RevCEDOUA

N.º 14 _ Ano VII _ 2. 04

Índice

› Doutrina

› 9 Os caminhos "a direito" para um urbanismo operativo
Fernanda Paula Oliveira

› 31 MIBEL: o início do embuste
Suzana Tavares da Silva

› 49 Medidas de tutela da legalidade urbanística
Dulce Lopes

› Jurisprudência

› 93 Avaliação de impactes: que sistema para que problema?
Dulce Lopes

› 115 Repetição devida ou indevida?
Fernanda Paula Oliveira

› Intertextos

› 127 Universidades Sustentáveis
José Joaquim Gomes Canotilho

› Recensões

› 131 Urbanismo y Ordenación del Territorio
Geraldo Rocha Ribeiro

› Dossier

› 141 As energias renováveis: tema de moda, mas não muito

› 149 **› Summaries**

› 153 **› Últimas Aquisições Bibliográficas**

› 159 **› Índice Ideográfico**

Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

Resumo

A manutenção de "obras" de raiz ilegal configura um dos principais problemas do nosso direito do ordenamento do território e do urbanismo, pelo que urge encontrar e operacionalizar formas de reposição da legalidade urbanística. Este artigo tem como escopo a análise dos principais instrumentos que o ordenamento jurídico português coloca à disposição das entidades públicas administrativas para prosseguir tal desiderato, pretendendo evidenciar a sua utilidade ou, ao invés, a sua insuficiência.

1. Caracterização Geral das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

As medidas de protecção ou tutela da legalidade, se entendidas em sentido genérico, têm por finalidade prevenir e impedir qualquer forma de transgressão à legalidade jus-urbanística e, no caso de esta se chegar a produzir, remover, com a necessária prontidão, os efeitos danosos para os objectivos que a legislação urbanística visa prosseguir.

No entanto, seguindo a opção do nosso legislador, presente nos artigos 102.º a 109.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação[1], não consideraremos como *medidas de tutela da legalidade urbanística*, os mecanismos legais que, de forma anterior à efectivação de operações urbanísticas, isto é de maneira preventiva, visam acautelar o respeito das exigências legais (formas de controlo *a priori*), mas apenas aqueles que visam reintegrar a ordem jurídica violada. Verdadeiramente, debruçar-nos-emos, neste artigo, apenas sobre as *medidas de reposição da legalidade urbanística*, isto é, sobre os instrumentos administrativos a que se recorre após a ocorrência de um ilícito urbanístico, com o intuito de eliminar a sua contradição com esta "parcela" do ordenamento jurídico nacional[2].

De facto, apesar de se reconhecer a essencialidade de um controlo prévio administrativo da actuação dos particulares ou da Administração, não pode descurar-se as situações

[1] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, e alterado sucessivamente pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho e pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

[2] Não nos referiremos, deste modo, à violação de exigências constantes do ordenamento jurídico civil, destinadas a regular relações jurídico-privadas de vizinhança, uma vez que estas não são, em princípio, tocadas pela definição que os instrumentos urbanísticos façam do seu objecto de regulamentação. Neste sentido, em especial no que se refere à emissão de licenças sob reservas de direitos de terceiros, cfr. António Pereira da COSTA, "Os direitos de terceiros nos licenciamentos de operações urbanísticas", *in Revista do CEDOUA*, n.º 7, 1-2001, p. 103 e ss, e Fernanda Paula OLIVEIRA, "As licenças de construção e os direitos de natureza privada de terceiros", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Colecção *Studia Iuridica, Ad Honorem*, Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

em que estes poderes não são exercidos ou não o são da forma devida, o que, aliado à gravidade das consequências decorrentes da consolidação de situações ilegais, conduz, inevitavelmente, à questão da sua "eliminação" da ordem jurídica.

Os poderes de protecção da legalidade urbanística assumem-se, nesta vertente, como verdadeiros *poderes-deveres* e não meras faculdades da Administração, na medida em que o seu exercício é essencial para a promoção de um adequado ordenamento do território e urbanismo, como o reconhecem os artigos 4.º e 6.º, em especial na sua alínea j), da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto.

Nestas hipóteses, sempre que se torne necessário dar execução a um acto administrativo que vise a reposição da legalidade — por aquele carecer de uma intervenção material subsequente que o concretize e a mesma não ter sido voluntariamente desencadeada pelo responsável — a lei permite, expressamente, o uso da coacção no plano da execução coerciva ou forçosa de actos administrativos que a Administração edita, sem necessidade de recurso prévio a órgãos jurisdicionais[3]; aliás, deve entender-se, em face desta possibilidade, que a Administração apenas pode propor acções administrativas comuns contra particulares e desencadear a execução judicial da sentença respectiva quando não disponha de poderes de autoridade, caso em que deverá exercitá-los.

Inclusivamente, confere a legislação urbanística expedientes técnicos e financeiros para dotar a entidade exequente de mecanismos suficientemente operativos para concretizar as medidas de tutela da legalidade que edita: pense-se na possibilidade de a execução ser feita por administração directa ou em regime de empreitada por ajuste directo, com consulta prévia a três entidades (artigo 107.º, n.º 9)[4], ou no estabelecimento, para assegurar o crédito do município em face do infractor, de um privilégio creditório imobiliário sobre o lote ou terrenos onde se situa a edificação (artigo 108.º, n.º 3).

Mais, o recente Código de Processo nos Tribunais Administrativos[5], para além de admitir a condenação da Administração à prática de acto administrativo legalmente devido (artigo 66.º e seguintes), prescreve, no seu artigo 157.º, n.º 3, que as regras do processo administrativo se aplicam à execução de actos administrativos inimpugnáveis a que a Administração não dê a devida execução e dos quais decorrem direitos dos particulares.

[3] Rogério SOARES, *Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1978, p. 203 e seguintes, entende deverem os actos administrativos gozar da característica da executoriedade apenas nos casos inequivocamente previstos na lei ou em situações de urgência devidamente fundamentada. Já Afonso Rodrigues QUEIRÓ, "Coacção Administrativa", *Estudos de Direito Público*, Vo. II, Tomo I, Coimbra, 2000, p. 71, ainda antes da aprovação do Código do Procedimento Administrativo, entendia que, mesmo na falta de lei especial a determinar o recurso à coacção directa, ela era possível por aplicação de princípios comuns ao direito administrativo e ao direito privado. O Código do Procedimento Administrativo estabelece igualmente esta possibilidade geral de imposição coerciva pela Administração das obrigações ou limitações que derivam de acto administrativo sem recurso prévio aos tribunais, desde que cumpridas determinadas exigências legais, como resulta do disposto no artigo 149.º. Neste sentido, cfr. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo — Comentado*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2005, p. 709-710.

[4] Neste, a adjudicação ao empreiteiro não segue, pelo menos em termos de escolha do procedimento, o regime previsto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março que estabelece o regime jurídico de empreitadas de obras públicas, mas um regime particular, o que se justifica pois estamos em regra perante obras cuja responsabilidade é apenas subsidiariamente assumida pela Administração, pelo que seria excessivo sujeitá-la a toda a tramitação prevista naquele Decreto-Lei.

[5] Aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e alterado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro.

Admite-se, assim, que terceiros, que não são os destinatários do acto, possam desencadear o procedimento de execução judicial de actos desfavoráveis, por a Administração se ter vinculado a "produzir no plano dos factos um resultado *no seu interesse*"[6].

Esta incumbência de ordenar o território surge, assim, no que a edificações de raiz ilegal diz respeito, a partir do momento em que se detecta tal ilegalidade, pelo que com este se formam especiais deveres de actuação por parte da Administração. Porém, em face da dificuldade na actuação sobre situações ilegais pelo circuito vicioso que por elas é gerado — por um lado, a consolidação de expectativas de facto na manutenção da situação de ilegalidade, em especial pelo decurso do tempo[7], por outro, a ausência de reacção administrativa em tempo devido[8] —, casos há em que o próprio legislador definiu *tempus* para que essa actuação tenha lugar. Tal sucede com os regimes excepcionais de legalização (parte 5 do presente artigo), em cujas situações de base o conflito entre os interesses públicos e privados no correcto ordenamento do território é mais evidente. Nas demais situações, discute-se ainda hoje se o poder de escolha entre a legalização e a demolição é discricionário desde lodo quanto ao *tempo* da decisão[9].

Esta apresentação relativamente ao nosso objecto de estudo permitir-nos-á definir, em termos dogmáticos, com maior clareza, a natureza, procedimento e efeitos das medidas de tutela da legalidade urbanística que são, em geral: o embargo; a autorização ou licenciamento das operações urbanísticas; a realização de trabalhos de correcção ou alteração; a demolição; a reposição do terreno na situação anterior e a cessação de utilização.

[6] Neste sentido, Mário Aroso de ALMEIDA e Carlos Alberto Fernandes CADILHA, *Comentário ao Código de Procedimento nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 784. José Carlos Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 415-416, enquadra claramente nestas hipóteses a situação de um vizinho de uma obra cuja demolição foi ordenada e não é legalizável, mas duvida da extensão da legitimidade para iniciar estes procedimentos executivos à acção popular. Note-se que, essencial a este propósito, é determinar a deverosidade da actuação da Administração, caso contrário estas possibilidades de condenação ou de substituição da actuação da Administração serão em concreto vedadas pelo princípio da separação dos poderes (artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

[7] A consolidação destas expectativas, do ponto de vista do particular, pode decorrer do facto de o prédio em causa se encontrar descrito na Conservatória do Registo Predial e/ou inscrito na matriz, o que implica que, para efeitos registrais e financeiros e fiscais, se trata de um prédio existente, e ao qual se aliam efeitos legais nada despiciendos. A este propósito, o Supremo Tribunal Administrativo, no seu Acórdão de 18 de Março de 2003, entendeu que o facto de a edificação ilegal ter sido transaccionada em cartório notarial, não implica a legalização da mesma. No caso, o facto de o notário ter dispensado erradamente a exigência de exibição da licença no acto da celebração da escritura não sanou o seu cariz clandestino da obra objecto de transacção, ainda que não se tenha vedado a hipótese de esta sua actuação gerar responsabilidades.
Apesar de ser desejável a articulação entre a política de solos e a definição da sua situação registal, a política fiscal e financeira e o direito do urbanismo, os pressupostos de cada uma destas disciplinas são diferentes, pelo que a ilegalidade urbanística não é passível de suprida por qualquer uma daquelas vias. O que não significa, porém, a total irrelevância de tais estados, na medida em que podem servir de elemento indiciário para fundar a boa fé ou a existência de legítimas expectativas do proprietário do bem.

[8] Em múltiplas hipóteses, a ausência de reacção deve-se ao facto de a situação de ilegalidade se dever a uma actuação da Administração, pelo que, levando esta a cabo o dever de reposição da legalidade urbanística, tal implicará a assunção dos correspondentes encargos indemnizatórios. Noutros casos, aquela omissão é devida à especial fragilidade sócio-económica ou à ausência de alternativa de quem depende da edificação ilegal.

[9] Em sentido negativo, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987 e, em sentido positivo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Maio de 1998 e de 11 de Maio de 1999. Note-se, porém, que a demora da Administração em adoptar medidas de tutela da legalidade pode dar origem a responsabilidade administrativa. Neste sentido já Nemésio Rodríguez MORO, "La Facultad de suspension y demolicion de obras realizadas sin licencia o contraviniendo las condiciones de la licencia otorgada", *Revista de Estúdios de la Vida Local*, 1974, p. 523-531.

2. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Figuras Relacionadas

2.1. Medidas de Tutela da Legalidade e Polícia Administrativa

Por *polícia* entende-se o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício de actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objectivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir[10].

Do artigo 272.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa resulta que a polícia e, dentro desta, a polícia administrativa, tem como funções "defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos", o que implica que esta função, muito embora envolva o exercício de poderes discricionários (que conferem um elevado grau de liberdade de conformação à Administração), seja balizada em termos jurídicos, através da concessão da competência por lei e da realização de fins legalmente fixados, não podendo a Administração de polícia intervir senão quando esteja perante verdadeiras *tarefas de polícia*.

Outro sintoma desta vinculação jurídica resulta do n.º 2 do artigo 272.º da Constituição, ao inscrever que "as medidas de polícia são as previstas na lei", sendo que qualquer actuação de polícia, independentemente da natureza das medidas a adoptar (regulamentos, actos administrativos, medidas de coerção ou operações de vigilância), deve ser assegurada por medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo *suficientemente* definido por lei (princípio da tipicidade legal).

Nessa medida, a função policial está intimamente ligada ao respeito do cumprimento das leis em geral no que se refere à vivência comunitária, pois só aquilo que constitua perigo susceptível de se projectar na vida pública (*i.e.* que ultrapasse a mera esfera privada dos indivíduos) lhe diz respeito[11].

A finalidade própria da função policial será, portanto, a da prevenção da ocorrência ou ampliação dos danos sociais ou a minimização dos riscos da sua ocorrência (e não apenas a mera prevenção de atentados à ordem pública estabelecida).

Ora tratando-se da salvaguarda de finalidades de cariz administrativo, a função de polícia da Administração projecta-se igualmente na esfera urbanística, pelo que as medidas de tutela da legalidade integram tal âmbito *policial*. Todavia, não o esgotam, uma vez que, tendo propósitos essencialmente preventivos, a função de polícia não compreende apenas medidas reactivas contra a verificação de ilícitos *in casu* urbanísticos, mas engloba, inclusive preferencialmente, mecanismos permissivos (como sucede com a emanação de autorizações e licenças para a realização de operações urbanísticas), e impositivos (como acontece com a necessidade de realização de obras de conservação nos imóveis de oito em oito anos, prevista no artigo 89.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Note-se, ainda, que o recurso a medidas *policiais* reactivas não é apenas legítimo em situações de ilegalidade, mas, inclusivamente, em hipóteses em que uma determinada conduta, mesmo que conforme à lei, possa, com suficiente probabilidade e segundo critérios objectivos, produzir um resultado lesivo para bens jurídicos cuja tutela incumbe à Administração. Hipóteses deste tipo serão, designadamente, as formas de actuação previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 89.º daquele regime jurídico[12].

2.2. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Actividade de Fiscalização

A fiscalização é uma das dimensões da Administração pública de controlo, sobretudo da actividade desenvolvida por particulares, visando apurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares ou com o eventual acto administrativo que a preceda, bem como prevenir os perigos que da sua realização possam resultar para a saúde e segurança das pessoas. Corresponde, assim, ao desenrolar de uma tarefa de controlo a *posteriori*, que visa a recolha de elementos de informação que permitam concluir por um juízo de legalidade da actuação visada, ou, concluindo-se em sentido inverso, é também ela que justifica o desencadear de procedimentos de legalização do ilícito verificado ou de sancionamento contra-ordenacional ou, mesmo, disciplinar.

