o âmbito daquela medida, admitindo a possibilidade de regularização em qualquer caso de ilegalidade urbanística²⁴.

Por fim, uma nota positiva para referir que o legislador afastou expressamente do procedimento excecional de regularização as obras ilegais que violem os PIOT e PMOT, evitando que se inverta todo o paradigma da atuação urbanística. Esta inversão era o principal receio da doutrina que, perante as soluções jurídicas apresentadas, sempre temeu que a programação e planificação urbanísticas fossem instrumentalizadas em função das necessidades dos particulares, sem acautelar devidamente o interesse público²⁵.

2.2 REGIME JURÍDICO DA LEGALIZAÇÃO

Vejamos com mais detalhe o regime do D.L. nº 136/2014 que, agora, serve de fundamento para a concreta legalização de operações urbanísticas de cariz ilegal²⁶.

Desde logo, o preâmbulo do D.L. não dedica nenhuma linha à figura da legalização - omissão que surpreende porquanto é nossa opinião que consubstancia uma das mais importantes novidades introduzidas por esta alteração. Esta surpresa é reforçada quando, após leitura atenta do art. 102º-A, se percebe que o legislador deixou inúmeras questões fundamentais na disponibilidade dos municípios atribuindo-lhes um poder de regulamentação no nº 7 com vista

²⁴ Resta ponderar da admissibilidade de tal extensão já que é no art. 59º da LBPPSOTU que o RJUE encontra fundamento legal para a previsão do procedimento excecional de legalização. Em resposta, parece-nos poder avançar que: a previsão da legalização enquanto procedimento adequado à restauração da legalidade urbanística decorre, desde logo, dos princípios da proporcionalidade, da menor ingerência possível, da colaboração e da boa-fé, corolários da atuação administrativa; esta possibilidade tem vindo a ser amplamente admitida na doutrina e na jurisprudência – como se expôs – e encontra acolhimento legal no nº 2 do art. 106º que, apesar do agora aditado art. 102º-A, se mantém inalterado. Assim sendo, a entender-se que o RJUE ultrapassa o disposto na LBPPSOTU, na medida em que admite a aplicabilidade do procedimento de legalização a outras situações de ilegalidade urbanística para além da simples falta de controlo prévio, parece-nos que sempre seria de admitir a sua aplicação aos restantes por força do nº 2 do art. 106º e dos princípios jurídico-administrativos elencados.

²⁵ O D.L. nº 165/2014, de 5 de novembro, que aprova o regime de regularização de estabelecimentos e explorações existentes à data da sua entrada em vigor que não disponham de título válido de instalação ou de título de exploração ou de exercício de atividade, inclui as situações de desconformidade com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares e prevê a sua alteração ou revisão no sentido de contemplar a regularização do estabelecimento ou exploração (art. 12º do D.L. nº 165/2014).

²⁶ A solução constante do D.L. nº 136/2014 não corresponde integralmente aquela que, inicialmente, constava do anteprojeto que foi submetido a discussão na Assembleia da República, à qual faremos referência sempre que se revelar necessário.

à concretização e execução do procedimento de legalização. Ora, neste contexto, o preâmbulo poderia servir como elemento interpretativo, capaz de auxiliar os municípios na árdua tarefa da regulamentação desta figura.

Entrando na disciplina jurídica da legalização destrinchamos três elementos fundamentais: **objeto; procedimento e elementos instrutórios; critérios materiais de apreciação.**

O art. 102º-A, no nº 1, determina que a legalização é aplicável sempre que se verifique a existência de uma operação urbanística violadora da ordem urbanística, independentemente da ilegalidade ser formal ou material. Nesse sentido, deve recorrer-se a esta medida sempre que, perante uma determinada operação urbanística ilegal, se conclua que é possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor²⁷, devendo conceder-se aos interessados um prazo para a legalização da operação urbanística. Daqui decorre uma obrigação prévia de apreciação da operação urbanística por parte do município competente. Assim: **1º passo - apreciação urbanística.**

Assente a primeira premissa, importa determinar quais as regras procedimentais que deve seguir a legalização.

Ora, nos termos do nº 1 do art. 1º do CPA, o procedimento consiste na *«sucessão ordenada de atos e formalidades relativos à formação, manifestação e execução da vontade dos órgãos da Administração Pública»*, pelo que o mesmo deve encontrar-se devidamente regulado. Porém, enquanto no anteprojeto se remetia para os trâmites do regime de controlo prévio aplicável à operação urbanística a legalizar, a redação do nº 2 do art. 102º-A dispõe apenas que *«o procedimento de legalização deve ser instruído com os elementos exigíveis em função da*

²⁷ A nosso ver o nº 1 do art. 102º-A consome o disposto no art. 106º, nº 2, já que, podendo evitar-se a demolição por se concluir que a obra ilegal é passível de ser licenciada ou objeto de comunicação prévia, mediante a realização ou não de trabalhos de correção, a entidade municipal é reconduzida para o procedimento estipulado no art. 102º-A por se revelar o mais favorável ao interessado, especialmente no que se refere ao âmbito material de apreciação da concreta operação urbanística.

pretensão concreta do requerente», opção que nada diz quanto às regras que conduzem à formação da vontade pública.

Esta indeterminação procedimental faz recair sobre a entidade municipal o dever de informar o interessado na legalização sobre os trâmites procedimentais a seguir. Na mesma linha, o nº 3 do art. 102º-A trata a questão dos elementos instrutórios com a mesma indeterminação: «a câmara municipal **pode solicitar a entrega dos documentos e elementos, nomeadamente os projetos das especialidades e respetivos termos de responsabilidade ou os certificados de aprovação emitidos pelas entidades certificadoras competentes, que se afigurem necessários, designadamente, para garantir a segurança e saúde públicas**» (negritos nossos). Esmiuçando, constata-se que o preceito assenta em sucessivas possibilidades e faculdades. Desde logo, na concreta exigência de elementos instrutórios que fica dependente da determinação da câmara municipal e, ainda, nos elementos em concreto a apresentar.

Inversamente, o nº 4 do art. 102º-A indica claramente quais os elementos que são dispensados nos pedidos de legalização que não impliquem a realização de obras de ampliação ou de alteração que, salvo o devido respeito, são claramente óbvios, já que todos estão relacionados com a concreta execução dos trabalhos.

Em suma, o legislador não determina os trâmites do procedimento de legalização e é omissivo quanto aos elementos instrutórios que devem ser juntos no momento do pedido. Daí que, o nº 6 do preceito assumiu particular relevância. No referido normativo o legislador atribuiu ao interessado na legalização um direito de informação, que abrange um âmbito procedimental e material – pelo menos assim entendemos a referência ao vocábulo *termos* que pode incluir os trâmites do procedimento e os critérios materiais referentes à concreta operação urbanística. Naturalmente, ao direito do particular contrapõe-se um dever da câmara municipal em fornecer a informação pretendida no prazo máximo de 15 dias.