As operações de fiscalização são, em regra, efectuadas por intermédio de acções inspectivas que podem incidir sobre pessoas, coisas (móveis e imóveis) ou locais, dependendo da finalidade da actividade de controlo em causa, mas sempre com respeito dos direitos constitucionalmente garantidos dos particulares[13].

Para além das inspecções, as operações de fiscalização podem consistir na realização de exames (que incidem sobre pessoas e coisas móveis) e vistorias (que incidem sobre bens imóveis), correspondendo estas a diligências instrutórias que devem ser desencadeadas sempre que seja necessária a intervenção de perito com conhecimentos especializados necessários às averiguações que constituam o respectivo objecto. No âmbito urbanístico estas vistorias são particularmente relevantes, na medida em que, como dispõe o artigo 96.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, "as suas conclusões são obrigatoriamente seguidas na decisão a que respeita(m)".

[10] Neste sentido, Marcello CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, Reimpressão da Edição Brasileira de 1977, p. 267 e seguintes.

[11] Deste modo, veda-se, por exemplo, a possibilidade de recurso à via do despejo administrativo para a salvaguarda de interesses meramente privados, designadamente por não pagamento da renda. Neste sentido, cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA, "Novos rumos para a acção de despejo", *in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 20, 2003, p. 197-238. No entanto, quando esteja em causa um despejo administrativo fundado na necessidade de prossecução de um interesse público, de repressão da violação da legalidade urbanística e não, em primeira linha, na resolução de um conflito de pretensões entre particulares (excepto se as pretensões destes estiverem acoberto de normas administrativas) será o recurso ao mesmo legítimo (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Outubro de 1998).

[12] Sobre a consideração das medidas de tutela da legalidade com efeitos essencialmente repristinatórios e não preventivos, como sucede com a demolição enquanto medida de polícia, cfr. André Folque de OLIVEIRA, "A ordem municipal de demolição de obras ilegais", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.os 5/6, 1996, p. 45-46.

[13] Designadamente, a realização de uma inspecção ao domicílio de qualquer pessoa, considerado este como o local da sua habitação, sem o seu consentimento, exige que seja obtido um prévio mandado judicial (cfr. o disposto no artigo 34.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e o artigo 95.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Contudo, como defendeu já o Provedor de Justiça, em casos devidamente ponderados, onde se verifique iminente agressão da saúde pública e sem que de outro modo seja possível evitar a consumação ou impedir a sua continuação, poderá ser lícito aos agentes administrativos, desde que evitando todo e qualquer excesso, fazer executar coactivamente ordens legítimas, entrando no domicílio dos particulares sem essa autorização judicial (Recomendação n.º 91/A/95).

Precisamente por se tratar do exercício de uma função essencialmente técnica, mas de importância considerável, a actividade de fiscalização, a que corresponde a Secção V do Capítulo III daquele diploma, integra, para além de disposições gerais, uma Subsecção, a segunda, sobre sanções e uma outra, a terceira, sobre medidas da tutela da legalidade urbanística. Esta divisão sistemática denota a natureza instrumental desta actividade aliada ao seu carácter determinante na abertura dos procedimentos que no caso caibam, sempre que forem detectadas situações irregulares no decurso de uma acção de fiscalização.

Além disso, aliando-se às disposições sobre fiscalização administrativa, tal permite que concluamos que as medidas de tutela da legalidade urbanística também se referem a todas as operações urbanísticas, mesmo aquelas que não estão sujeitas a prévio licenciamento ou autorização (artigo 93.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Assim, tal como as actividades de fiscalização podem incidir sobre quaisquer operações urbanísticas, independentemente do seu promotor, as medidas de tutela da legalidade serão aplicadas em relação a operações urbanísticas promovidas pelas entidades públicas, havendo também aqui uma coincidência de princípio entre a entidade com competência fiscalizatória e a entidade competente para decretar tais medidas; o Presidente da Câmara (artigos 94.º, n.º 1 e 102.º, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação)[14]. Isto ainda que o n.º 2 do artigo 94.º estabeleça — numa óptica que visa promover o paralelismo de competências fiscalizadoras da Câmara Municipal com as suas competências licenciadoras, mas que faz adivinhar uma profusão de conflitos entre órgãos municipais —, a possibilidade daquele órgão colegial suspender ou revogar os actos praticados pelo presidente da câmara que, com recurso a medidas de tutela de legalidade, suspendam ou ponham termo à eficácia dos actos por ela praticados[15].

Porém, nem sempre se verifica uma completa coincidência entre fiscalização e recurso a medidas de tutela da legalidade, uma vez que, por um lado, estas não poderão ser chamadas a intervir senão quando os seus pressupostos próprios, que versaremos, estiverem preenchidos, e, por outro lado, nem sempre o recurso às mesmas se encontra dependente do exercício prévio de actividades de fiscalização. Pense-se, por exemplo, em obras iniciadas ou concluídas sem licença, em que a imposição de medidas de tutela da legalidade se funda em dados, ou na ausência deles, que se encontram na integral disponibilidade do município.

2.3. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Sanções Administrativas

Apesar de apenas nos referirmos às medidas de protecção da legalidade de que se lança mão após a ocorrência de um ilícito urbanístico, as mesmas não se confundem com a faculdade sancionatória da Administração, uma vez que a finalidade daquelas medidas é a reintegração da ordem administrativa violada, e não a repressão de uma infracção administrativa típica, mediante a imposição de sanções administrativas[16]. Tal como as restantes medidas de polícia, aquelas têm uma finalidade essencialmente preventiva e, mesmo quando assumem uma faceta repressiva, não lhes é inerente o intuito sancionatório[17].

Assim sendo, não é necessário que se desencadeie um procedimento sancionatório para se proceder à aplicação destas medidas de tutela da legalidade, já que estas têm, como veremos, um procedimento e pressupostos próprios. Pode, todavia, haver lugar a uma tramitação paralela e a uma aplicação cumulativa destes dois tipos de medidas, operando conjuntamente os seus efeitos jurídicos, ainda que sejam, entre si, distintas (com pressupostos de aplicação, finalidades, efeitos e vias de reacção diversos), quando a conduta, além de ilegal, tenha sido objecto de uma tipificação como sanção administrativa. No entanto, a apreciação e valoração das condutas respectivas, porque orientadas para a salvaguarda de valores distintos, implica que, naturalmente, não se forme caso julgado da decisão que transitar em primeiro lugar relativamente à outra (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Fevereiro de 2004).

Esta distinção não é meramente teórica, isto é atinente às finalidades destes institutos, antes releva quando se pretende discernir quais os condicionamentos materiais e procedimentais de recurso a estas medidas e que resultam acrescidos ou mais exigentes em matéria de aplicação de sanções administrativas.

[14] Porém, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 5-A/2002, de 11 de Janeiro, a competência fiscalizatória compete à Câmara Municipal [artigo 64.º, n.º 5, alínea b)], enquanto a competência para decretar medidas de tutela da legalidade compete ao Presidente da Câmara [artigo 68.º, n.º 2, alínea m)].

[15] No que se refere à competência fiscalizatória e para decretar medidas de tutela da legalidade por parte de órgãos outros que não os municipais, tal resulta, essencialmente, do disposto em legislação especial. Em particular, as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional, nos termos da alínea ff) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 104/2003, de 23 de Maio, alterado pelo Decreto-Lei n.º 117/2004, de 18 de Maio, assumem responsabilidades quanto à fiscalização do domínio hídrico, dos resíduos, das substâncias perigosas, da qualidade do ar, do ruído e da conservação da natureza, áreas intimamente ligadas com o ordenamento do território e urbanismo. No âmbito paralelo do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 53/2000, de 7 de Abril e n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, e pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, a norma competencial neste âmbito encontra-se estabelecida no artigo 105.º. No entanto, mostram-se algumas reservas quanto a estas duplicações de competências, pois podem conduzir a conflitos de competências ou, no limite, à desresponsabilização das entidades, daí que as regras especiais de competência devam valer apenas no âmbito material dos respectivos regimes (Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, Rede Natura, por exemplo). No âmbito dos regimes jurídicos previamente aplicáveis à promoção de obras públicas e de obras particulares propendia-se para uma interpretação restritiva da possibilidade de imposição de medidas de tutela da legalidade por parte de órgãos da Administração central, sempre que estivessem em causa obras licenciadas ou obras em execução de plano municipal, por homenagem aos princípios da autonomia local e da descentralização. Neste sentido, cfr. António Duarte de ALMEIDA e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo —Anotada e Comentada*, Lisboa, Lex, 1994, p. 725 e 939.

[16] As sanções administrativas revestem primacialmente um carácter retributivo de condutas anti-jurídicas, isto é, que violam os deveres fixados para a defesa de valores tipicamente administrativos, visando, muito embora também, a reintegração do interesse público violado. A acentuação desta sua última dimensão leva a que se coloque de novo na ordem do dia a possibilidade de recurso a sanções administrativas gerais, autonomizando de novo esta figura dos dois domínios "típicos" de incidência do ilícito administrativo: o ilícito disciplinar (ligado à violação de deveres de cariz funcional) e ilícito de mera ordenação social (que corresponde a um fenómeno de descriminalização ou de retracção do direito penal e que se analisa na prática de uma contraordenação punida com uma coima). Tal poderá contribuir, sobretudo pela admissibilidade de sanções não pecuniárias principais com intuito marcadamente reparatório ou mesmo persuasivo, para uma mais ampla comunhão de interesses e de resultados entre as medidas sancionatórias e as medidas de tutela da legalidade no plano urbanístico. Sobre esta problemática, cfr. Rosendo Dias JOSÉ, "Sanções Administrativas", *Revista de Direito Público*, n.º 9, Janeiro/Julho, 1991, p. 46, e Marcelo Madureira PRATES, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Almedina, 2005, em especial p. 145 a 165.

[17] Neste sentido, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, p. 956.

RevCEDOUA
› Doutrina

Em qualquer caso, salvo quando o recurso a medidas de tutela da legalidade revista carácter urgente, a garantia do direito de audição é assegurada em ambos os domínios, tal como o será o recurso das decisões que apliquem tais sanções ou adoptem aquelas medidas para um órgão imparcial (ainda que o recurso da aplicação de sanções administrativas continue a ser cometido aos tribunais judiciais, enquanto a impugnação das medidas de tutela da legalidade caiba à ordem dos tribunais administrativos).

A título de exemplo, no que se refere à diferenciação em causa, note-se a necessidade de tipicização das sanções administrativas (como resulta do disposto no artigo 98.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) em comparação com a indeterminação das cláusulas referidas às medidas de tutela da legalidade (artigo 102.º, n.º 1 do mesmo diploma), bem como a aferição do momento relevante para a definição de quais as medidas a aplicar que, no caso das sanções administrativas se referirá ao momento em que ocorreu o facto ilícito e, no caso das medidas de tutela da legalidade será o momento em que se adopta o acto administrativo em questão (mesmo que o ilícito já exista previamente)[18].

Igualmente, a regra da intransmissibilidade das sanções administrativas não se aplica quando se trata do recurso a medidas de tutela da legalidade urbanística, uma vez que, estando estas ligadas à defesa da legalidade objectiva e ao respeito de normas de cariz real, a posição do titular do prédio não é um elemento que, em princípio, assuma relevância, mesmo que aquele prove a aquisição de boa fé do bem em data posterior ao início da situação de ilegalidade[19].

Esta distinção permite, desde logo, fundar a ilegalidade e inconstitucionalidade de regulamentos municipais de taxas que oneram excessivamente as operações de legalização, por referência às de licenciamento ou autorização *a priori*. De facto, os montantes das taxas devem ser referidos, em termos de respeito pelo princípio da proporcionalidade, aos factos que motivaram o seu pagamento: a remoção de um obstáculo à actividade de construção, visível pelas condições e o tipo de construção permitida, de tal modo que, mantendo-se estas inalteradas, o montante das taxas também não deverá variar sobremaneira. Ora, mesmo admitindo que este possa não referir-se a um juízo de estrita equivalência económica, o montante das taxas não pode variar tendo por objectivo a consecução de outras finalidades não financeiras, mas iminentemente sancionatórias, o que se fará por intermédio da instauração de um procedimento contra-ordenacional (e da sua efectiva conclusão), culminando com a aplicação de coimas e, eventualmente, de sanções acessórias. Deste modo, o uso de taxas urbanísticas para conseguir este escopo não pode senão ser considerado um meio ilegítimo de obtenção de receitas e de sancionamento de condutas ilícitas[20].

[18] Esta nota não é senão decorrência do princípio geral de que os actos administrativos se regem pela lei vigente à data da sua prática, exigência do princípio da legalidade da administração (cfr. artigo 67.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, cfr. José Manuel ARREDONDO GUTIÉRREZ, "*Demolición de Edificaciones Ilegales y Protección de la Legalidad Urbanística*", Editorial Comares, Granada, 2000, livro recenseado pela ora autora na *Revista do CEDOUA* n.º 2/2001, p. 117 a 122.

[19] Sobre o carácter ambulatório das obrigações de facere para assegurar a correspondência entre a obra executada e o projecto aprovado, por oposição ao princípio da pessoalidade ou da intransmissibilidade das sanções, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Junho de 1997.

Na sequência do exposto, não pode, de modo algum, a reposição da legalidade urbanística servir como fundamento para a não imposição de qualquer sanção administrativa, uma vez que tal não "apaga o desvalor do acto inicialmente praticado em violação de comando legal", muito embora possa ser um elemento a tomar em consideração na graduação da mesma.

De igual modo, o decurso do prazo prescricional, previsto para a imposição de sanções administrativas, não pode servir para eximir a Administração das suas responsabilidades em matéria de imposição de medidas de tutela da legalidade urbanística[21].

3. Objecto das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

3.1. Hipóteses incluídas

Adoptando a formulação do artigo 102.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação — que, apesar de tudo, restringe expressamente o seu âmbito de aplicação a situações em que o embargo pode ser mobilizado e, portanto, a obras que ainda se encontram em execução —, pode retirar-se que o recurso a medidas de tutela da legalidade se coloca perante obras de urbanização, edificação, demolição, ou quaisquer trabalhos de remodelação de terrenos, executados ou em execução, bem como demais operações urbanísticas (v.g. utilização de edifícios) que se encontrem em alguma das seguintes situações:

a) Desprovidos da necessária licença ou autorização

Neste caso, podem incluir-se, para além das situações óbvias em que inexista acto autorizativo, as hipóteses em que a licença ou autorização tenha existido, mas caducou ou foi revogada, bem como as situações em que tal acto não é eficaz (pois sujeito a uma condição suspensiva que ainda não se verificou), como sucede com as hipóteses em que não é efectuado o pagamento das taxas de que depende a emissão do alvará de licenciamento ou autorização[22].

b) Em desconformidade com o respectivo projecto ou com as condições de licenciamento ou autorização

Nesta hipótese, inclui-se a realização de operações urbanísticas em execução ou concluídas contra o acto autorizativo que as precedeu, salvo o disposto no artigo 83.º, nos seus n.ºs 1 e 2, segundo o qual é possível que, durante a execução das obras, sejam feitas alterações ao projecto aprovado, o que se justifica em face da necessidade tantas vezes sentida de, no momento da sua execução, lhe introduzir ajustamentos ou alterações mais profundas.

[20] Estes juízos encontram-se bem fundamentados na Recomendação do Provedor de Justiça n.º 12/A/03 que acrescenta o carácter pernicioso destas normas na medida em que podem gerar por parte do município uma excessiva complacência relativamente à legalização de obras, na medida em que elas constituiriam uma fonte de recursos considerável dos municípios.

[21] Neste sentido, cfr. as Recomendações do Provedor de Justiça n.º 77/A/96 e n.º 63/A/97. Como forma de clarificar esta distinção entre medidas de tutela da legalidade e sanções administrativas, foi igualmente emitida uma Informação pela Provedoria de Justiça (n.º 5/MF/2004), enviada à Associação Nacional de Municípios Portugueses, sobre a não confusão entre a sanção acessória de encerramento de estabelecimento e restauração e a possibilidade de decretar a cessação da utilização do mesmo.

[22] Neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Maio de 1997. Sobre a distinção destas relativamente às situações em que não seja cumprido um modo, caso em que o acto é eficaz, salvo se for revogado cfr. André Folque de OLIVEIRA, "A ordem municipal de demolição de obras ilegais", *cit.*, p. 30-31.

Note-se, porém, que, nestas hipóteses, sempre que as obras excedam o projecto aprovado e não sendo este passível de ser alterado, será apenas de as "reduzir", se possível, até ao disposto no acto autorizativo, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

c) Em violação das normas legais e regulamentares aplicáveis

Nesta última hipótese, podem incluir-se quer situações em que a autorização ou licença ou aprovação da operação urbanística inexista, tenha sido dispensada ou não seja exigida, bem como as situações em que o acto administrativo tenha sido anulado ou seja considerado nulo, com fundamento em tal violação[23].

De facto, a violação de normas legais e regulamentares é particularmente relevante nas hipóteses em que tenha havido licenciamento, autorização ou aprovação da operação urbanística em causa, uma vez que tal gerará, dependendo do vício de que enferma tal acto e da sanção para ele prevista, a nulidade, como sucede com a violação de planos municipais ou planos especiais de ordenamento do território, ou a sanção-regra da anulabilidade, como sucede no caso da violação de normas de direito administrativo da construção plasmadas no Regime Geral das Edificações Urbanas.

Note-se, porém, que não é qualquer infracção de normas legais e regulamentares que deve dar origem ao recurso a medidas de tutela da legalidade, uma vez que é necessário que as mesmas se reflictam no desrespeito de parâmetros *substanciais* da decisão: por exemplo, não será legítimo recorrer a tais medidas se, existindo licenciamento, apenas faltar a publicitação do alvará ou se, sendo emanado um acto em desrespeito de um parecer em princípio vinculativo, o mesmo não for recebido no prazo legal para o efeito, perdendo, assim, a característica da vinculatividade, nos termos do artigo 19.º, n.º 11 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

Nestas hipóteses ainda, a imputação de responsabilidades decorrentes da adopção de medidas de tutela da legalidade — incluindo o valor da perda total ou parcial do bem no caso do embargo, da sua diminuição no caso da realização de algumas obras de correcção ou alteração, ou da sua não utilização no caso de cessação desta e as despesas advenientes do recurso coercivo a tais medidas ou de danos provocados a terceiros pela sua execução — não é tão clara como pareceria à partida.

[23] Havendo acto administrativo autorizativo, só após a sua anulação ou declaração de nulidade poderão ser decretadas medidas de tutela da legalidade urbanística, como defende André Folque de OLIVEIRA, "A ordem municipal de demolição de obras ilegais", *cit*, p. 48-52. Posição contrária, de que, por exemplo, a ordem de demolição implica a revogação implícita do acto de licenciamento, bule com a precedência do procedimento de legalização para que aquela possa ser decretada (e que depende, por seu turno, da afirmação da ilegalidade da licença em causa), bem como com as disposições sobre repartição de competências na edição de tais actos.

[24] Cfr., neste sentido o disposto no artigo 95.º do Código das Expropriações, aprovado pela Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro e alterado pelas Leis n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro. A lei não esclarece, porém, no artigo 108.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, quem é que se considera *infractor* para efeitos de pagamento das despesas com a execução coerciva das medidas de tutela da legalidade. Se nos pronunciámos já pela inadmissibilidade de arguição do facto de a situação ilegal ter surgido anteriormente à titularidade do bem pelo seu actual proprietário, não tendo a Administração de o indemnizar pela perda do

De facto, na hipótese de realização de operações urbanísticas ilegais, a responsabilidade-regra corre por conta do infractor[24], sendo ele que deve suportar os prejuízos e encargos decorrentes da sua actividade ilícita. Neste sentido vai claramente o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2 de Abril de 1998, que considera que os prejuízos materiais e o sofrimento com a demolição não são causados (em termos de causalidade adequada) pela demolição, mas pela conduta negligente do proprietário que não, no caso, apresentou o projecto de legalização.

Naturalmente que, se a infracção não for imputada ao particular, mas total ou parcialmente à Administração municipal — ou central, por exemplo quando se trate de pareceres vinculantes eles próprios inquinados de um vício invalidante —, deve ser ela a responsável pelo pagamento das despesas decorrentes da mobilização de medidas de tutela da legalidade, bem como de uma indemnização ao particular pelos danos causados. De facto, quando a vulneração da legalidade urbanística tem a sua raiz no próprio título legitimador, seja ele uma licença ou autorização, a violação pode ser imputada à Administração o que, muito embora não confira direitos à manutenção da situação criada em conformidade com os títulos em questão, pode fundar pretensões de responsabilidade relativamente à mesma (tendo, no entanto, de se averiguar igualmente qual o grau de conformação, culposa ou não, do interessado, para se aferir da medida ou de uma possível diminuição da responsabilidade da Administração)[25].

Trata-se, em qualquer dos casos enunciados, de actividades levadas a cabo ilegalmente pelo particular ou pela Administração, pois resultam da violação de deveres urbanísticos que impendem sobre os mesmos, o que nos permite distinguir estas hipóteses daquelas outras em que a Administração toma opções que implicam a revogação de actos anteriormente praticados por motivos relacionados com a sua inconveniência em face, designadamente, do novo enquadramento urbanístico daquela zona. Esta hipótese, normalmente decorrente da aprovação ulterior ou modificação de planos municipais e especiais de ordenamento do território implica que estes assumam claramente tais efeitos retroactivos e identifiquem as situações legalmente constituídas que afectam, para que, sendo emitido o acto revogatório, o recurso a medidas de tutela de legalidade, diríamos superveniente, seja possível, acompanhado sempre de medidas indemnizatórias fundadas na responsabilidade por actos lícitos da Administração.

bem, decorrente do recurso a medidas de tutela da legalidade, o mesmo já não sucede de forma tão óbvia para as despesas realizadas com a execução coerciva. No primeiro caso, estaremos num âmbito puramente privado de apuramento das responsabilidades entre transmitente e adquirente do bem; no segundo, porém, parece que o legislador imputou à Administração o encargo de reagir sobre o infractor e não sobre adquirentes de boa-fé (ao invés de imputar a estes tais encargos, admitindo que estes exercessem direito de regresso sobre o infractor). Esta solução, porém, não nos parece totalmente congruente com a natureza das medidas de tutela da legalidade, desde logo porque pode "encravar" os processos de execução coerciva, pela delonga e dificuldade em determinar quem foi o responsável por tal situação de ilegalidade (sendo que a ilegalidade pode ter sido agravada ao longo dos anos), e porque o n.º 3 do mesmo artigo estabelece um privilégio creditório imobiliário sobre os terrenos ou lotes onde se situa a edificação, pelo que, executando-se este, os seus efeitos far-se-ão sentir na esfera jurídica do actual titular do mesmo.

[25] Esta questão encontrava-se expressamente equacionada no âmbito do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, que se referia às ordens de embargo e demolição, devendo hodiernamente recorrer-se aos termos em que se regula, em geral, a responsabilidade civil por actos de gestão pública ilícitos.

3.2. Hipóteses marginais

As medidas de tutela da legalidade têm sido erroneamente confundidas com figuras que lhes são próximas e que parecem assemelhar-se a mecanismos de legalização, de entre as quais ressalta o disposto no artigo 60.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, que consagra, entre nós, o princípio da garantia do existente passiva e activa[26].

A dimensão passiva deste instituto corresponde à regra geral, prevista no artigo 67.º daquele Regime Jurídico, segundo a qual a validade das licenças ou autorizações depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis em vigor à data da sua prática. Deste modo, o que se pretende clarificar, com o disposto no n.º 1 do artigo 60.º, é que as edificações construídas ao abrigo do direito anterior e as utilizações respectivas não são em regra perturbadas por normas legais e regulamentares supervenientes, a não ser que estas expressamente o determinem. A este propósito, as edificações erigidas *ao abrigo* do direito anterior referidas neste artigo são apenas aquelas que, no momento da respectiva construção, cumpriram todos os requisitos materiais e formais exigíveis[27].

A *contrariu*, se uma edificação que apesar de até poder cumprir, à data da respectiva construção, todas as normas *materiais* em vigor, designadamente as dos instrumentos de planeamento, mas em relação à qual o interessado não obteve a licença ou autorização então exigível, não pode considerar-se "erigida ao abrigo do direito anterior" para efeitos de aplicação do regime instituído neste normativo, devendo respeitar todo o quadro normativo vigente à altura da pretensão de legalização, nos termos que analisaremos.

Este mesmo artigo 60.º, agora na sua vertente activa, presente no n.º 2, permite, no entanto, a realização de algumas obras — de reconstrução, alteração e, sustentamos, igualmente de ampliação — nas edificações "erigidas ao abrigo do direito anterior" que não cumpram na íntegra as regras em vigor no momento da decisão sobre a realização de tais obras. No entanto, esta possibilidade é limitada às hipóteses em que as mesmas não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança ou salubridade da edificação.

[26] Para maiores desenvolvimentos sobre este instituto, que integra o princípio da garantia constitucional do direito de propriedade privada, vide Fernando Alves CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2.ªed, 2004, p. 495-497.

[27] Significa isto, por exemplo, que às edificações que foram construídas anteriormente ao Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, não é exigível qualquer tipo de licenciamento, nem de obras, nem de utilização, dado que não existia na época nenhum diploma legal que exigisse o licenciamento de obras (mesmo após a entrada em vigor do Regulamento Geral de Edificações Urbanas, essa exigência valia apenas nos termos do seu artigo 1 º, com a redacção dada pelo decreto-lei n.º 44. 258, de 31 de Março de 1962). Muito menos era exigível uma exigência de loteamento dos prédios em que tais edificações se inscrevem, já que foi com o Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro de 1965, que se veio a estabelecer, inequivocamente, a sujeição a licenciamento municipal das operações de loteamento urbano e das obras de urbanização. A questão prática que se coloca a este propósito prende-se, sobretudo, com a prova destes factos. Generalizou-se o recurso a certidões passadas pelas Juntas de Freguesia em conforme a construção é anterior a 1951. Apesar do valor certificativo deste acto, pensamos que o órgão competente para decretar medidas de tutela da legalidade pode recorrer a meios próprios, designadamente de fiscalização, para comprovar tal dado, podendo impugnar, se assim o entender, aquele acto certificativo.

4. Tipos e Procedimento de Adopção das Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

4.1. O Embargo Administrativo

O embargo é uma medida de tutela de legalidade cuja finalidade não é a de sancionar o comportamento, designadamente de privados, que tenham violado as normas urbanísticas em vigor, mas a de contribuir para a restituição da situação de facto à legalidade.

Assume-se, neste âmbito, como medida meramente *cautelar* e, por isso, *provisória*, já que não visa fornecer a solução definitiva para a situação de irregularidade detectada, mas apenas paralisar, no todo ou em parte, uma operação urbanística que esteja em curso[28].

Não está em causa a prática de um acto em situação de incerteza, que permita posteriormente a reapreciação dos pressupostos do acto final, mas que em certa medida os antecipa (caso em que estaríamos perante um acto provisório), mas apenas o assegurar da eficácia e operatividade do conteúdo da decisão final, enquadrando-se, assim o embargo, ainda que com especificidades, no âmbito da figura prevista genericamente no artigo 84.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo[29].

De facto, o embargo não condiciona a decisão final do procedimento de legalização, podendo inclusivamente este procedimento ser desencadeado sem que o embargo haja sido decretado.

No entanto, note-se que, quanto ao embargo, a existência de um receito fundado de violação grave do interesse público que decorre da manutenção ou agravamento da situação de facto, receio que fundamenta a necessidade de garantir a operatividade do acto final, apenas existe no que se refere à incerta "possibilidade" de legalização daquela operação e não no que à verificação actual e real de uma situação de ilegalidade diz respeito. De facto, o artigo 102.º deixa claro que a adopção do embargo apenas é possível quando esteja em causa uma operação urbanística efectivamente ilegal, sendo eventual, agora sim, a sua legalização ou o recurso a outras medidas de tutela da legalidade.

O embargo consiste, nos termos do artigo 103.º, numa ordem de paralisação imediata de trabalhos, motivo pelo qual não pode ser aplicada a obras que já se encontram concluídas, embora ilegalmente, uma vez que o seu propósito é evitar o agravamento da irregularidade ou a tornar a sua reposição na legalidade mais difícil ou gravosa, mesmo do ponto de vista do particular, nas hipóteses em que seja ele o responsável por tal situação e deva suportar a totalidade dos encargos dela decorrentes. De igual modo, se a obra se fundar numa licença ou autorização, o embargo determina a suspensão da eficácia das mesmas, de modo a evitar uma contradição entre actos administrativos se a produção dos efeitos por parte destas não fossem afectados (artigo 103.º, n.º 2). Nestes casos, o

[28] A possibilidade de embargo parcial de uma obra encontra-se expressamente prevista no artigo 102.º, n.º 5, estando em consonância com o princípio da proporcionalidade, na sua máxima da necessidade em termos espaciais, princípio este que rege todas as actuações da Administração, em especial se de cariz restritivo.