Assim: **2º passo – determinação do procedimento e identificação dos elementos instrutórios necessários à correta instrução do pedido.**

Por fim, importa definir o quadro normativo a aplicar no que se refere aos critérios materiais que devem estar na base da apreciação urbanística. Já referimos que vigora o princípio *tempus regit actum* (art. 67º) sem prejuízo do art. 60º, que prevê uma exceção aquela regra com vista à proteção do existente.

A nosso ver o art. 102º-A, no seu nº 5, vem estabelecer uma nova exceção aquela regra. Efetivamente, diz-se naquele preceito que *«pode ser dispensado o cumprimento de 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»*²⁸. Atento o teor do preceito, conclui-se que o mesmo não é isento de críticas.

Desde logo, resulta da leitura do nº 5 que a dispensa do cumprimento de normas técnicas de construção não é automática²⁹, ficando dependente da verificação de determinados requisitos que irão determinar se estão reunidas as condições para que a mesma opere. O primeiro requisito para que se pondere a possibilidade de dispensa de normas técnicas de construção é a verificação de desconformidade com as normas legais e regulamentares vigentes à data do pedido de legalização. Isto porque, entedemos que em primeira mão deve aplicar-se o

²⁸ Neste ponto a solução proposta no anteprojecto é substancialmente diferente daquela que veio a ser aprovada. Dispunha o nº 5 do art. 102º-A do anteprojecto: *«Pode ser dispensado o cumprimento de requisitos de legalidade relativos à construção cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridos os requisitos da legalidade vigentes à data da realização da operação urbanística em questão»*. Assim: a dispensa de requisitos materiais é mais ampla no projeto, porquanto aí se fala em requisitos de legalidade e não apenas em normas técnicas relativas à construção; no projeto não se faz recair sobre o particular o ónus da demonstração da data da construção. No que se refere aos requisitos de legalidade note-se que esta expressão sempre se encontraria limitada pelo art. 59º da LBPPSOTU, pelo menos quanto aos PIOT e PMOT.

²⁹ Sempre que a lei fala em dispensa estamos perante uma faculdade que pressupõe a tomada de uma decisão administrativa.

princípio *tempus regit actum*, ou seja, a apreciação da obra ilegal deve ter por base o quadro normativo em vigor. A conclusão pela inviabilidade deve assentar na violação do quadro normativo vigente e, só depois, deve efetuar um juízo sobre a impossibilidade ou razoável dificuldade em cumprir com as normas técnicas.

Chegados a este ponto, determina-se qual o quadro normativo que deve pautar a apreciação da obra ilegal. Assim, diz-nos o legislador que deve verificar-se o cumprimento das condições técnicas vigentes à data da realização da construção, o que nos remete para a necessidade de determinação daquele momento, a qual ficará a cargo do particular. Note-se porém que o legislador não refere de que modo deve realizar-se tal prova.

A nosso ver, e porque nem sempre é fácil determinar com exatidão o momento da conclusão da operação urbanística, pode optar-se por prever em regulamento municipal quais os meios de prova admissíveis – desde a prova documental à prova pericial. Esta última parece-nos a mais adequada a fornecer os elementos necessários à fixação daquela data.

Neste prisma, podemos afirmar que o nº 5 vai além da proteção do existente assente no art. 60º, pois protege a ilegalidade ao dispensar o cumprimento de normas técnicas que, aquando do licenciamento e construção de um edifício novo, exigem um maior esforço por parte dos projetistas envolvidos na conceção do projeto e um maior investimento económico (projetos referentes a desempenho energético e acústico, acessibilidades).

Do ponto de vista fáctico esta solução é aceitável, já que desde as décadas de 70 e 80 do séc. XX que o fenómeno da construção clandestina é conhecido no nosso país³⁰, o mesmo não pode dizer-se quanto à correção jurídica desta opção. Destarte, se é certo que a aplicação destas novas técnicas construtivas à regularização de edificações executadas há cerca de 20 ou 30

³⁰ Para mais desenvolvimentos acerca da evolução histórica e social do fenómeno da construção clandestina, PAULA CRISTINA DIAS RODRIGUES, *Procedimentos de legalização das habitações existentes em territórios de génese ilegal (TGI): Loures; Amadora; Oeiras e Cascais*, (texto policopiado) Dissertação elaborada para obtenção do grau de Mestre em Reabilitação da Arquitectura e Núcleos Urbanos pela Universidade Técnica de Lisboa, p. 24 a 32.

anos frustraria esta possibilidade, também é certo que o regime constante do nº 5 do art. 102º-A vem premiar a ilegalidade, através da sua dispensa e consagrar expressamente uma maior benevolência³¹ em relação às construções clandestinas.

2.3 APRECIÇÃO CRÍTICA

Após a leitura do art. 102º-A importa ponderar se a solução adotada vem dar resposta às dificuldades causadas pela proliferação das construções clandestinas e às considerações da doutrina e da jurisprudência.

2.3.1 A LEGALIZAÇÃO: COMO FAZER?

A questão que aqui se coloca tem por base a problemática à volta do procedimento de legalização. Isto porque, apesar do avanço alcançado com o D.L. nº 136/2014, que prevê a legalização como medida de restauração da legalidade, o legislador continua a não prever um conceito de legalização nem tão pouco prevê um procedimento para a sua concretização, limitando-se a lançar algumas diretrizes e remetendo para regulamento municipal a definição dos seus trâmites (nº 7 do art. 102º-A).

Se é certo que ao fazê-lo dá oportunidade aos municípios de concretizarem os procedimentos que considerem mais adequados ao andamento dos pedidos de legalização de acordo com a concreta operação urbanística, também é certo que admite a existência de regras distintas nos vários municípios do país, podendo alguns ser mais flexíveis e outros optar por medidas mais restritivas. Esta ausência de uma regra geral pode gerar situações de desigualdade na medida em que, uma determinada operação urbanística, por se localizar num ou noutro concelho poderá ser alvo de procedimentos distintos e critérios de ponderação igualmente diferenciados, o que pode conduzir a situações caricatas – pense-se por exemplo numa situação de clandestinidade em zonas limite de um concelho.

³¹ Esta circunstância pode provocar um forte constrangimento à legalização das construções porquanto coloca em situação de vantagem o particular que infringe em relação aquele que cumpre com a lei, contribuindo para a criação de uma situação de desigualdade irreparável.

Até aqui, esta opção do legislador obrigou os entes administrativos a um exercício criativo que culminou a maior parte das vezes numa encenação, ficcionando-se a inexistência da obra. Agora, a entidade administrativa dispõe de um preceito que lhe permite tomar decisões que culminam na dispensa de elementos instrutórios e ou de critérios materiais de apreciação. Em suma, assume-se que a obra existe e que a mesma pode merecer um tratamento distinto.

Não obstante, esta dinâmica continua a exigir de todos os intervenientes um esforço acrescido, quer na elaboração de documentos capazes de representar a realidade tal como ela existe, quer na apresentação dos documentos que a entidade municipal considere serem os pertinentes. Tudo isto, com um único intuito: reconhecer a conformidade da obra com o quadro normativo e emitir o alvará de licença de obras e o alvará de utilização.

INÊS CALOR³², expôs detalhadamente as dificuldades práticas deste exercício na vigência da redação anterior do RJUE, especialmente no que se refere à apreciação liminar e instrução do procedimento, apreciação do projeto de arquitetura e projetos de especialidades. A autora realçou que a apreciação do projeto de arquitetura, de acordo com o art. 67º, tem por base as normas urbanísticas vigentes à data da apresentação do pedido, o que frustraria alguns dos pedidos de legalização já que, para que uma determinada operação urbanística possa conformar-se com o bloco legislativo em vigor, é necessário que se reúnam vários pressupostos, desde a possibilidade de execução de trabalhos de correção à disponibilidade económico-financeira do particular para avançar com a sua execução. No art. 102º-A, como vimos, o legislador quis dar resposta a esta dificuldade ao determinar a possibilidade de afastamento de normas técnicas de construção.

Em seguida, e quanto às especialidades, as dificuldades advêm da circunstância de muitas não serem visíveis a olho nu. Destarte, a elaboração dos projetos traduz-se num mero *pro forma*, já que não é possível verificar de que modo foram executadas as infraestruturas, nem tão pouco

³² INÊS CALOR, ob.cit, p. 32 a 40.

é possível à entidade administrativa atestar da veracidade do projeto. Ora, esta dificuldade mantém-se porquanto o art. 102º-A se limita a admitir a dispensa de alguns projetos de especialidades e a junção de termos de responsabilidade em substituição daqueles.

Em síntese, se se pretendia encontrar aqui um procedimento administrativo, devemos desenganar-nos, já que o legislador não determina quais os pressupostos de tal procedimento, pelo que se poderá dizer que, neste ponto, mantém-se toda a controvérsia até aqui enunciada pela doutrina.

Paralelamente, encontramos dificuldades de índole técnico-jurídica que dificultam a legalização, a sua procedência e a sua configuração jurídica. Estamos aqui a incluir as questões referentes à legitimidade, ao deferimento tácito e à natureza do ato administrativo que, a final, é praticado.

No que concerne à legitimidade, constata-se que muitas vezes a obra ilegalmente executada é do interesse de um particular mas a iniciativa compete a outro que, por razões externas ao procedimento, se recusa a dar-lhe início. Pense-se nas relações de arrendamento em que o arrendatário usufrui da construção ilegal mas é ao proprietário que compete a apresentação do requerimento instrutório ou, em última análise, terá de o autorizar. Ou, ainda, veja-se a construção ilegal em zonas comuns de edifícios constituídos em propriedade horizontal que, para que possa ser instruído o pedido, é necessário obter autorização dos restantes condóminos. Nestes casos, a legalização surge impossibilitada não por razões de índole urbanística mas por questões paralelas que se revelam inultrapassáveis.

Por sua vez, tem entendido a doutrina³³, que a legalização pressupõe a prática de um ato expresse. Diz INÊS CALOR que não obstante o procedimento «o requerente não poderá

³³ INÊS CALOR, ob. cit, p. 33, pronunciando-se sobre o deferimento tácito nos pedido de legalização na vigência da anterior redação do RJUE e, mais recentemente, PEDRO MONIZ LOPES, in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação - Ilegalidades urbanísticas e medidas de reintegração*:

beneficiar do valor positivo do silêncio da administração, tendo necessariamente de aguardar a decisão favorável da autarquia», razão pela qual não é admissível o deferimento tácito do pedido. Conclusão que resulta reforçada pela redação do art. 113º, nº 2, que determina que ocorrendo o deferimento tácito o particular pode iniciar os trabalhos, o que só ocorrerá quando a obra ainda estiver por executar, o que não acontece na legalização das obras clandestinas.

Por fim, o ato praticado no final do procedimento não é constitutivo de direitos mas assume-se como ato meramente certificativo de uma situação de facto já existente, com efeitos reais. De facto, o legislador nada diz sobre a forma do ato administrativo – é uma licença? uma autorização? – e não se pronuncia sobre o seu conteúdo ou extensão, pelo que tendemos a concluir que pretende apenas reconhecer que a obra ilegal está conforme com o ordenamento jurídico em vigor.

Ora, nenhuma destas questões merece qualquer consideração por parte do legislador que parece resumir a legalização ao procedimento e aos critérios materiais.

2.3.2. A LEGALIZAÇÃO: E DEPOIS?

Debruçamo-nos agora sobre as consequências da inoperância da legalização: seja porque a obra ilegal, afinal, não é passível de ser regularizada; seja porque o particular, intimado para esse efeito, não inicia o procedimento necessário à prática do ato administrativo.

Por um lado, temos a impossibilidade de legalização da operação urbanística, por outro lado temos um comportamento passivo do particular que, perante o repto que lhe é lançado, opta por não desencadear o procedimento administrativo necessário.

É nossa opinião que no primeiro caso, não sendo viável a legalização da obra, encontra-se aberta a via para a demolição, que se assume como um verdadeiro poder-dever (art. 102º,

algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia, Almedina, 2015, p. 205 a 225, já na vigência da redação conferida pelo D.L. nº 136/2014.

nº1). Em suma, o legislador impõe à entidade um juízo de prognose, meramente perfunctório, quanto à viabilidade de regularização da operação urbanística, mas revelando-se o mesmo negativo, deve ser adotada a medida de tutela adequada à reposição da legalidade. Acrescenta-se que o art. 102º-A fornece à entidade administrativa, como já se referiu, a faculdade de dispensar o cumprimento de normas técnicas.

Noutro plano, perante uma obra que é legalizável a imposição de outras medidas de tutela da legalidade urbanística é questionável, já que bastaria a prática do ato competente - licença ou autorização³⁴. Aqui, importa determinar como deve reagir a entidade administrativa perante a inércia do particular.

A jurisprudência tem defendido que, encontrando-se a obra conforme ao direito substantivo, não pode admitir-se, sem mais, a sua demolição com fundamento apenas na falta do impulso procedimental. Veja-se, a este propósito o excerto do Ac. STA, de 22/04/2009 (proc. 0922/09): *«se, na perspectiva legislativa, a constatação da possibilidade de legalização tem forçosamente de conduzir à conclusão da desnecessidade de demolição, não se poderia justificar que, nestes casos em que é desnecessária, a demolição pudesse ser ordenada, pois não só a ordem de demolição seria também desnecessária como o seria o seu resultado se o administrado cumpridor a acatasse.»*³⁵

Ainda, o Ac. STA, de 22/02/2005 (rec. 633/04), defende que a opção pela demolição não é discricionária, dado que se a construção está conforme com o ordenamento jurídico tal decisão sempre seria desrazoável e incoerente. O aresto acrescenta que *«a melhor interpretação é, pois, a de que a Administração está vinculada a não ordenar a demolição se a*

³⁴ Não pode deixar de mencionar-se que o ato que confere ao particular o direito de executar uma determinada operação urbanística (ou, neste caso, *ratifica* esse direito), acarreta custos porquanto pressupõe a elaboração dos projetos de arquitetura e especialidades necessários à sua validação, a apresentação de termos de responsabilidade assinados por técnicos devidamente habilitados e, ainda, o pagamento das taxas devidas (pela apreciação, emissão dos alvarás a que haja lugar, taxas de compensação urbanísticas, entre outros custos administrativos que possam justificar-se).