[29] Cfr, sobre estas figuras, Filipa Urbano CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo — Sua Natureza e Admissibilidade. As Garantias do Particular*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 63-64, e Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 401.

embargo pode ser efectivamente considerado um acto de segundo grau, que intervém, ainda que provisoriamente, sobre um acto administrativo precedente, no caso, mesmo que de imputação subjectiva diferenciada, fazendo cessar os seus efeitos[30].

Contudo, em virtude de se tratar de um instituto cautelar, podendo algumas das situações em causa ser legalizadas (e portanto ser reintegrada a violação verificada), o legislador entendeu que não deveria implicar uma qualquer oneração para o particular, suspendendo o embargo o prazo que tiver sido fixado para a execução das obras no respectivo alvará de licença ou autorização (artigo 104.º, n.º 4).

Este acto de embargo, de origem quase desprocedimentalizada[31], é notificado ao responsável pela direcção técnica da obra, bem como ao titular do alvará de licença ou autorização e, quando possível, ao proprietário do imóvel no qual estejam a ser executadas as obras ou seu representante. Esta notificação, seja dirigida ao director técnico da obra seja ao titular do título autorizativo, é um elemento essencial para a imposição de efeitos para que este acto propende: a suspensão dos trabalhos (artigo 102.º, n.º 2). Se assim o é, afigura-se-nos de criticar, numa perspectiva de promoção da efectividade deste acto, que se tenha deixado de permitir a notificação do embargo a quem se encontrava na obra a executá-la, (nos termos anteriormente admitidos no artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio), pois pode ser inclusivamente de difícil determinação qual é o seu director técnico e mesmo o seu proprietário (o prédio pode encontrar-se omisso), nem ter havido previamente lugar a qualquer autorização ou licenciamento de tais operações.

Após o embargo é imediatamente lavrado o respectivo auto em duplicado com as menções constantes do artigo 3.º, n.º 3, devendo fazer-se referência às cominações legais para o incumprimento de tal ordem [que configura uma contraordenação, nos termos da alínea h), do artigo 98.º e crime de desobediência, de acordo com o disposto no artigo 100.º do RJUE, que remete para o artigo 348.º do Código Penal]. Este auto é particularmente relevante nas situações que o embargo não haja sido precedido de actos de fiscalização que definam o estado da obra, uma vez que o controlo do respeito de tal acto apenas é possível após aquela definição. O embargo e o respectivo auto serão ainda notificados, nos termos dos n.os 6 e 7 ao requerente ou titular da licença ou autorização ou autorização, ao seu proprietário (caso as mesmas não hajam sido requeridas) ou à pessoa colectiva encarregada da execução da obra. Pareceria desnecessária esta segunda notificação em face de uma coincidência quase absoluta entre os destinatários da notificação referidos no n.º 2 e aqueles ora mencionados; porém, esta insistência deve-se, a nosso ver, ao facto de, na maioria das situações a notificação

[30] A este propósito assinale-se uma diferença relativamente ao embargo como medida cautelar atípica do contencioso administrativo, que apesar de ter também natureza conservatória (e continuar a seguir, supletivamente, o regime previsto na lei processual civil), só pode ser decretado se estiver em causa uma pura actuação material e não uma actuação ao abrigo de um acto administrativo, uma vez que a via idónea será, nestes casos, a da suspensão da eficácia dos actos. Sobre estes "outros" embargos, cfr. Vasco Pereira da SILVA, "Os denominados embargos administrativos em matéria de ambiente", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.os 5/6, 1996, p. 201-223, e Mário Aroso de ALMEIDA, O novo contencioso administrativo em matéria de ambiente, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.os 18/19, 2002/2003, p. 113-132.

[31] De facto, apesar de estar normalmente ligado ao exercício de poderes de fiscalização, e de o início do mesmo poder ser precedido de denúncia de particulares, o acto que decreta o embargo pode não ser precedido de diligências instrutórias próprias, sobretudo quando a ilegalidade for evidente, como sucede com a ausência de autorização ou licenciamento prévio de uma obra que a um deles se encontra sujeita, nem sequer o ser de audiência prévia dos interessados (na medida em que se trata de umá diligência cautelar, por natureza urgente).

"inicial" ser feita apenas ao director técnico da obra, que subscreve o auto de embargo, pelo que se mantém a necessidade de notificação do mesmo aos demais interessados directos, desde logo para que eles possam, sa assim o entenderem, reagir contenciosamente contra a ordem de embargo. Naturalmente que, tendo estes sido notificados e participado no auto de embargo, não haverá necessidade de duplicar esta exigência.

Para evitar ainda que, apesar da ordem de embargo, as obras pudessem prosseguir de facto, determina o n.º 3 do artigo 103.º do RJUE, a interdição de fornecimento de energia eléctrica, gás e água às obras embargadas. Para tal, impõe o mesmo tanto a obrigação de notificação pela entidade que decretou o embargo às entidades que prestam tal fornecimento e, a partir desse momento, uma obrigação de abstenção destas[32].

De igual modo, como cautela no âmbito do comércio jurídico e para terceiros, o embargo é objecto de registo na conservatória do registo predial, constando de um averbamento feito ao mesmo, que funciona como forma de publicitação do estado de indefinição da caracterização daquele prédio (artigo 102.º, n.º 8).

O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação veio, por seu turno, acentuar o carácter cautelar e provisório do embargo ao afirmar que ao mesmo se deve suceder-se uma decisão definitiva sobre a situação de irregularidade, aliando-lhe a fixação de um prazo para a regularização da mesma.

O prazo supletivo previsto na legislação é de seis meses, prorrogável uma única vez por igual período, no caso de ausência de fixação expressa de um prazo diferente que pode ser superior ou inferior ao prazo supletivo legalmente definido, mas que terá sempre de ser adequado à concreta situação que lhe está subjacente. Em ambos os casos, decorrido o prazo caduca a ordem de embargo se não for proferida decisão definitiva sobre a situação ilegalidade objecto de apreciação (artigo 104.º). Caducidade esta que, ao contrário da maioria das situações no plano urbanístico, é uma caducidade que opera automaticamente (*ope legis*), sem necessidade de declaração por parte de órgão administrativo ou judicial, o que se compreende na medida em que aqui para além da tutela provisória do interesse público se encontra em causa, igualmente, uma certa salvaguarda do interesse do particular, ao impedir-se o agravamento de uma situação de raiz ilegal[33].

[32] Note-se que esta norma levanta inúmeros problemas, sobretudo em situações em que os mercados do fornecimento de tais serviços de interesse económico geral começam a ser liberalizados, e nas hipóteses em que são os próprios particulares, em regra vizinhos, a fornecer energia eléctrica, gás e água a uma obra em execução. Somos de opinião que a notificação a que se refere o artigo deve ser feita a quem, independentemente da sua natureza, se encontre a fornecê-los (lendo correctivamente o termo *entidades* inscrito no artigo em causa). No entanto, em face da interdição prevista no artigo, que abrange qualquer potencial fornecedor dos mesmos, entendemos que a mesma deveria ser acompanhada da imposição de sanções administrativas em caso de incumprimento. No entanto, esta solução implicaria igualmente uma publicitação mais alargada do acto de embargo, designadamente através da publicitação de um aviso para o efeito, o que poderia, por seu turno, ser considerado excessivo por estar ligada a um acto de cariz cautelar.

[33] Note-se que a nossa jurisprudência administrativa já decidiu, anteriormente à fixação legal da duração máxima do embargo, que a omissão no despacho de suspensão ou de embargo do respectivo prazo não poderia ser resolvida pelo recurso às regras da caducidade do plano civil, mas apenas ao regime dos vícios dos actos administrativos, uma vez que poderia indiciar a violação do princípio da proporcionalidade que apenas geraria a anulabilidade (permitindo-se, assim, a consolidação de actos administrativos de embargo por tempo indefinido) — nestes termos, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Janeiro de 1998. A nosso ver, após a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo e na ausência de regulamentação específica, seria defensável o recurso supletivo ao artigo 85.º do mesmo diploma.

Contudo, como forma de aferir dos termos em que deve ser efectivada a ordem de embargo deve tomar-se em consideração se a infracção em causa é apenas imputável ao particular ou se, pelo contrário, será também imputável parcial ou mesmo integralmente à Administração, e se, embora feita sem licença, a operação em causa é licenciável à luz dos normativos em vigor, designadamente de nível municipal, através de um procedimento de legalização (ou se, ao invés, tal regularização seria sempre impossível ou determinaria a alteração das normas urbanísticas aplicáveis).

Estes pressupostos variáveis poderão determinar a própria definição do tempo de duração do embargo, correspondendo a fixação dos mesmos a um poder discricionário da Administração, embora balizado por aqueles referentes normativos.

Caducando o embargo, tal não significa que o particular fique legitimado, sem mais, à continuação das obras e, muito menos, que tal operação se tornou regular, *rectius* legal, continuando sempre a ser necessário, como veremos, indagar da possibilidade da sua legalização.

4.2. Legalização

A noção de legalização responde, basicamente, à necessidade de estabelecimento de procedimentos que tendam para a definição estável de situações marcadas pela ilegalidade. Veremos a este propósito, inicialmente, a configuração geral deste instituto, para depois nos pronunciarmos sobre os procedimentos e mecanismos de legalização previstos no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação.

4.2.1. A legalização entre a vinculação e a discricionariedade

A evolução, legal e jurisprudencial, do instituto da legalização não foi sendo feita de uma forma linear e levanta, ainda hoje, dificuldades de caracterização.

Tendo por base o disposto no artigo 167.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que estabelecia que "*a demolição de obras referidas no artigo 165.º só poderá ser evitada desde que a câmara municipal ou o seu presidente, conforme os casos, reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade*", formou-se jurisprudência no sentido de reconhecer que a legalização de obras se assumia como uma faculdade discricionária da Administração.

Neste âmbito, o município detinha um amplo campo de discricionariedade, podendo mesmo optar pela demolição mesmo que as obras se conformassem (num juízo *ex post*), com as normas legais e regulamentares em vigor, *i.e.* nas situações em que, se a licença tivesse sido requerida antes da realização das obras, teria sido deferida.

Este entendimento pressupunha a existência de um dever de demolição (esse sim considerado como um acto vinculado), e não traçava uma linha suficientemente nítida entre sanções administrativas e medidas de tutela da legalidade. Neste sentido iam, desde logo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 20 de Dezembro de 1968, de 18 de Fevereiro de 1971, de 21 de Dezembro de 1972 de 25 de Outubro de 1973 e de 26 de Fevereiro de 1987.

Em alguns deles acentuou-se que a possibilidade de legalização cabe no âmbito do poder discricionário da Administração, apenas podendo ser impugnado o acto de

legalização se fundado em desvio de poder ou, eventualmente, em erro nos pressupostos. Equiparavam-se, assim os actos que determinam a legalização de obras aos actos revogatórios, afirmando-se a existência de uma opção entre executar a cominação normal da transgressão verificada — a demolição — e um possível aproveitamento da obra que se entenda conciliável com as necessidades públicas que à câmara cumpre defender.

No entanto, tal entendimento começou a evoluir no sentido de se entender que, se determinação a demolição de obras ilegais configurava o exercício de um poder vinculado, tal apenas poderia ser afirmado nas hipóteses em que a entidade competente deliberasse a impossibilidade da sua legalização de acordo com as regras urbanísticas aplicáveis, designadamente de estética urbana. Neste, sentido vejam-se, designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987, de 6 de Novembro de 1990 e de 11 de Maio de 1999.

Neste sentido, ainda, nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Outubro de 1990 e da mesma data do ano subsequente, a legalização de obras executadas sem licença continua a ser configurada como um poder discricionário, mas reconhece-se que, para se não ordenar a demolição, se tem de reconhecer que é susceptível que a obra venha a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, de segurança e de salubridade, referindo-se, assim, o juízo discricionário à susceptibilidade de poder ser licenciada a construção.

Mais, no Acórdão do mesmo Tribunal de 6 de Maio de 1998, reduz-se a faculdade discricionária da opção entre demolição e legalização apenas ao momento de actuação da Administração, eventualmente limitada pelo princípio da confiança dos administrados, entendendo aquele órgão judicial que, mesmo após o início de tal procedimento de legalização, não há um prazo fixado para o seu termo.

Em termos legislativos, o Decreto-Lei 445/91, de 20 de Novembro, poucas indicações comportava quanto a esta questão, uma vez que o seu artigo 58.º, n.º 1, estabelecia que "o presidente da câmara municipal, sem prejuízo das atribuições cometidas por lei a outras entidades, pode ainda, quando for caso disso, ordenar a demolição da obra e ou a reposição do terreno...", nada clarificando quanto às condições em que a legalização poderia ou deveria ocorrer. O Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, que se lhe seguiu, nada inscreveu a este propósito, deixando em aberto a natureza desta actividade administrativa.

O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, por seu turno, pretendeu, em face da evolução jurisprudencial ocorrida, esclarecer os termos de funcionamento desta figura, desde logo a sua articulação com as medidas designadas expressamente de tutela da legalidade. Para tal, revogou expressamente o artigo 167.º do Regime Geral das Edificações Urbanas e, no artigo 106.º, n.º 2, determinou que "*a demolição pode ser evitada se a*

[34] Este acórdão é equívoco e parece opor, segundo Carla Amado GOMES ("Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 19, 2000), dois procedimentos: a legalização e a demolição, quando a demolição deve ser, para a autora, o culminar do procedimento de legalização. No mesmo sentido, cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Maio de 1998 e de 11 de Maio de 1999, segundo os quais o poder de escolha entre a legalização e a demolição é discricionário quanto ao tempo da decisão pois tal pode ser tomada a todo o tempo, mas esse funciona na base de um pressuposto vinculado: a inviabilidade da legalização das obras, caso em que a demolição surge como acto vinculado.

obra for susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração".

Estaremos, assim, para Carla Amado GOMES, não perante um fenómeno de verdadeira discricionariedade de escolha mas tão-só perante "uma decisão administrativa apoiada em normas técnicas"[35].

De facto, a caracterização desta como uma faculdade discricionária apenas é, na falta de regulamentação específica em contrário, legalmente possível nos mesmos moldes que o seja o licenciamento ou autorização *a priori* da mesma ocupação urbanística, uma vez que os parâmetros normativos para a decisão são os mesmos. Ora, apesar de uma das principais características das licenças e das autorizações urbanísticas ser o carácter taxativo dos fundamentos para o respectivo indeferimento, elencados nos artigos 24.º e 31.º daquele diploma, afirmando-se, por este motivo, o carácter vinculado ou regulado daqueles actos[36], a verdade é que a Administração dispõe de uma *margem de discricionaridade* na apreciação dos pedidos de licenciamento, margem essa que decorre ou de os fundamentos de indeferimento estarem enunciados com recurso a conceitos *abertos* ou *indeterminados*, como sucede com o facto de a obra ser "*susceptível de manifestamente afectar a estética das povoações*" ou de se tratar de fundamentos que, quando verificados, apenas *permitirem* (e não imporem) o indeferimento. Nota-se, na prática urbanística, no entanto, alguma "benevolência" na apreciação dos projectos de legalização, desde logo pelo mais ténue controlo que se faz de conceitos indeterminados como o enunciado ou o da correcta inserção na envolvente o que pode configurar um "benefício" do infractor que se exime, assim, a uma apreciação rigorosa do projecto realizado.