³⁵ Cfr. Ac.s STA, de 16/01/2008 (proc. 0962/07) e de 30/09/2009 (proc. 0210/09).

obra, com ou sem alterações, puder ser legalizada». Entende a jurisprudência que, sendo suficiente a prática do ato administrativo em falta, não existe fundamento para ordenar a demolição da obra, pois não afeta as opções legais e regulamentares em matéria de urbanismo e ordenamento do território, nem tão pouco, prejudica interesses de terceiros que careçam de proteção. Ainda, defende-se que esta desproporcionalidade sempre afetaria a decisão de executar coercivamente aquela determinação.

ANA LEITE defende que *«mesmo nas situações em que o infractor não promova qualquer diligência no sentido de legalizar a obra construída sem licença ou sem comunicação prévia, a prática do acto que ordena a demolição de obras que não violem qualquer norma urbanística material não deixará de consubstanciar uma violação ao princípio da proporcionalidade, na medida em que não existirá um justo equilíbrio entre o interesse público a prosseguir com a prática deste acto (o interesse público da reposição da legalidade formal) e a lesão da posição do particular que dela resulta»*³⁶. Conclui a autora que, nestes casos, a ordem de demolição adquire um carácter sancionatório uma vez que não existe qualquer legalidade a repor.

É nossa opinião que, apesar da bondade das palavras da autora, não pode esquecer-se que o controlo prévio, especialmente quando se trate do licenciamento, desempenha uma função fundamental na ordem jurídica, definindo os termos em que a obra pode ser executada, em prol do interesse público e da concretização das políticas do urbanismo e do ordenamento do território. Assim, entendemos que a legalização é um ónus do particular que não impede a entidade pública de, face à inércia daquele, adotar outras medidas de tutela da legalidade urbanística³⁷. Ignorar este papel é absolutizar o direito de propriedade³⁸ e desvalorizar toda a

³⁶ ANA LEITE, *Demolição vs Legalização. Não demolir, sem transigir – que solução?*, in O urbanismo, o ordenamento do território e os Tribunais, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, Coimbra, 2010, p. 469.

³⁷ Neste sentido, DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como, porquê?*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 65, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Set./Out., 2007, Braga, p. 27 a 38.

³⁸ A este propósito, Ac. TCAN de 08/11/2013 (proc. 02155/10.7BEPRT): *«(...) III – O Direito de propriedade não é um direito absoluto, uma vez que em matéria de edificação e urbanização, tem de se*

atividade desenvolvida no âmbito do planeamento urbanístico, esvaziando o disposto no artigo 9º, alínea e) e artigo 65º, nº 4, ambos da CRP.

Efetivamente, se a razoabilidade e o bom senso devem pautar a atuação administrativa, também não podemos esquecer que os entes administrativos estão vinculados ao princípio da legalidade e igualdade – respetivamente, artigo 3º e 6º do CPA³⁹ - e que nessa medida devem tratar todos os munícipes por igual, não podendo beneficiar o particular-infrator em relação particular-cumpridor. No mesmo sentido, o princípio da legalidade impõe que as entidades administrativas pautem a sua conduta pelo estrito cumprimento da lei, a qual rege para o futuro e não para sanar ilegalidades passadas. Veja-se a este propósito o Ac. TCAN, processo nº 0367-A/98-Porto, de 09/09/2011, que se refere especialmente à ponderação entre os princípios da proporcionalidade e adequação e os da igualdade e legalidade, concluindo que a opção pela legalização coloca o infrator em vantagem em relação aos restantes munícipes que não tiveram a oportunidade de construir nas mesmas circunstâncias. Destarte, tanto o princípio da legalidade como o princípio da igualdade impõem que a Administração Pública adote as medidas de tutela da legalidade capazes de reintegrar a legalidade sendo que aqui também deve incluir-se a prossecução da justiça e de uma atuação imparcial.

A questão é complexa pois muitas vezes a impossibilidade de apresentação do pedido de legalização está relacionada com factores externos à vontade do particular e não com a sua disponibilidade e ou vontade de repor a legalidade urbanística. Contudo, e salvo melhor opinião, não pode concluir-se pela ilegalidade da decisão administrativa. Ao afirmar-se que a

submeter às normas legais e regulamentares de urbanismo e ordenamento do território; tais comandos legais e regulamentares aplicam-se a todos os cidadãos; III. 1- a existência e a manutenção de edificações ilegais (...) sem a devida licença ou autorização administrativa não tem proteção constitucional; III. 2 – os princípios constitucionais visam salvaguardar a legalidade, pelo que não é defensável a igualdade na ilegalidade».

³⁹ O CPA foi alterado e republicado pelo D.L. nº 4/2015, de 7 de janeiro, que entrou em vigor no passado dia 7 de abril. Nos termos do artigo 8º, nº 1, daquele decreto-lei, aplica-se aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor as normas constantes da Parte I do CPA, entre as quais se encontram os princípios gerais da atividade administrativa, motivo pelo qual os artigos indicados no texto correspondem já à nova redação do CPA.

construção ilegal, porque cumpre com todas as prescrições urbanísticas, não lesa o interesse público, está a incorrer-se em erro gravíssimo. Esta concepção põe em causa todo o sistema urbanístico – ao negar utilidade aos atos administrativos que conferem ao particular o direito a executar determinada obra e, em simultâneo, esquece a relevância dos mecanismos de compensação urbanística – e ofende os mais elementares princípios fundamentais, como o princípio da igualdade. Neste sentido, citamos o Ac. TCAN, de 27/05/2010 (proc. nº 00240/08.4BEPNF) na parte que refere que *«(...)do facto dum obra ter sido passível de legalização que não foi concretizada, por ausência dum atitude efetiva e proactiva do interessado na sua legalização, não deriva a impossibilidade legal por parte da Administração de determinar a sua demolição, nem a isso obsta o princípio da proporcionalidade»*. Em síntese, pode dizer-se que a legalização corresponde a um ónus do particular.

2.3.3. A LEGALIZAÇÃO: IMPOSSÍVEL?

Uma última referência para os casos em que, no momento da apreciação urbanística, se conclui pela impossibilidade de legalização da operação urbanística por incumprimento de prescrições urbanísticas inultrapassáveis. Em princípio, não sendo possível a regularização da operação urbanística, somos *empurrados* para a demolição como veículo adequado à restauração da legalidade. Contudo, a doutrina tem avançado com soluções jurídicas com vista à legalização da operação urbanística considerada ilegal.

Desde logo, culminando a ilegalidade na desconformidade com normas de planos vinculativos dos particulares (por exemplo, violação de norma constante do PDM) surge a hipótese de se alterar o referido instrumento de gestão territorial⁴⁰. Ora, não sendo a ordem natural dos

⁴⁰ Aproveitamos para referir que uma das funções dos instrumentos de gestão territorial, de acordo com ALVES CORREIA, é a de inventariação da realidade ou da situação existente, quer do ponto de vista das utilizações efetivamente realizadas (de facto), como no que respeita aos títulos anteriormente emitidos referentes a operações urbanísticas (de direito). Em suma, devem os autores do plano preocupar-se com o concreto e rigoroso levantamento das situações existentes pois só assim se poderá assegurar que aquele instrumento não se traduz num mero exercício especulativo. Ora, embora se reconheça que esta inventariação deve dizer respeito a situações legítimas – e, portanto, legalmente existentes e conformes ao Direito – não pode ignorar-se que no que respeita ao tratamento das construções clandestinas

factos, é certo que esta faculdade assegura a viabilização das operações urbanísticas que só encontram um obstáculo de índole material que pode, desde que sem prejuízo para a política urbanística projetada para o município, ser ultrapassado.

Esta hipótese é razoável nos casos em que a construção ilegal foi executada antes da entrada em vigor do instrumento de gestão territorial com o qual é desconforme – ou seja, o que começou por ser uma ilegalidade meramente formal, por falta de ato que confere o direito a construir, veio a culminar, com a entrada em vigor do plano, numa ilegalidade material. Nestes casos exige-se uma tarefa árdua de ponderação para determinar se a construção ilegal foi devidamente identificada aquando do levantamento do existente:

- Se se concluir que sim e que, ainda assim, o plano é desconforme com a mesma, deve entender-se que se tratou de uma verdadeira opção municipal e, portanto, não se pretende proceder à legalização daquela concreta operação urbanística;
- Constatando-se que a elaboração do plano não teve em consideração aquela obra ilegal, pode ponderar-se da sua admissibilidade mediante alteração ou revisão do plano.

Não obstante, esta faculdade encontra algumas limitações. A primeira de índole temporal, já que, pelo seu poder de conformação do território, os planos devem gozar de estabilidade. Nesse sentido, o RJIGT⁴¹ estabelece uma duração mínima de vigência de três anos para os PMOT (art. 95º, nº 1, quanto à alteração e art. 98º, nº 2, quanto à revisão, ambos do RJIGT). Assim, se a obra ilegal for detetada nesse período não poderá o município lançar mão desta possibilidade.

poderá também exercer uma importante função de restabelecimento da legalidade, abrindo a porta à sua regularização, através da aprovação de um plano, que assegura a sua viabilidade. É nossa opinião que, neste contexto, compete às entidades competentes pela elaboração dos planos a realização de um trabalho esmerado que pondere e fundamente cuidadosamente todas as opções urbanísticas adotadas. Nesta matéria, ALVES CORREIRA, ob.cit. p. 363 a 366.

⁴¹ De acordo com o RJIGT – aprovado pelo D.L. nº 80/2015, de 14 de maio - o legislador entendeu não ser de manter a vigência mínima de três anos, mas manteve essa limitação no que se refere à revisão dos planos intermunicipais e municipais – art. 124º, nº 3 daquele decreto-lei.

A segunda de cariz material na medida em que esta faculdade deve ser utilizada com todas as cautelas e com o maior rigor no que à fundamentação diz respeito. Admitir-se a alteração dos planos com o intuito de regularizar uma concreta operação urbanística colide com o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos e conduz à *comercialização* do interesse público, colocando-o ao dispor dos interesses dos particulares.

Outra via para a legalização de operações urbanísticas insuscetíveis de conformação com as normas urbanísticas passa pelo reconhecimento de efeitos jurídicos a situações de facto consolidadas. Todavia, também esta possibilidade se encontra limitada.

Desde logo, o CPA prevê que sejam reconhecidos efeitos jurídicos a situações de facto consolidadas na sequência de atos administrativos que venham a ser declarados **nulos** – art. 162º do CPA – o que exclui imediatamente as situações em que, não havendo ato, existe uma operação urbanística ilegal.

Pese embora não corresponda ao nosso objeto de estudo, referimos apenas que o nº 3 do art. 162º do CPA prevê a possibilidade de reconhecimento de efeitos jurídicos a situações de facto consolidadas na sequência de atos administrativos declarados nulos. Este preceito faz depender a possibilidade da conformação da situação jurídica de facto dos princípios da boa-fé, da proteção da confiança, da proporcionalidade, bem como do decurso de um período de tempo razoável. O mesmo raciocínio se fará quanto ao disposto no art. 163º do CPTA que admite que, por razões de impossibilidade absoluta ou grave prejuízo para o interesse público, se reconheça uma causa legítima de inexecução.

No que aqui nos importa, é pressuposto da aplicação dos institutos invocados a **existência de um ato administrativo**. Assim, e porque quanto a uma obra ilegal não foi praticado nenhum ato administrativo que tenha posteriormente sido anulado ou declarado nulo, não pode lançar-se mão dos referidos institutos.

Em síntese, temos que tanto a modificação de instrumentos de gestão territorial como o reconhecimento da existência de uma situação de facto consolidada, consubstanciam instrumentos ao dispor da entidade administrativa com vista à reposição da legalidade urbanística, pela via da legalização, mas têm uma abrangência limitada pelos seus próprios pressupostos.

CAPÍTULO III - A LEGALIZAÇÃO COERCIVA

A principal novidade surge nos nº 8 a 11 do art. 102º-A quando se prevê a possibilidade de a câmara municipal se substituir ao particular procedendo à legalização da obra ilegal, com o efeito de reconhecer que as obras promovidas cumprem os parâmetros urbanísticos previstos nos instrumentos de gestão territorial. Este instituto visa assegurar a legalização das obras ilegais que, conformando-se com o quadro normativo em vigor, não possuem ato permissivo.

Ora, para tal previsão o RJUE foi buscar inspiração ao art. B-1/43º do Código Regulamentar do Porto que, nas palavras de ANA LEITE, criou uma «*terceira via*» para solucionar este problema, que não passa nem pela determinação da demolição, nas situações em que a obra é susceptível de legalização nem, nos seus antípodas, pela atitude passiva de aguardar sine die que o promotor venha diligenciar no sentido de obter a referida legalização»⁴².

No exercício do seu poder regulamentar⁴³, entendeu aquele município que a previsão de um procedimento de legalização coerciva correspondia à medida adequada e necessária para evitar a demolição de obras ilegais por falta de ato de controlo prévio. Ainda, entendeu o município do Porto que a previsão de um procedimento coercivo impediria a utilização de expedientes dilatatórios com vista a retardar a reposição da legalidade urbanística, que contribui para a impunidade.

De acordo com o Código Regulamentar, a legalização coerciva pressupõe: i) a conformidade da obra ilegal com as normas legais e regulamentares em vigor, não havendo lugar à realização de quaisquer obras de adaptação ou correção; ii) a inércia do particular face à notificação para apresentar o pedido; iii) que estejam em causa obras que não exijam a realização de cálculos de estabilidade; e, por fim, iv) que se trate de obras acessórias de uma edificação principal legalmente existente.