No entanto, a versão originária do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, parecia impor à Administração o dever de legalização de todas as obras conformes com as normas legais e regulamentares, não podendo aquela ordenar a demolição se a legalização fosse possível, mesmo havendo conduta negligente ou desinteressada do proprietário.

Para evitar esta asserção, que poderia concorrer para a manutenção de um estado de coisas se pretendia evitar: a manutenção da situação de indefinição *ad aeternum* de obras ilegais ou a insusceptibilidade da sua demolição, a alteração que foi introduzida no n.º 2, do artigo 106.º, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, aponta no sentido de a legalização de obras corresponder a um *ónus* dos interessados, devendo estes desencadear os procedimentos tendentes à legalização das operações urbanísticas ilegais ou responder ao repto lançado pela Administração nesse sentido.

[35] Carla Amado GOMES, "Embargos e Demolições: entre a vinculação e a discricionariedade", cit., p. 49. Note-se que esta referência às normas técnicas não implica qualquer concordância com o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Novembro de 1991, segundo o qual não é sindicável contenciosamente por pertencer ao domínio da discricionariedade técnica, o juízo do valor dos peritos quanto à legalização de obras.

[36] Este carácter vinculado assume uma dupla veste: por um lado, a Administração *apenas pode indeferir* a pretensão urbanística do particular quando esteja perante um dos fundamentos tipificados na lei; por outro lado, verificando-se uma das causas de indeferimento legalmente previstas, a Administração é *obrigada a indeferir* aquela pretensão.

Ao inscrever, de facto, que "*a demolição pode ser evitada*", ao invés de "*a demolição não pode ser ordenada*", denota a imprescindibilidade do interessado actuar e actualizar as suas pretensões no prazo razoável que, para tal, lhe seja dado pela administração, quer seja um prazo para a realização de trabalhos de correcção e de alteração que permitam a conformação das obras com o acto autorizatório ou com as disposições legais e regulamentares que estão a ser infringidas, quer seja um prazo para apresentar os projectos necessários ao licenciamento ou autorização[37].

Recentemente, pronunciando-se muito embora no âmbito de aplicação do Regime Geral das Edificações Urbanas, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 2 de Fevereiro de 2005 e de 14 de Dezembro de 2005 foram neste sentido ao entender que a apreciação da satisfação ou possibilidade de satisfação dos requisitos legais e regulamentares deve ser fundada num juízo de prognose objectivo, que não depende do impulso processual do interessado. Mais claramente ainda, o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 457/01, decidiu que não é inconstitucional, designadamente por não restringir desproporcionadamente o direito de propriedade privada e o direito à habitação, o facto de se interpretar a norma relativa a demolição no sentido de ser o particular que tem o ónus de provar que a obra podia ser autorizada. Refere este Tribunal que, partindo do princípio que a demolição no caso de construções sem prévia autorização só excepcionalmente poderá ser evitada, é ao sujeito responsável pela construção ilegal que, "*pela natureza das coisas*" caberá provar estar a mesma em condições de ser autorizada (e actuar, administrativa ou contenciosamente nesse sentido). Caso contrário, premiar-se-ia o infractor com a inversão do ónus da prova, impondo-se este à Administração[38].

Apesar destas precisões sobre a natureza dos actos de legalização, assiste-se, hodiernamente, ao lançamento de alguma confusão sobre os termos em que os mesmos podem ou devem ser praticados. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Fevereiro de 2004, foi decidido que, como o efeito meramente devolutivo do recurso previsto no artigo 115.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação — isto é da impugnação de decisões que ordenem a demolição, —, apenas deve ter lugar em casos de manifesta improcedência do pedido, o que não acontece, para aquele órgão judicial, quando aquela afectação se inclui em área destinada pelo plano director municipal a zona

[37] No entanto, mesmo à luz de normativos anteriores, já se ia firmando o afastamento da viabilidade da legalização não apenas por um juízo objectivo de impossibilidade de legalização mas também pela inércia e desinteresse manifesto do proprietário na sua legalização e conservação, como decorre do Parecer do Provedor de Justiça n.º 77/A/96. No sentido referido no texto, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Direito do Urbanismo — Casos Práticos Resolvidos*, Coimbra, Almedina, 2005, Caso prático n.º 39, p. 174 e seguintes.

[38] Note-se que o procedimento de legalização é, a mais das vezes, desencadeado pela Administração que dá um prazo razoável para o particular promover os trâmites necessários para o efeito. No decurso desse prazo, perante a inércia do particular, estará a Administração habilitada a lançar mão de ulteriores medidas de tutela da legalidade mais gravosas. Deste modo, vemos com particular desconfiança o disposto no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Fevereiro de 1992, segundo o qual o prazo para o início do procedimento de legalização não é cominatório mas ordenador, por isso poderia o interessado apresentar o pedido posteriormente ao termo daquele. De facto, tal poderia levar a novos e sucessivos adiamentos dos prazos fixados pela Administração, pelo que pensamos que, nas hipóteses em que esses pedidos sejam sistematicamente renovados, pode a Administração furtar-se à sua apreciação, lançando mão designadamente do disposto no artigo 9.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo.

verde e edifícios de utilização colectiva. Isto porque, continua aquele tribunal, no caso, para além daquela opção do plano não ser inalterável; a moradia foi construída antes daquele ter sido aprovado e o município partiu do princípio de que aquela área era sua, o que ainda não é certo, pois sobre isso existe litígio judicial.

Apesar de estas considerações se enxertarem cautelarmente no processo de impugnação judicial de uma decisão administrativa que ordene a demolição ou a reposição do terreno, nos termos do artigo 106.º, correspondendo, por isso, a uma apreciação meramente provisória e revisível da situação em causa e a que correspondem especiais exigências de proporcionalidade[39], a argumentação aduzida pelo Tribunal remete para um controlo jurisdicional da actuação de Administração que parece exceder a margem de apreciação que lhe cabe. De facto, apesar de se estar a apreciar a existência de *indícios* da improcedência do pedido, e não a questão principal (a da sua *efectiva* procedência ou improcedência), as variáveis mobilizadas para o efeito — referidas aos procedimentos de planificação urbanística — entroncam, por um lado, na possibilidade de alteração do plano director municipal, e, por outro, na razoabilidade das suas opções (em função da discutível titularidade do terreno). Ora, se esta segunda argumentação ainda poderia orientar o juízo contencioso, na medida em que poderia firmar-se incidentalmente a violação de exigências materiais de *ponderação de interesses* na formulação de opções de planeamento e, portanto, da sua ilegalidade, a primeira variável — a da possibilidade genérica de alteração do plano —, corresponde a uma apreciação que compete em primeira linha à Administração fazer sem que para tal possa ser substituída pelo juiz, sob pena de diluição do princípio da separação de poderes. Aliás, a utilização de planos como instrumentos de legalização deve ser, como veremos, excepcional, ao que deve corresponder uma fundamentação clara, esta sim passível de sindicância judicial (agora no sentido de um controlo, em concreto, da possibilidade de legalização por via de alteração do quadro normativo aplicável, e não de uma admissibilidade generalizada desta hipótese).

Note-se, *in fine*, que o discurso dos direitos fundamentais pode introduzir alguma modelação nos termos em que é concebido o instituto da legalização, na medida em que pode e tem servido como argumento para rejeitar soluções que, respeitando os pressupostos para recurso a medidas de tutela da legalidade, *maxime* à demolição da obra ou à cessação da utilização, por impossibilidade de legalização das mesmas, são consideradas como violadoras de direitos e princípios fundamentais, atentando contra a própria dignidade da pessoa humana. A este propósito dois exemplos: a consideração da inadmissibilidade da deliberação camarária que invocou o respeito por disposições administrativas em matéria de campismo selvagem ou e construção clandestina para

[39] Em face da gravidade e da onerosidade destes actos para os seus destinatários, alia a lei a imediata suspensão da eficácia do acto impugnado ao abrigo do disposto no artigo 58.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, tornando desnecessário o recurso a um meio processual acessório para o efeito [meio esse tipificado no artigo 112.º, n.º 2, alínea b) daquele código]. Em face da aludida suspensão de eficácia dos mesmos, a autoridade administrativa tem, após a sua citação, e abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 115.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, a obrigação de, com urgência, impedir a execução ou a continuação da execução do acto em causa, solução que actualmente se encontra genericamente consagrada no artigo 128.º do referido Código de Processo, funcionando como uma providência cautelar da providência cautelar.

justificar a expulsão de determinadas comunidades ciganas em Ponte de Lima, na medida em que este comportamento foi considerado como indirectamente discriminatório (neste sentido, Recomendação n.º 72/A/96 do Provedor de Justiça); e o disposto no artigo 29.º, n.º 1 da Lei da Liberdade Religiosa — Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho —, que determina que, havendo acordo do proprietário ou da maioria dos condóminos na utilização para fins religiosos do prédio ou fracção destinados a outros fins, essa utilização não pode ser fundamento de objecção nem de aplicação de sanções pelas autoridades administrativas enquanto não existir uma alternativa viável à realização dos mesmos fins (isto apesar de do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Maio de 1998 e da Recomendação n.º 11/A/00 do Provedor de Justiça, decorrer que o direito fundamental de liberdade religiosa não deve constituir obstáculo ao cumprimento de deveres legais, designadamente resultantes de normas urbanísticas, desde que estas passem o crivo do princípio da proporcionalidade).

4.2.2. Instrumentos de legalização

A legalização, se possível, manifestar-se-á, em regra, na prática de um acto administrativo permissivo já não de cariz cautelar, mas definitivo, sendo-lhe apontados os mesmos efeitos que aos actos de autorização ou licenciamento *a priori*, geralmente caracterizados como efeitos definitórios, tituladores, procedimentais e contenciosos.

Este acto, para ser emanado, dependerá do desencadear de procedimentos de vária ordem, tendo em consideração os motivos aos quais se liga a operação urbanística ilegal, podendo, assim, revestir caracterizações diversas.

Desde logo, pode ser necessário desencadear um procedimento de *autorização ou licenciamento de legalização*[40], consoante os casos, ou um pedido de *alteração à licença ou autorização* existentes (como admite expressamente o artigo 105.º, n.º 5), de modo a enquadrar o construído nos ditames urbanísticos aplicáveis ou refazer o acto autorizativo tendo em conta a obra realizada.

Nesta hipótese, em termos procedimentais, a legislação opera uma remissão automática para os procedimentos de licenciamento e autorização prévios que seriam, *in casu*, aplicáveis, caso esta não se tratasse de uma obra ilegal. Nestes moldes, os trâmites procedimentais, a competência, os prazos, as exigências instrutórias, os motivos de indeferimento e os efeitos do silêncio serão os mesmos daqueles procedimentos.

Esta é uma diferença relevante relativamente ao tratamento anterior da questão de legalização, na medida em que prevalecia o entendimento que o pedido de legalização não equivalia a deferimento tácito, a regra em matéria de licenciamento de operações urbanísticas, uma vez que se defendia que os diplomas que associavam esta consequência jurídica ao silêncio da Administração, não regulavam a questão da legalização (que continuava prevista no artigo 167.º do Regime Geral das Edificações Urbanas), sendo-lhe aplicável a regra geral do indeferimento tácito. Neste sentido, cfr. os Acórdãos do Supremo

[40] Ou mesmo da sanação, no caso dos actos anuláveis, ou renovação da prática de um acto, no caso de nulidade, sem que o novo acto padeça do vício que afectava o acto previamente emitido (designadamente, não se alterando o conteúdo do acto, mas fazendo-o preceder das aprovações ou pareceres exigíveis).

Tribunal Administrativo de 14 de Outubro de 1993, de 3 de Março de 1994, de 25 de Setembro de 1997, de 27 de Novembro de 1997 e de 7 de Junho de 2005.

Actualmente, esta solução, para além de contrariar o próprio regime legal, que se refere expressamente a autorização ou licenciamento tanto no artigo 105.º, n.º 5, como no artigo 106.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação [remetendo, assim, para as consequências previstas no artigo 111.º, alíneas a) e b) daquele regime], não é a mais adequada tendo em consideração o regime jurídico do silêncio administrativo, que considera as situações de omissão como de pura não pronúncia, com relevo apenas para o desencadear de mecanismos processuais condenatórios, excepto nas hipóteses em que a lei expressamente lhes associe a consequência jurídica do deferimento tácito.

Esta equiparação em bloco pode eventualmente ser criticável no que diz respeito a determinados aspectos da tramitação e instrução dos procedimentos de autorização ou licenciamento, nomeadamente a exigência de apresentação de projectos de arquitectura e de especialidades que podem tornar-se de difícil cumprimento no momento da legalização. Porém, somos de parecer que tais projectos e o respectivo termo de responsabilidade devem ser apresentados em todas as hipóteses, até porque pode haver lugar a obras de correcção e de alteração para que a sua apresentação seja possível, o que será relevante sobretudo para efeitos de apuramento de responsabilidades.

Solução diferente acontecerá, a nosso ver, com o termo de responsabilidade do director técnico da obra, salvo quanto às obras de correcção ou alteração que venham a ser efectuadas, uma vez que os projectos apresentados já se referem à situação final da obra. Assim, na falta de regimes jurídicos particulares (como acontece com o disposto no artigo 50.º do diploma relativo às áreas urbanas de génese ilegal), a conclusão não pode ser senão o da igual exigência relativamente aos pedidos de licenciamento (formulados *a priori*)[41].

Uma outra hipótese de legalização terá a ver com a adaptação da situação de facto ao acto administrativo de licenciamento ou autorização praticado ou às normas legais e regulamentares vigentes, mediante a realização de *trabalhos de correcção ou alteração* da obra (isto muito embora o mesmo diploma não defina com precisão, no seu artigo 2.º, o que entende por trabalhos de correcção).

Estes devem ter lugar no prazo razoável que, para o efeito, tiver sido ordenado pelo presidente da Câmara Municipal (artigo 105.º, n.º 1), tendo em consideração a complexidade e a natureza dos trabalhos a realizar, suspendendo aquele o prazo fixado na licença ou autorização que eventualmente exista, salvo se forem requeridas alterações àqueles actos (artigos 105.º, n.ºs 4 e 5).