⁴² ANA LEITE, ob. cit., pág. 474.

⁴³ Vide art. 241º da CRP.

Ora, o Município do Porto reconheceu que a medida era inovatória e, por esse motivo, pretendeu conferir-lhe um carácter experimental através das limitações enunciadas no texto regulamentar e da previsão de um período de vigência de 1 ano, findo o qual, avaliada a sua utilidade, poderia ampliar-se o âmbito material de aplicação. Sucede que, desde 2011 que a medida se encontra em vigor sem que tenha sido introduzida qualquer alteração ao seu âmbito, mantendo-se todas as limitações inicialmente impostas.

Em consequência, a medida prevista no Código Regulamentar do Porto aplica-se a um reduzido número de obras ilegais, sendo nossa opinião que não constitui uma verdadeira “terceira via”, ao contrário do indicado por ANA LEITE, porquanto não assegura a regularização de todas as operações urbanísticas ilegais que pretende abarcar.

Considerando que o texto do RJUE se inspirou no instituto encontrado no Código Regulamentar do Porto, lamentamos que não tenha ponderado a sua reduzida aplicabilidade e se tenha limitado a transcrever o mesmo modelo.

3.1. POSICIONAMENTO NA DOGMÁTICA DO ATO E DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

A legalização, enquanto medida de restauração da legalidade urbanística encontra-se prescrita nos nº 2 a 5 do art. 102º-A. Por sua vez, a legalização coerciva surge mais à frente quando, na sequência de um convite, o interessado não toma qualquer iniciativa.

Em síntese, a legalização, nos termos do art. 102º-A, pressupõe duas fases distintas: a primeira de natureza voluntária que se traduz no convite dirigido pela câmara municipal ao interessado para que proceda à apresentação do pedido (nº 2 a 5); e a segunda, de natureza coerciva, que surge na sequência da frustração daquele convite (nº 8 a 11). Em qualquer um dos casos, temos de estar perante uma obra ilegal que esteja conforme com o quadro normativo em

vigor ou que, através de trabalhos de correção ou alteração possa assegurar essa conformidade.

Destarte, concluindo-se pela possibilidade de legalização a câmara municipal concede ao interessado um prazo razoável para que, voluntariamente, dê início ao procedimento. Decorrido aquele prazo, «*nos casos em que os interessados não promovam as diligências necessárias à legalização voluntária das operações urbanísticas*», a câmara municipal procede à legalização, na vez daqueles, exigindo o pagamento das taxas fixadas em regulamento municipal.

Preferimos a designação legalização coerciva por contraposição à legalização oficiosa por considerarmos que o que está em causa é a disponibilidade do particular para desencadear o procedimento de legalização, ou seja, a questão não se limita à auto ou hetero iniciativa do procedimento⁴⁴.

Esta questão não é inócua na medida em que o proprietário do prédio onde se encontram executadas as obras ilegais será necessariamente afectado pela legalização coerciva, quer pela emissão do ato e correspondente título referente à obra identificada, quer pela cobrança das taxas fixadas para o procedimento. Coloca-se aqui a questão de saber se a câmara municipal pode impor ao proprietário do prédio a legalização de uma obra para a qual não desencadeou o procedimento de controlo prévio necessário e, em paralelo, se tal imposição afeta o direito de propriedade constitucionalmente protegido (art. 62º da CRP).

De facto, o legislador não estabelece qualquer critério no que toca à aferição da legitimidade dos interessados. Aliás, parece-nos que a referência que se faz a “interessados” não é desprovida de intenção, porquanto poderão não ser necessariamente os proprietários do prédio.

⁴⁴ Classificação efetuada por José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, in, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2012, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, pág. 213.

Assim, importa ponderar se o proprietário do prédio pode reagir à concessão do prazo para apresentação do pedido de legalização e, mais tarde, à legalização coerciva e consequente cobrança das taxas. Segundo ANA LEITE, «se o município tem atribuições para ordenar e executar coercivamente a demolição de obras ilegais, quando realizadas em incumprimento de normas urbanísticas, por maioria de razão há-de ter competência para, oficiosa ou coercivamente, afirmar que as obras realizadas sem prévio licenciamento ou comunicação prévia cumprem com todas as normas legais e regulamentares e que, por isso, vai considerá-las legalmente existentes»⁴⁵. Genericamente concordamos com a posição explanada, porquanto o proprietário mantém o poder de dispor do seu bem imóvel e, caso pretenda, proceder à demolição da obra existente no local, independentemente do reconhecimento camarário.

O problema, a nosso ver, surge no momento da cobrança das taxas, em que o proprietário, porque não o requereu e não o pretende, pode opor-se ao seu pagamento. De facto, as taxas municipais assentam na concreta prestação de um serviço público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento do particular – art. 3º da Lei nº 53-E/2006, de 29 de dezembro, que aprova o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais. Em qualquer um dos casos estamos perante uma manifestação de vontade do particular que, dirigindo-se à Administração Pública, requer que lhe seja prestado um determinado serviço ou concedida uma determinada autorização, mediante o pagamento da taxa devida. Estamos, portanto, perante uma relação bilateral⁴⁶. Transpondo para o urbanismo, o mesmo raciocínio deve aplicar-se às taxas urbanísticas (a saber, as taxas devidas pela execução, manutenção e reforço de infraestruturas) porquanto também aqui estamos perante a oneração do particular em troca da prestação de um serviço público local, manifestada através de um pedido

⁴⁵ ANA LEITE, ob. cit., pág. 475.

⁴⁶ ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *O Regime dos Preços Municipais*, Almedina, 2012, Coimbra, p. 27 a 49.

apresentado à entidade municipal competente. De outra forma: o particular dirige-se à câmara municipal com o intuito de licenciar/comunicar determinadas obras sabendo que, pela sua execução, terá de suportar o pagamento de uma taxa que visa a satisfação de necessidades individuais e coletivas.

No caso da legalização coerciva falta o elemento da **vontade**. O que acontece é que a câmara municipal assume que, existindo uma ilegalidade e perante a inércia do particular, lhe assiste o direito de promover coercivamente pela legalização e ao particular o dever de pagar as taxas devidas. Nesta perspectiva, se é certo que as taxas devidas pela manutenção e reforço das infraestruturas mantêm o seu sentido⁴⁷, o mesmo não acontece com as restantes que, parecidos, acabam por assumir a natureza de custo⁴⁸.

Assim sendo, consideramos que andou bem o Município de Vila Nova de Gaia, na proposta de Regulamento Municipal de Urbanização e Edificação (RMUE), que agora se encontra em discussão pública⁴⁹ ao tentar salvaguardar esta questão prevendo a notificação do proprietário. No art. 20º daquele Regulamento prevê-se que *«o recurso à legalização oficiosa deve ser notificado ao proprietário do imóvel, não podendo ser determinada caso este a ela expressamente se oponha no prazo de 15 dias a contar da notificação»* (nº 2), determinando-se que, caso ocorra, devem ser iniciadas ou retomadas as medidas de tutela adequadas à reposição da legalidade.