A responsabilidade pela realização de tais trabalhos é do titular da obra, ainda que os termos da mesma constem de acto administrativo praticado pelo Presidente da Câmara Municipal — a ordem de realização de trabalhos —, desenhada de acordo com a fiscalização

[41] Não somos, porém, insensíveis ao estabelecimento de um procedimento com especificidades para as situações de legalização, designadamente quanto aos requisitos instrutórios, por exemplo, exigindo a realização de vistorias que possam substituir a apresentação de alguns daqueles projectos, mas tal deverá, em princípio, resultar de disposições legais.

municipal efectuada. No entanto, o n.º 3 do artigo 105.º, admite que a câmara municipal possa promover directamente a realização de trabalhos de correcção ou alteração, sempre por conta do titular da licença ou autorização, mas apenas de forma supletiva e quando estejam em causa relevantes interesses públicos (a realização de obras de urbanização e de outras obras indispensáveis para assegurar a protecção de interesses de terceiros ou o correcto ordenamento urbano), e não em quaisquer situações em que tais obras sejam exigíveis para regularização de situações ilegais.

A este propósito, há que considerar qual o momento em que, nas situações em que o licenciamento ou autorização dependa da realização de trabalhos para conformar a obra executada com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, a legalização ocorre: se tal acontece no momento em que o acto seja aprovado e produz efeitos ou apenas quando se confirmar que as obras foram efectivamente realizadas de acordo com o licenciamento ou autorização deferidos. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Abril de 1996, o reconhecimento da susceptibilidade da legalização, pela aprovação do projecto e emissão do alvará, não se traduz numa automática legalização de obras já realizadas, pois a licença tem apenas como alcance diferir para momento posterior a apreciação final da legalidade da obra, em função da vistoria e confirmação do respeito pelo projecto aprovado. Se esta argumentação parece convincente, de forma a assegurar o efectivo respeito do acto de legalização, a verdade é que estaremos, caso as obras de alteração não sejam realizadas ou não o sejam de acordo com o projecto aprovado, perante uma outra situação ilegal, fundada em pressupostos diferenciados.

4.3. Demolição da obra e reposição do terreno

Apesar da sua remota origem histórica, estes instrumentos continuam a configurar um modo dos mais típicos de actuação policial, autoritária e ablativa.

Ainda assim, os mesmos, em ligação com a evolução ocorrida nos procedimentos de legalização, foram objecto de um exercício de recompreensão jurídica, ao mesmo tempo que desempenham funções acrescidas, com o alargamento e multiplicação das intervenções que relevam no domínio urbanístico.

O conceito de demolição é, tido, genericamente, quer para o direito administrativo quer para o direito privado, como a destruição total ou parcial de edifícios já existentes [cfr. artigo 2.º, alínea g) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação], enquanto a reposição do terreno tem ínsita uma obrigação de restauração do terreno à situação anterior à actuação ilegal (na estrita medida da possibilidade dessa restituição). Não se trata, assim, de conceitos idênticos, na medida em que podem ser ordenados tanto conjunta (nos casos em que se trate de obras em solos que não eram objecto de aproveitamento urbanístico) como separadamente (nas hipóteses de operações urbanísticas que não envolvam obras de edificação, como sucede com a realização de obras de urbanização ou trabalhos de remodelação de terrenos)[42].

[42] António Duarte de ALMEIDA e outros, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo*, cit., p. 949.

Mas, ainda que a definição inicial destas medidas seja consensual ou, pelo menos, não problemática, mais difícil se torna a dilucidação das situações-tipo, ou pressupostos, que, uma vez verificados, permitem o recurso à demolição por motivos urbanísticos[43].

Neste âmbito, pode-se distinguir entre as demolições:

1. Efectuadas voluntariamente pelo proprietário da edificação;
2. Requeridas para a execução de planos urbanísticos;
3. Subsequentes à revogação de actos de autorização e de licenciamento precários de usos ou de realização de obras provisórias;
4. Posteriores à declaração de ruína dos edifícios (ou motivadas por razões de necessidade pública);
5. Ordenadas pela Administração no exercício dos seus poderes legais de protecção da legalidade urbanística.

Na primeira situação, está em causa, primordialmente, o exercício de uma faculdade por parte do proprietário mas que, no entanto, não se encontra na sua inteira disponibilidade, sendo antes alvo de condicionamentos de natureza urbanística, na medida em que, desde logo, tal demolição carece, em regra, de um acto autorizativo prévio.

A segunda hipótese apela para a função de instrumento de execução das disposições do plano, uma vez que regulamentação por eles efectuada não se conforma, muitas vezes, com o edificado preexistente, o que implica, quando tal seja imprescindível para a correcta execução dos ditames inscritos nos planos urbanísticos, o recurso à demolição. Aliás, a menção dos edifícios a demolir, a manter e a reabilitar figura como uma das menções materiais que devem constar do conteúdo típico dos planos de pormenor, para além de o artigo 127.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial se referir à demolição como instrumento de execução de planos nas hipóteses em que tal seja necessário para a execução de planos de pormenor ou quando os imóveis careçam de requisitos de segurança e salubridade indispensáveis ao fim a que se destinam e a respectiva beneficiação ou reparação seja técnica ou economicamente inviável.

A terceira situação-tipo constitui, muito provavelmente, o pressuposto mais recente de recurso à demolição, pois estão em causa situações em que tenham sido concedidas licenças ou autorizações precárias mediante as quais se permite a manutenção provisória de certas obras ou usos, em princípio incompatíveis com o destino do ordenamento urbanístico, mas que só quando interfiram efectivamente com a execução do plano serão objecto de demolição. Veremos, mais tarde, em que termos é admitido, no nosso ordenamento jurídico, o recurso a esta hipótese.

O quarto pressuposto actua face a um estado de ruína constatado e declarado pela Administração, em que os edifícios, não respeitando os requisitos essenciais de habitabilidade, devem ser objecto de demolição.

[43] Seguimos a classificação proposta por José Manuel ARREDONDO GUTIÉRREZ, "Demolición de Edificaciones Ilegales y Protección de la Legalidad Urbanística", *cit.*

Nesta hipótese, prevista no artigo 98.º, n.º 3, é a Câmara Municipal que tem competência para ordenar, oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado, a demolição total ou parcial das construções que ameacem ruína ou ofereçam perigo para a saúde pública e a segurança das pessoas (seja por não cumprimento do dever de conservação, seja por ocorrência de uma calamidade pública, seja por defeito de construção, etc.)[44].

A última tipologia de situações, que mais se assemelha a uma cláusula geral de recurso a esta medida como *último remédio* da reposição da legalidade urbanística, abrange aquelas que decorrem do facto de o proprietário, mesmo que o pudesse ter feito, não ter evitado a demolição ou das hipóteses em que a mesma decorre da constatada, com suficiente incerteza, impossibilidade de legalização da operação urbanística em causa.

Do exposto, retira-se a vinculação estrita do recurso à demolição ao *princípio da proporcionalidade*[45]. Isto tanto a um nível instrumental já que o recurso à demolição deve ser precedido de um procedimento de legalização, para saber se estas edificações se acomodam ou não à ordenação urbanística aplicável, tanto em termos materiais, uma vez que, mesmo que se decida pelo recurso à demolição, deve dar-se prevalência à demolição parcial, quando ela seja suficiente para promover a reposição da legalidade —*"princípio da menor demolição"*.

Este princípio, tem no ordenamento jurídico vizinho, um grande relevo e assenta numa ponderação equitativa dos interesses privados (nomeadamente a perda de riqueza mobiliária) e dos interesses públicos co-envolvidos na sua adopção. Reconhecendo, muito embora, o carácter casuístico da aplicação deste princípio, a doutrina e jurisprudência espanhola formulam alguns critérios, que jogam no sentido da manutenção dessas construções, como sejam o alcance da ilegalidade cometida por referência a parâmetros de

[44] O conceito de ruína é inerentemente controverso e complexo, sendo aceite na nossa legislação o de ruína técnica e o de ruína urbanística, tendo o de ruína económica alguma, embora parcelar, consagração legal, doutrinal e jurisprudencial, pecando muito embora por excessiva indeterminação dos seus pressupostos. Neste sentido, cfr. António Pereira da COSTA, *Direito dos Solos e da Construção*, Braga, Livraria Minho, 2000, p. 135-138. A ruína técnica envolve as situações em que sejam afectados os elementos fundamentais ou estruturais do edifício, sendo inviáveis obras que não sejam de ou muito próximas das de reconstrução. A ruína económica envolve um juízo custos-benefícios entre o custo das obras de beneficiação e o valor do próprio edifício e o valor das obras de demolição, devendo ser aferida numa perspectiva essencialmente objectiva e não subjectiva. Por último, a ruína urbanística compreende as situações em que a demolição se torna necessária para a execução do disposto em instrumentos de planeamento e aquelas em que as obras não possam ser autorizadas à luz do ordenamento urbanístico.
Nesta última situação, estaremos perante a demolição como medida de tutela da legalidade urbanística, relativamente à qual as considerações atinentes ao estado de ruína física e económica do edifício não configuram um pressuposto para a sua mobilização (muito embora possam intervir, no âmbito discricionário da actuação da Administração, para fundar o seu juízo de ponderação). Pelo que não podemos concordar com Maria Celeste CARDONA, "Defesa e Conservação do Património Imobiliário", in. *Direito do Urbanismo*, Lisboa, INA, 1989, pp. 452 e 453, segundo a qual a demolição apenas pode ser ordenada verificados cumulativamente estes três tipos de ruína, o poderia tornar excessivamente restritivo o recurso à demolição, com desprimor para a salvaguarda do interesse público.

[45] Note-se, porém, que este princípio não impede, em qualquer circunstância, o recurso à demolição. Bem, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 484/00, entendeu que a demolição de obras ilegais não ofende os três subprincípios do princípio da proporcionalidade, quer se entenda que o direito a construir uma dimensão essencial do direito de propriedade ou não, uma vez que o recurso àquela medida corresponde a uma tarefa de ponderação entre bens jurídicos, fazendo prevalecer uns sobre os outros em face da vinculação situacional dos solos. O Supremo Tribunal Administrativo, no seu acórdão de 18 de Março de 2003, entendeu igualmente que a ordem de demolição sujeita a licenciamento urbano e que não foi licenciada, não ofende o direito de propriedade, em face da natureza dos actos autorizativos em matéria urbanística.

edificação adequados ou mesmo a margens de tolerância (imagine-se um desvio mínimo ainda aceitável relativamente ao polígono de implantação definido no Plano, sem que tal cause prejuízo a privados ou ao interesse público, sendo respeitados todos os outros parâmetros e indicadores urbanísticos), e a consideração de expectativas de facto já consolidadas.

Entre nós, porém, urge a adequada consideração legal destas situações, de molde a se proceder, se tal se considerar justificado e conforme ao interesse público, ao tratamento diferenciado do binómio legalização/demolição, admitindo o recurso a critérios de ponderação definidos que possam ser importantes na tomada de decisão sobre a possibilidade de manutenção de uma obra. Na ausência desses critérios, em especial no âmbito do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, as *medidas preferenciais* à demolição a que se referem Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA serão sempre pouco claras, sobretudo quando nos referimos à atendibilidade das consequências financeiras para os privados e para o município no âmbito do procedimento de tomada de decisão[46]. Note-se ainda que esta tarefa de ponderação, a ser levada a cabo, deve sê-la no momento da legalização, pelo que, em regra, a decisão de demolição decorre vinculadamente do desfecho daquele procedimento.

No entanto, o acto que ordena a demolição, tal como não é confirmativo da ordem de embargo, também não o é do acto que indeferiu o pedido de legalização, uma vez que tem um alcance lesivo próprio, pelo que pode, desde logo, ser impugnado autonomamente por vícios próprios[47]. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Abril de 2000, o acto administrativo de demolição não é um acto de mera execução da prévia denegação do licenciamento, devendo ser cabalmente fundamentado em razões que imponham a demolição da construção e obstem à sua eventual legalização ou que tornem essa legalização *completamente* inviável. Para nós, no entanto, a generalidade dos termos em que este Acórdão se encontra formulado poderia levar a uma repetição sucessiva da apreciação sobre a possibilidade de legalização da obra, pelo que somos de opinião que, salvo nas hipóteses em que o indeferimento do pedido de legalização não teve por base a impossibilidade de a obra vir a satisfazer os requisitos legais ou regulamentares ou foi fundamentado em meras razões de ordem formal (como referido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Janeiro de 1998); ou de alteração superveniente do quadro legal ou regulamentar vigente, a demolição se configura como um acto devido da Administração[48].

[46] Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", Revista do CEDOUA, n.º 4, 1999, p. 18-19. Note-se, desde logo, que a hipótese equacionada pelos autores que a demolição possa ser evitada em sede de execução de sentença designadamente por a demolição representar um grave prejuízo para o interesse público (serem incomportáveis os custos decorrentes da demolição) e de a Administração invocar causa legítima de inexecução da sentença, terá de ser reequacionada em face da reforma do contencioso, designadamente da possibilidade dos contra-interessados poderem intervir nesta sede (p. 28-29).

[47] Cfr., neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 18 de Maio de 2000 e de 12 de Dezembro de 2002. Sobre a distinção entre a ordem de embargo e a ordem de demolição como dois actos com autonomia funcional, ainda que o primeiro previna que o segundo se torne mais gravoso, *vide* Fernanda Paula OLIVEIRA, "Ordem de demolição: acto confirmativo da ordem de embargo", *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 1998, p. 113-126.

[48] Note-se, porém, que, ainda quanto à relação entre legalização e demolição, entendemos que esta última medida deve ser determinada apenas após o termo do primeiro processo, isto é, quando se resolva efectivamente a questão da possibilidade de legalização de obras, sob pena de violação, desde logo, do princípio da proporcionalidade. Deste modo, não podemos concordar com a posição sustentada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16 de Dezembro de 2003, segundo a qual a circunstância de correr processo de legalização, a pendência do mesmo não coarcta o município de agir em conformidade com as prescrições do ordenamento urbanístico, designadamente ordenando a demolição de obras que excedem a área de construção autorizada.

No que diz respeito especificamente à medida de demolição, note-se que esta é uma medida de carácter real uma vez que produz os seus efeitos mesmo face a terceiros alheios à criação da situação que a impõe, *i.e.* opera independentemente do estatuto dos proprietários da obra a demolir, no momento em que é dada a ordem de demolição, bem como independentemente do título aquisição da mesma. Com base nesta ideia, não procede a oposição a uma ordem de demolição com fundamento no facto de se ser titular de boa fé das obras ou construções ilegais e o desconhecimento da sua ilicitude. Todavia, tanto os proprietários como os ocupantes das edificações são considerados interessados para se pronunciarem em sede de audiência prévia dos interessados, exigida nos termos do artigo 106.º, n.º 3, excepto em relação a ordens que preencham algumas das situações de inexistência ou dispensa previstas no artigo 103.º do Código de Procedimento Administrativo, como refere expressamente o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Outubro de 2004.

4.4. Cessação da utilização

Esta última medida de tutela da legalidade encontra-se prevista no artigo 109.º e liga-se, em termos de importância, à necessidade de apresentação da licença de utilização no momento da celebração das escrituras públicas que envolvam a transmissão da propriedade de prédios urbanos ou de suas fracções autónomas[49].

Os pressupostos legais para esta cessação referem-se, por um lado, à ausência da licença ou autorização de utilização ou, por outro, às situações em que edifícios ou suas fracções autónomas estejam a ser afectos a fim diverso do previsto no referido alvará (ao que se acresce a hipótese de o edifício carecer dos requisitos legais e regulamentares para acolher uma determinada utilização, mesmo a nosso ver, que haja sido emitida correspondente licença ou autorização de utilização).

Neste caso, quando os ocupantes de tais edifícios ou fracções não cessem a sua utilização indevida no prazo razoável fixado para o efeito, deve ser decretado o despejo administrativo de tal imóvel (agora pela Câmara Municipal), aplicando-se, com adaptações, o disposto no artigo 92.º.

Ainda assim, por concessão a valores ligados à dignidade da pessoa humana e do seu direito à vida, que se encontram intimamente ligados ao direito à habitação de cariz económico-social, os n.ºs 3 e 4 do artigo 109.º estabelecem regulamentação especial das situações de despejo quando o ocupante mostre, por atestado médico, que a execução do mesmo o põe em risco de vida, por razão de doença aguda. Nestes casos, há um dever administrativo de realojamento, ainda que a expensas do responsável pela utilização indevida do imóvel.

[49] Salvo nas situações em que tal apresentação possa ser substituída pela exibição do alvará de licença de construção do imóvel, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho

Note-se que a medida da cessação de utilização tanto pode ser concebida como uma medida transitória ou cautelar (neste caso, à semelhança do embargo) como uma medida de tutela da legalidade definitiva. A primeira situação terá lugar nas hipóteses em que utilização para os fins definidos possa ser assegurada pela emanação da licença ou autorização em falta ou pelo desencadear de um procedimento de alteração de utilização, se tal for admissível à luz do quadro normativo vigente. A segunda hipótese acontecerá nos casos em que essa adequação não seja possível, caso em que a cessação da utilização se converte em medida definitiva (ainda que não impeça a utilização do bem para outras finalidades admitidas pelo ordenamento jurídico urbanístico).

5. Regimes excepcionais de legalização

5.1. Razão de ser

O regime de legalização nos termos do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação apenas é aplicável, nos termos analisados, se, por seu intermédio, se conseguir assegurar a conformidade da obra com o ordenamento jurídico vigente, mas não nos dá resposta àquelas situações em que um rigoroso respeito pelas mesmas não é, de todo, possível, pelo menos sem alteração do quadro normativo vigente à altura da pretensão de legalização.

Daí que o legislador português tenha criado expressamente alguns regimes excepcionais de legalização, para enquadrar a realidade das áreas cobertas de forma relevante, senão mesmo predominante, por construções ilegais mas relativamente às quais, apesar das insuficiências em termos de espaço exterior urbano, ainda se pode reconhecer alguma qualidade de construção[50].

Esta realidade começou já a fazer sentir-se nos anos sessenta, como o demonstra o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 46673, de 29 de Novembro de 1965 — ao referir o crescendo de actividades especulativas visando o aproveitamento indiscriminado de terrenos para construção urbana que, para além de lesarem os interesses de compradores de boa fé, criam encargos de vária ordem para a Administração —, mas assumiu particular relevo nos anos seguintes à Revolução de 25 de Abril, muito devendo à fragilidade da Administração pública de então e à dificuldade de realojamento dos cidadãos nacionais que regressaram, em massa, das ex-colónias.

E não basta, para evitar estas situações de ilegalidade, como a experiência demonstrou, que se comine uma multa para o incumprimento da exigência de menção da licença em situações que se considerem de loteamento (como fazia o Decreto-Lei n.º 46673, de 1965), uma vez que os benefícios que se retiram da celebração desses negócios compensam, em muito, os prejuízos decorrentes do seu pagamento. Mas, mesmo a exigência de loteamento, sob cominação da nulidade do acto (introduzida pelo Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de

[50] Estes diplomas de legalização, ressalvadas as necessárias distinções, assemelham-se aos regimes excepcionais de legalização de imigrantes, pois, apesar de se pretender fechar a porta à imigração ilegal, quando esta assume proporções escandalosas, tem sido frequente iniciar procedimentos específicos desta índole que amaciam, mas não resolvem o problema de uma maneira integral.

Junho), apesar de ser bastante gravosa em termos de efeitos[51], não foi suficiente para acautelar as situações de "fraccionamento" físico dos prédios em lotes, na medida em que se começou a generalizar a técnica de parcelamento de prédios rústicos em quintinhas, nos termos admitidos na portaria n.º 202/70, de 21 de Abril, e na alienação de parcelas em avos, que permitiram a constituição de situações complexas de compropriedade[52].

Para efeitos deste estudo, porém, mais do que estas motivações iniciais que, ainda assim, relevam no sentido de se tomar em consideração não só as condições de precariedade em que tais actos negociais e construções eram feitas, sem o necessário enquadramento urbanístico, mas também as circunstâncias de fragilidade pessoal e familiar que nelas estavam co-envolvidas, interessa estudar os mecanismos que pretendem tornar estas situações periclitantes mais conformes com um ordenamento urbano racional.

5.2. Áreas de construção clandestina

O Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março, que regula as áreas de construção clandestina, aplica-se a zonas em que se verifique uma acentuada percentagem de construções efectuadas sem a licença legalmente exigida, incluindo as realizadas em terrenos loteados sem a respectiva licença (artigo 1.º)[53]. Esta delimitação do âmbito de aplicação material do diploma merece, desde logo, críticas, uma vez que não define, pelo menos balizando parâmetros, quais as percentagens consideradas suficientes ou relevantes nem o estatuto de tais áreas em face do disposto nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis, bem como, no artigo final do diploma (artigo 17.º), refere, de maneira algo indeterminada, que não podem ser englobadas as situações constituídas em fraude à exigência legal de licença de loteamento depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril (o que torna muito difícil, após esta data, dilucidar situações passíveis de ser incluídas no âmbito de aplicação deste diploma).

Este diploma prevê três tipos de medidas passíveis de ser aplicadas numa área prenhe de construções clandestinas

1. a sua legalização;
2. a sua manutenção temporária;
3. a sua demolição.

[51] De facto, caso não haja lugar a uma operação de loteamento, também não se poderá conseguir obter a devida licença ou autorização de construção, nem a subsequente licença ou autorização de utilização, o que inviabiliza qualquer acto de compra e venda, arrendamento, *constituição de hipoteca*, obtenção de empréstimos, etc., que se pretenda levar a cabo.

[52] Outras formas de evitar a proliferação destes lotes clandestinos residem na exigência de emissão do alvará de loteamento e sua menção em quaisquer instrumentos notariais e judiciais relativos a esses prédios (artigo 49.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) e na consagração de medidas preventivas conservatórias, como as referidas no artigo 54.º do Regime das Áreas Urbanas de Génese Ilegal. Sobre estas questões cfr. António José RODRIGUES, *Loteamentos Ilegais — Áreas Urbanas de Génese Ilegal* – AUGI, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2002, e Ângela Carvalho FERREIRA, "A adopção de medidas preventivas no âmbito da reconversão urbanística de áreas urbanas de génese ilegal", *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 21/22, 2004, p. 57-71.

[53] Apesar da sua diminuta relevância, este diploma ainda continua em vigor pois, para além de não ter sido expressamente revogado, tem um âmbito de aplicação que não se confunde com o diploma que rege as áreas urbanas de génese ilegal, o que é confirmado pelo facto de este último remeter expressamente, no seu artigo 34.º, n.º 1, para os institutos previstos no Decreto-Lei n.º 804/76.

Como não poderia deixar de ser, formula-se uma clara opção pelas medidas de legalização, sobretudo tendo em consideração os interesses privados prementes que para ela apontam (número de construções existentes e a especial protecção devida aos agregados familiares de recursos escassos – n.º 4 do artigo 2.º), mas também aos interesses públicos que a justificam (montante de encargos e de tempo necessários para a deslocação daquelas pessoas).

No entanto, tal só é possível se estiver assegurado um respeito *de base* dos ditames urbanísticos, desde logo: que esta solução seja aceitável do ponto de vista do ordenamento do território (ainda que possa não configurar a melhor alternativa possível); que seja técnica e economicamente viável a implantação ou melhoramento das infra-estruturas urbanísticas e a instalação de equipamento social indispensável; e que, em significativa percentagem, na área considerada, as construções satisfaçam ou possam vir a satisfazer os requisitos de direito da construção. Saliente-se que estes requisitos de construção são menos exigentes do que os que resultam em termos gerais, encontrando-se fixados na Portaria n.º 243/84, de 17 de Abril, aplicável às condições de segurança e habitabilidade dos edifícios clandestinos de habitação susceptível de eventual reabilitação, bem como de edifícios que lhes fiquem contíguos.

O artigo 5.º refere que após verificada (*rectius* delimitada) uma zona de construção clandestina, se aplicam as normas relativas às áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística, ficando a Administração local investida nos poderes que aí se reconhecem. Esta última é uma figura especificamente destinada à recuperação do parque habitacional quer de centros históricos, ou zonas velhas das cidades, quer de zonas degradadas, cuja situação, de tal modo precária e gravosa, só por intermédio de uma actuação expedita e firme por parte da Administração poderá ser revertida de forma eficaz (artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro, alterado pelo alterado pelo Decreto-Lei n.º 313/80, de 19 de Agosto, doravante Lei dos Solos).

Como efeito directo e imediato da delimitação destas áreas justifica-se a declaração de utilidade pública da expropriação *urgente* dos imóveis que a Administração necessite para a execução dos trabalhos de reconversão; a faculdade daquela tomar posse administrativa de imóveis situados na área, ou como forma de ocupação temporária de terrenos para instalação de infraestruturas ou equipamentos sociais ou como meio de realização das obras de beneficiação ou reparação que revistam carácter urgente; e, se estas não forem possíveis, a demolição de edifícios que apresente carácter de urgência.

A administração poderá ainda, nos termos do artigo 46.º, proceder ao despejo administrativo dos prédios a demolir, bem como ao despejo temporário daqueles que careçam de obras que não possam ser realizadas sem a sua desocupação[54].

[54] Por último, o Decreto-Lei n.º 105/96, de 31 de Julho, converte em automática a faculdade que já se encontrava prevista nos artigos 27.º e 28.º da Lei dos Solos, uma vez que não se torna necessária a menção expressa da atribuição do direito de preferência à Administração nas transmissões a título oneroso, bastando, para tal, a declaração de área crítica de recuperação e reconversão urbanística.

Segundo o artigo 6.º, compete à Administração a elaboração de um projecto para a urbanização ou reconversão da área de construção clandestina, devendo aquela inscrever os equipamentos sociais e infra-estruturas a implantar, o reordenamento dos lotes, descontando as áreas necessárias para aqueles fins, bem como a comparticipação a assumir pelos proprietários e possuidores das construções existentes na área — o que representa um alargamento do conceito da legitimidade para intervir em processos urbanísticos — e pelos loteadores clandestinos, na parte necessária à eliminação dos prejuízos e inconvenientes causados pelos mesmos. Além disso, este projecto deve inscrever concretas medidas de perequação ao estabelecer, no n.º 3 do artigo 6.º que o reordenamento dos lotes deverá ser, em princípio, proporcional às respectivas superfícies, bem como ao determinar que a comparticipação dos proprietários ou possuidores deve ser considerada socialmente justa (equitativa). Além disso, o artigo 14.º determina que, sempre que possível, a Administração deve facultar aos proprietários de lotes ou construções não susceptíveis de legalização, outros destinados a habitação.

Mais criticável parece ser o disposto nos artigos 9.º e 10.º, na medida em que não se define claramente qual o procedimento a seguir pela Administração. No entanto, parece-nos que este mecanismo deve actualmente ser reconduzido à figura dos planos de pormenor, tanto em moldes materiais como em termos procedimentais, ou a uma operação de loteamento, na modalidade de reparcelamento, de iniciativa municipal, sempre que não se vise alterar os parâmetros urbanísticos aplicáveis e desde que aquela seja precedida de discussão pública, em que se devem recolher e ponderar os interesses relevantes, e de um procedimento de concertação de interesses. De facto, é referido que a Administração deve procurar obter a concordância dos proprietários ou possuidores dos lotes ou construções para a execução do projecto e que estes podem sugerir alterações quanto ao reordenamento ou quanto ao pagamento das comparticipações que podem ser eventualmente aceites pela Administração.

A execução do projecto assim elaborado, poderá ser feita em dois moldes:

1. Em associação da Administração com os proprietários ou possuidores, situação que seguirá, com as necessárias adaptações, o regime da Lei dos Solos. Exige-se, no artigo 10.º, o acordo de parte significativa dos interessados, de forma a tornar viável o projecto, sendo defensável, porém, exigir os limiares previstos na Lei dos Solos: ou o acordo unânime daqueles ou de parte deles nas situações em que os que recusem o acordo não perfaçam 1/3 do conjunto da área e a associação revista interesse público. Os proprietários ou possuidores que não se conformem com o projecto elaborado pela Administração serão objecto de expropriação, ingressando os respectivos direitos na esfera jurídica desta para a qual, intercalarmente, também são transferidos os direitos dos demais interessados. Com esta associação visa-se a realização dos trabalhos de urbanização, o loteamento respectivo e a participação pelos interessados dos lotes; no entanto, a divisão não se faz de acordo com o valor dos lotes detidos anteriormente, mas de acordo com a sua área.
2. Quando não se mostre viável esta associação, a Administração poderá expropriar toda a área ou parte dela, e assim levar a cabo o projecto. Mas também poderá, sem que o

artigo 11.º mostre uma qualquer ordem lógica de preferência, optar pela manutenção temporária da área ou pela demolição de todas as construções clandestinas. Aliás trata-se esta de uma hipótese em que, em face da assunção da totalidade dos encargos pela Administração e do desinteresse dos principais destinatários desta actuação administrativa, a legalização não é expressamente configurada como uma via preferencial relativamente aos instrumentos que se afiguram mais onerosas para estes.