⁴⁷ Isto porque, apesar de ilegalmente, a obra existe e produz impacto sobre as infraestruturas existentes, pressupondo o seu reforço e manutenção sempre que se revele necessário, encargo esse que é assumido pelo ente público. Note-se também que, por uma questão de igualdade, não podem ser aqueles que promovem os procedimentos de controlo prévio e pagam as taxas urbanísticas devidas a suportar todos os encargos urbanísticos devidos, ficando o titular da obra ilegal isento do pagamento de qualquer taxa.

⁴⁸ À semelhança da cobrança que opera na sequência da demolição coerciva de uma obra ilegal – nº 4 do art. 106º.

⁴⁹ A proposta de Regulamento Municipal de Urbanização e Edificação consta do Aviso nº 5252/2015, de 13 de maio, publicado na 2ª Série do Diário da República, nº 92, e nesta data encontra-se em discussão pública.

3.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA MEDIDA: SUA FUNÇÃO E SUFICIÊNCIA

Independentemente do seu enquadramento jurídico, a legalização coerciva visa dar resposta a um dilema que tem vindo a ocupar os entes públicos, a doutrina e a jurisprudência: a proliferação e a consolidação de construções clandestinas relativamente às quais não foi emitido qualquer ato de controlo prévio apesar de cumprirem com os parâmetros urbanísticos. Não obstante as motivações que estiveram na base da ilegalidade – em regra, razões de índole socioeconómica – resta agora apontar para a sua resolução, quer do ponto de vista da procura por uma solução adequada e proporcional, quer na perspectiva da justeza da atuação e da opção por decisões que promovam a igualdade entre os cidadãos. Assim, resta saber se a medida agora prevista nos nº 8 a 11 do art. 102º-A é capaz de dar resposta aos desafios da clandestinidade. Ora, em nosso ver, não.

Desde logo, só se admite o recurso à legalização coerciva nos casos em que, sendo a obra conforme com o quadro normativo em vigor, o interessado, notificado para apresentar pedido de legalização, não o faz. Isto é, a legalização coerciva surge como resposta à inércia do particular. Assim sendo, se a função idealizada para a legalização coerciva é ampla – evitar o recurso a outras medidas de tutela da legalidade urbanística quando seja possível a sua regularização – o seu efeito prático é manifestamente restrito.

Para além do mais, determina o nº 9 que a opção pela legalização coerciva *«apenas pode ser exercida quando estejam em causa obras que não impliquem a realização de cálculos de estabilidade»*. Efetivamente, a estabilidade de uma obra garante que a mesma possui a segurança e firmeza exigíveis, sendo capaz de se manter uniforme na sua aparência e desempenho, daí que, na recente Portaria nº 113/2015, de 22 de abril, o projeto de estabilidade é transversal a qualquer operação urbanística.

A ser assim, a legalização coerciva sofre nova limitação já que não pode recorrer-se a esta via quando a obra ilegal careça da realização de trabalhos de correção ou alteração ou quando a obra já executada exija a realização de cálculos de estabilidade.

Esta solução é claramente conservadora. De facto, tem-se assistido a uma gradual transposição para os privados do dever de assegurar o cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis em matéria de projetos de especialidades, bastando-se a instrução do pedido com a apresentação de termo de responsabilidade. Esta determinação, constante do nº 9 do art. 13º, faz recair sobre os particulares e sobre os técnicos a responsabilidade pelas declarações prestadas junto da entidade municipal, pugnando pela responsabilização e compromisso dos sujeitos envolvidos na execução de uma obra. Assim sendo, não se percebe porque motivo a mesma questão merece tratamento diferente na legalização. É certo que, encontrando-se a obra executada nem sempre será possível verificar a correção das opções tomadas no momento da edificação, contudo, e concretamente no que respeita à estabilidade da construção, parece-nos que a realização de vistoria ou peritagem adequada poderia revelar os elementos necessários à prestação de uma declaração séria e rigorosa acerca da segurança da obra executada.

A nosso ver, o legislador usa de dois pesos e duas medidas: por um lado, nas obras a executar dispensa a apresentação de projetos, aprovações e certificações, admitindo que a apresentação de termo de responsabilidade assinado por técnico qualificado é suficiente para garantir a conformidade dos projetos de especialidades; por outro lado, não quer assumir a legalização coerciva de obras que pressupõem cálculos de estabilidade. De facto, não poderia a câmara municipal, no âmbito das suas competências e com recurso aos seus quadros técnicos, realizar as vistorias e peritagens necessárias a aferir da estabilidade da obra? Parece-nos que sim.

Ao tomar esta tímida opção, o legislador impede que se retire da legalização coerciva os efeitos que poderia extrair-se porquanto deixa de fora toda e qualquer obra que careça de cálculos de estabilidade. Em suma, admite-se a legalização coerciva sempre que:

- o interessado não tenha apresentado o pedido de legalização no prazo concedido para o efeito;
- a obra ilegal executada não careça de qualquer cálculo de estabilidade;
- não haja lugar à realização de quaisquer obras de adaptação ou correção, porquanto estas exigirão cálculo de estabilidade.

Destarte, mesmo no que toca à ilegalidade fundada exclusivamente na falta de ato de controlo prévio, e independentemente do integral cumprimento dos parâmetros urbanísticos, a legalização coerciva não tem capacidade para abranger todas as obras clandestinas. Esta posição não pode deixar de surpreender especialmente se considerarmos que o RJUE determina que a legalização coerciva tem como *«único efeito o reconhecimento de que as obras promovidas cumprem com os parâmetros urbanísticos previstos nos instrumentos de gestão territorial»* (nº 11 do art. 102º-A). Foi o próprio legislador que quis limitar os efeitos do ato proferido pela câmara municipal.

Note-se que, os atos administrativos de controlo prévio limitam-se a aferir da conformidade da operação urbanística com as normas jurídicas vigentes em matéria de urbanismo e ordenamento do território. No mesmo sentido, não poderia exigir-se que o ato proferido em sede legalização coerciva fosse mais longe. Destarte, se o ato administrativo proferido se limita a confirmar a conformidade da obra com as normas urbanísticas, porque motivo se faz depender a sua admissibilidade da inexistência de cálculos de estabilidade?

Para além do mais, o RJUE determina agora no seu art. 100º-A⁵⁰ regras específicas em matéria de responsabilidade civil, distribuindo-a pelos vários intervenientes nas operações urbanísticas. Atente-se particularmente ao nº 3 do preceito que se refere à execução de operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio sem que a obra tenha sido antecedida de qualquer procedimento.

Nestes casos, determina a lei que são solidariamente responsáveis os promotores e donos de obra, os responsáveis pelos usos e utilizações existentes e os empreiteiros e diretos de obra. Além do mais, é o art. 70º que discorre sobre a responsabilidade civil da Administração, referindo-se aí expressamente a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da revogação, anulação ou declaração de nulidade de licenças ou autorizações de utilização sempre que tal decorra de conduta ilícita dos seus titulares.

Posto isto, parece-nos que a limitação constante do nº 9 do art. 102º-A peca por excesso já que, no ordenamento jurídico vigente é possível encontrar institutos que permitem distribuir a responsabilidade pela execução da obra ilegal entre os vários intervenientes envolvidos.

É certo que compreendemos que a segurança da construção deve ser garantida, mas se o que se pretende é unicamente certificar que a construção cumpre com as normas urbanísticas constantes dos instrumentos de gestão territorial, parece-nos que não faz sentido limitar a legalização coerciva aquelas que não careçam de cálculos de estabilidade. Aliás, ao fazê-lo, o legislador está a comprimir a medida retirando-lhe a utilidade que poderia ter na reintegração da legalidade.

⁵⁰ Aditado pelo D.L. nº 136/2014, de 9 de setembro.

CONCLUSÃO

Começamos esta incursão com uma pergunta: um convite forçado? A resposta tem necessariamente de ser negativa. Da configuração da medida da legalização coerciva não pode concluir-se que o legislador empurre o particular para a efetiva regularização das operações urbanísticas, já que a mesma se aplica a um reduzido número de obras clandestinas. Destarte, podemos afirmar que a legalização coerciva, tal como se encontra prevista, cumpre parcialmente a sua função porquanto se revela insuficiente para cobrir as situações de ilegalidade. Em suma, tal como se encontram previstas no RJUE a legalização enquanto medida de tutela da legalidade e a legalização coerciva enquanto resposta à inércia do particular são insuficientes para assegurar a efetiva reposição da legalidade, mantendo sem qualquer tratamento inúmeras situações de clandestinidade.

Para começar, questionamos se a ilegalidade deve ser protegida, merecendo um tratamento mais tolerante e benéfico. Parece-nos que o legislador esquece que o princípio da igualdade e da justiça deve pautar toda a atuação administrativa e prevê um regime jurídico mais benevolente, quer quanto aos elementos instrutórios quer quanto aos critérios materiais aplicáveis, para as construções clandestinas.

Mais, a prever-se um procedimento de legalização o mesmo deveria ser claramente excepcional e, portanto, não nos parece que a sua consagração no elenco das medidas de tutela da legalidade, a par das restantes, realce essa excepcionalidade.

Em seguida, notamos que a legalização não pode impor-se ao interesse público, concretamente no que toca à programação e planificação urbanísticas, as quais devem traduzir toda a política do ordenamento do território. Assim, não seria preferível que o tratamento das construções clandestinas fosse efetuado aquando da elaboração dos instrumentos de gestão territorial? Não defendemos que as mesmas devam ser recebidas e sanadas por aqueles documentos, mas antes que as mesmas devem ser consideradas, avaliadas e ponderadas, com

eventual participação dos particulares interessados, reforçando-se a importância da inventariação da realidade existente.

Por fim, também fica por resolver a pendência dos procedimentos, que, muitas vezes, entopem os serviços públicos e não têm qualquer fim à vista. É nossa opinião que as medidas da legalização voluntária ou coerciva não são capazes de dar resposta às situações de clandestinidade.

Ora, neste ponto, saudamos a solução do ordenamento jurídico espanhol. Da Ley de Urbanismo⁵¹ resulta expresso que a inércia do particular no que concerne à legalização da obra clandestina pressupõe um dever de ordenar a demolição da mesma e prevê, ainda, um prazo de prescrição para a atuação administrativa (art. 207º da Ley de Urbanismo) de 6 anos. O legislador espanhol pautou-se por critérios de justiça e certeza jurídicas: se por um lado a lei é objetiva ao determinar que, apesar de determinada obra ser legalizável, não sendo desencadeado o procedimento de legalização, deve ser determinado o «*derribo das obras*»; por outro lado impõe um prazo limite às entidades administrativas findo o qual, não tendo sido desencadeado o procedimento, a obra clandestina permanecerá num estado de «*fuera de ordenación*»⁵².

⁵¹ Aprovada pelo Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto.

⁵² RICARDO GARCIA MACHO e JOSÉ LUIS BLASCO DÍAZ, in *La disciplina urbanística – La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, II*, p. 291 a 319, 2009, afirmam que este estatuto de «*fuera de ordenación*» possibilita o uso da construção existente, executada ilegalmente, mas não é admissível a sua melhoria, reforma, ampliação ou conservação. Em suma, mantém-se a ilegalidade da operação urbanística executada.

BIBLIOGRAFIA

- ANA LEITE, *Demolição vs Legalização. Não demolir, sem transigir – que solução?*, in O urbanismo, o ordenamento do território e os Tribunais, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra, págs. 461 a 476;
- ANDRÉ FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra Editora, 2007, Coimbra;
- ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *O Regime dos Preços Municipais*, Almedina, 2012, Coimbra;
- ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008;
- CLÁUDIO MONTEIRO, *A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, FDUL, 2010, Lisboa, p. 419 a 443;
- DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como, porquê?*, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 65, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Set./Out., 2007, Braga, pág. 27 a 38;
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇAS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011;
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, Coimbra, 2014;
- INÊS CALOR, *Legalização – Dúvidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Revista do CEDOUA, 1.2013, pág. 29 a 47;

- ISABEL MATIAS, *Legalizações – Enquadramento no Direito Substantivo do Urbanismo*, (texto policopiado), CEDOUA, Coimbra, 2013 Trabalho realizado no âmbito da Pós-Graduação de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente;
- JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2ª Edição, Almedina, 2012, Coimbra;
- PAULA CRISTINA DIAS RODRIGUES, *Procedimentos de legalização das habitações existentes em territórios de génese ilegal (TGI): Loures; Amadora; Oeiras e Cascais*, (texto policopiado) Dissertação elaborada para obtenção do grau de Mestre em Reabilitação da Arquitectura e Núcleos Urbanos pela Universidade Técnica de Lisboa;
- PEDRO MONIZ LOPES, *Ilegalidades urbanísticas e medidas de reintegração: algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia*, in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, Coimbra, pág. 205 a 225;
- RAQUEL CARVALHO, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação - Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e regularização de operações urbanísticas. A Legalização.*, Almedina, 2015, Coimbra, pág. 153 a 174;
- RICARDO GARCIA MACHO e JOSÉ LUIS BLASCO DÍAZ, *La disciplina urbanística*, Documentación Administrativa (Revista), Nº 282-283, 2009, Exemplar dedicado a: *La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas II*;
- SUSANA CARVALHO FERREIRA, *As medidas de tutela da legalidade urbanística*, in *O urbanismo, o ordenamento do território e os Tribunais*, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra, p. 477 a 550.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22/02/2005, recurso nº 633/04;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 12/12/2006, processo nº 0644/06;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16/01/2008, processo nº 0962/07;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 30/09/2009, processo nº 0210/09;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22/04/2009, processo nº 0922/09;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07/04/2011, processo nº 0601/10;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 08/07/2010, processo nº 01656/06.6BEVIS;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 08/11/2013, processo nº 02155/10.7BEPRT;
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 19/01/2012, processo nº 05261/09.

Todos os acórdãos indicados estão disponíveis no sítio da internet www.dgsi.pt