Por seu turno, a manutenção temporária dessas áreas configura uma regulamentação contingente, que desembocará muito provavelmente na demolição final das obras que são inaceitáveis sobre o ponto de vista do ordenamento do território, mas que no interregno não apresentem perigos para os ocupantes ou para o público, nem seja necessária a sua ocupação imediata ou em momento próximo, para a realização de qualquer empreendimento público. Trata-se, verdadeiramente, da prática de um acto precário pelo qual se permite a manutenção provisória de certas obras ou usos, em princípio incompatíveis com os destinos do ordenamento, mas que só quando interfiram efectivamente com a execução do plano serão objecto de demolição. Estes actos, apesar de produzirem efeitos jurídicos externos, possibilitam à Administração que se liberte da regulação assim estabelecida e fixe um outro conteúdo regulador da mesma hipótese, podendo ser revogado sempre que o interesse público justifique a adopção de uma outra solução[55].

Por último, a demolição surge como o último grau de intervenção da Administração, nos termos do artigo 4.º e de acordo com o princípio constitucional da proporcionalidade.

5.3. Áreas urbanas de génese ilegal

A Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, que estabelece o processo de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal[56] define-as como os prédios ou conjunto de prédios contíguos que, sem a competente licença de loteamento, quando legalmente exigida, tenham sido objecto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção, e que nos respectivos planos municipais de ordenamento do território estejam classificadas como espaço urbano ou urbanizável (artigo 1.º), ou maioritariamente classificado como tal, desde que a área sobrante esteja ocupada maioritariamente com construções destinadas a habitação própria (artigo 5.º).

O legislador, definiu, por um lado, que o âmbito de aplicação espacio-temporal deste diploma abrange os prédios ou conjunto de prédios parcelados (legitimamente) anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46673, de 29 de Novembro de 1965, desde que maioritariamente ocupados por construções não licenciadas e as situações cuja parcelarização em desconformidade com as exigências legais tenha tido lugar até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro.

Para se evitar o prolongamento da indefinição destas situações, o diploma fixou, desde o início, prazos para a delimitação e fixação dos modos de reconversão das áreas

[55] Sobre a caracterização destes actos, cfr. Filipa Urbano CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo*, *cit.*, p. 24-25.

[56] Com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 165/99, de 14 de Setembro, e pela Lei n.º 64/2003, de 23 de Agosto. Cfr., sobre esta matéria, António José RODRIGUES, *Loteamentos Ilegais*, *cit.*, e Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Implicações Registais e Notariais das Normas Urbanística*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 87 a 95.

urbanas de génese ilegal, muito embora as alterações posteriores deste diploma tenham vindo a alargar tais prazos limite. Assim, o artigo 57.º determina que cessa a aplicação desta lei às áreas urbanas de génese ilegal delimitadas que não tiverem uma comissão de fiscalização constituída até 31 de Dezembro de 2004 e título válido de reconversão até 31 de Dezembro de 2007, podendo a Câmara municipal delimitar aquelas e estabelecer a modalidade de reconversão municipal sem apoio da administração conjunta até 30 de Junho de 2005. Deste modo, trata-se de um regime jurídico que, para além de enquadrar situações em que, pelo decurso do tempo, se pode falar esmagadoramente de consolidação de áreas ilegais, tem um âmbito temporal delimitado de aplicação, o que é consonante com a caracterização deste como regime excepcional.

Quanto às áreas que se reconheça insusceptíveis de reconversão urbanística, devem ser elaborados estudos de reafectação ao uso previsto no plano municipal de ordenamento do território até 2007 (artigo 1.º, n.º 7 e 48.º).

A delimitação da área e a modalidade de reconversão a adoptar será definida pelo município, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer interessado (artigo 1.º, n.º 4). Esta delimitação inicial não é inalterável, uma vez que, segundo o n.º 6.º do artigo 1.º, podem ser propostas alterações à mesma[57].

Apesar desta conformação inicial municipal, a reconversão urbanística e a legalização das construções integradas na área urbana de génese ilegal constituem um dever dos proprietários e comproprietários actuais, tanto em termos de execução das prescrições previstas no título de reconversão — o que evidencia que se trata, também aqui, de actuações de natureza real —, como no que se refere ao financiamento das despesas de reconversão (artigo 3.º)[58]. Isto muito embora possa, em face do interesse público na reconversão e nos termos do artigo 56.º, haver comparticipação nas obras de urbanização em termos a regulamentar, por parte do Estado e Municípios.

O processo de reconversão urbanística pode ser, após a delimitação da área urbana de génese ilegal, prosseguido quer por iniciativa dos proprietários ou comproprietários[59],

[57] Estes requerimentos, que têm de ser fundamentados, não geram um mero dever de resposta, mas um verdadeiro dever legal de decisão, ainda que o particular não tenha direito a que valha a sua proposta de delimitação ou redelimitação, mas apenas que haja lugar a uma delimitação com consideração dos argumentos que aduz. No entanto, se findo o prazo de 90 dias a Administração não houver decidido o pedido apresentado, considera-se o mesmo deferido.

[58] Note-se que, para assegurar o cumprimento destes encargos, estabelece o n.º 5 um privilégio creditório imobiliário e o n.º 6 a possibilidade de suspensão da ligação às redes de infra-estruturas já em funcionamento que sirvam as construções dos faltosos. Mais, a questão do direito de regresso sobre aqueles a quem o titular do bem o haja adquirido, *maxime* ao "loteador ilegal", encontra-se a jusante da regulamentação estabelecida por este diploma, de modo a evitar distorções que possam minar a sua eficácia.

[59] Neste âmbito particular, o diploma em questão estabelece um regime especial, que visa assegurar que a administração conjunta das áreas urbanas de génese ilegal, em especial o seu órgão de cariz deliberativo — a assembleia de proprietários ou comproprietários — seja composta por quem efectivamente se comporta como proprietário dos prédios nela integrados. Esta intenção do legislador determina, assim, uma composição particular de tal assembleia, impedindo que os particulares que figuram como proprietários no registo predial mas que assumiram a posição de loteadores ilegais, se possam prevalecer desta sua actuação fraudulenta para dela retirar benefícios. Determina então o artigo 9.º, n.os 1 e 2 do regime jurídico das áreas urbanas de génese ilegal que têm assento na assembleia os proprietários ou comproprietários cujo direito esteja inscrito na conservatória, excepto nas situações em que são substituídos pelos donos das construções erigidas na área, devidamente participadas na matriz e dos promitentes-compradores das parcelas, havendo tradição do bem. Naturalmente que tal implica também um regime especial de legitimidade no plano urbanístico.

como operação de loteamento; quer ainda por iniciativa da câmara municipal, mediante operação de loteamento ou plano de pormenor (artigo 4.º).

Exigível será, porém, que, quando tais projectos não se conformem com os parâmetros urbanísticos em vigor, a reconversão assuma a forma de *plano de pormenor*, uma vez que se trata de um regulamento que, em determinadas circunstâncias, pode introduzir alterações ao plano director municipal ou plano de urbanização aplicáveis. Esta parece ser a solução visada no artigo 6.º, n.os 1 e 2, no que se refere à possibilidade das áreas de cedência, dos índices urbanísticos e das tipologias de ocupação serem diferentes das previstas nos planos municipais de ordenamento do território (ou do regime aplicável ao loteamento[60]), se a sua aplicação estrita inviabilizar a operação de reconversão. Em especial, também o n.º 3 do artigo 31.º refere que, caso seja necessário proceder à alteração do plano municipal, a Câmara pode promover esta alteração conjuntamente com a reconversão num único plano de pormenor.

Nestas hipóteses, a certidão do plano de pormenor pode substituir o alvará de loteamento para efeitos do registo predial. Esta corresponde, conjuntamente com o disposto no artigo 2.º, n.os 9 e 10 do Decreto-Lei n.º 354/93, de 9 de Outubro, que define as regras aplicáveis à Expo 98 — e que prevê que a divisão dos terrenos feita nos planos de pormenor valha como operação de reparcelamento e emparcelamento para todos os efeitos, constituindo título bastante para efeitos de registo predial e de inscrição matricial dos novos prédios — à criação de um regime de excepção ao princípio da não sujeição do plano de pormenor a registo[61].

No entanto, não é suficiente, para efeitos registais, que haja lugar a este instrumento de reordenação e divisão jurídico urbanística dos solos, uma vez que, após a sua aprovação, outros passos há que se intercalam, quais sejam a divisão jurídico privada da coisa comum, se esta encontrava em compropriedade. Só com esta se determina a abertura da descrição de todos os lotes e das inscrições correspondentes[62].

Com este diploma estabelece-se, compreensivelmente, um regime especial de divisão da coisa comum aplicável às áreas urbanas de génese ilegal constituídas em regime de compropriedade, que será feito de acordo com a planta de síntese do plano de pormenor (ou com o alvará de loteamento), como forma de promover a correspondência da sua situação fáctica com a situação jurídica, uma vez que deixa de ser exigido a outorga de todos os comproprietários na escritura notarial de divisão da coisa comum, como é a regra geral dos actos notariais, mas que neste caso se poderia revelar excessivo.

[60] No caso, os parâmetros de dimensionamento decorrentes de forma supletiva da Portaria n.º 1136/2001, de 25 de Setembro, que, contudo, podem ser excedidos ou reduzidos, desde que tal esteja previsto e fundamentado em plano municipal de ordenamento do território. Neste sentido, cfr. *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, CEDOUA/ FDUC/ IGAT, Coimbra, Almedina, 2005, p. 104-110, que corresponde ao relatório final elaborado por um grupo de trabalho do CEDOUA, que integrámos.

[61] Neste sentido, cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, *Implicações Registais e Notariais das Normas Urbanística*, *cit.*, p.20 e seguintes.

[62] Tal sucede igualmente nas hipóteses em que a reconversão resulte de loteamento, caso em que a inscrição do alvará não determina, por si, o efeito da divisão fundiária, com a abertura da descrição em todos os lotes, a qual só tem lugar simultaneamente com a inscrição da aquisição (artigo 30.º, n.os 3 e 5 e Parecer da Direcção-Geral de Registos e Notariado de 27 de Março de 2003, proferido no âmbito do Proc. n.º R.P. 151/2002 DSJ-CT, publicado no *Boletim dos Registos e Notariado*, n.º 4/2003, p. 15 a 22).

Como refere o artigo 36.º, os prédios em compropriedade que integrem aquela área podem ser divididos em conformidade com o alvará de loteamento ou a planta de implantação do plano de pormenor, por acordo de uso, sem prejuízo do recurso à divisão por escritura pública — forma exigível para a divisão por intermédio de acordo, pelo que dela não se diferencia[63] — ou por decisão judicial.

A divisão por acordo de uso, que opera por intermédio de deliberação da assembleia de comproprietários, só é possível quando conste do alvará ou da deliberação que aprove o plano que o loteamento corresponde, *na sua essência*, à situação fundiária anterior à sua intervenção, critério este que se encontra no âmbito de apreciação do notário. Caso contrário, dever-se-á lançar mão de uma acção especial de divisão de coisa comum, prevista no artigo 40.º e seguintes, podendo o juiz adjudicar os lotes de acordo com critérios de equidade.

Note-se que, apesar de estes exercícios tenderem para a atribuição de lotes em função da área anteriormente detida pelos proprietários ou comproprietários, nem sempre tal será possível, uma vez que o reordenamento da área e a sua qualificação pode implicar a previsão de zonas verdes e de lazer, arruamentos e outras áreas de âmbito social, podendo tal implicar a diminuição de alguns direitos, que deverão ser objecto de compensação[64].

Tratando-se de *operação de loteamento de iniciativa municipal*, aplicar-se-lhe-á o procedimento específico previsto no artigo 7.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, configurando esta uma das hipóteses em que a iniciativa pública não se confunde com a propriedade pública da área de intervenção mas remete para a noção de interesse público da mesma. Nesta hipótese, de facto, a câmara redefine os limites físicos dos prédios e sua titularidade e desencadeia o registo de tal loteamento incidente em boa parte sobre terrenos particulares, mesmo na ausência de interesse destes na reconversão de tal área, na medida em que visa responder a um interesse público premente.

A *reconversão por iniciativa dos particulares*, prevista nos artigos 17.º-A e seguintes do diploma das áreas urbanas de génese ilegal, implica, inicialmente, a aprovação de uma operação de loteamento.

Ora, nos termos do artigo 18.º, o pedido de loteamento deve ser instruído, designadamente, com a certidão do registo predial referente ao prédio ou prédios abrangidos e com a listagem dos possuidores de cada uma das parcelas em que se subdividiu o loteamento ilegal, com uma planta que evidencie a realidade actual da área com a indicação da repartição do solo emergente do loteamento de génese ilegal e com a planta de síntese do loteamento pretendido. Da conjugação destes elementos, retira-se, nos termos expostos,

[63] A divisão por acordo de uso encontra-se sujeita a escritura, realizada no cartório notarial ou no notário privativo da câmara municipal, sob pena de nulidade (artigo 38.º, n.º 5).

[64] Não resistimos a citar aqui o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Fevereiro de 2005, segundo o qual "a razão de ser do regime excepcional de reconversão de áreas urbanas de génese ilegal foi o de permitir que às pessoas, normalmente de parcos recursos económicos, ver legalizadas as construções que levaram a cabo para a sua edificação, evitando uma demolição que, em termos normais, seria muito provável, e, por outro lado, permitir a construção em parcelas de terreno adquiridas em que, normalmente, essa construção também não seria possível. Essa possibilidade, há-de, assim, de ser encontrada através da ponderação dos vários interesses em jogo, passando pelo acordo dos vários proprietários, através da cedência, voluntária, ou imposta pela viabilidade do processo, naquilo que seja necessário para a obtenção dos padrões urbanísticos (embora especiais – cfr. artigo 25.º da Lei) exigidos".

a preocupação de articulação da situação jurídica e da realidade fáctica como elementos base para a definição do efectivo cenário da divisão dos prédios integrados na área urbana de génese ilegal em lotes.

A deliberação sobre este pedido de licenciamento deve ser proferida no prazo de 60 dias e só pode ser indeferida caso esteja desconforme com esta lei, com a delimitação da área urbana de génese ilegal ou com o plano municipal em vigor. Caso haja silêncio da Administração, o mesmo equivalerá a deferimento, fixando-se, supletivamente, em três o número de anos em que mantém provisoriamente as construções identificadas para sofrer obras de alteração ou demolição (n.º 5 do artigo 24.º).

O artigo 25.º estabelece o procedimento de pedido de licenciamento de obras de urbanização, só podendo o mesmo ser objecto de indeferimento quando não se conforme com a operação de loteamento aprovado, desrespeite normas legais e regulamentares ou haja manifesta deficiência técnica dos projectos. A falta de deliberação dentro do prazo legalmente fixado gera, também aqui, o deferimento da pretensão apresentada (n.º 7). Desta deliberação deve constar o montante da caução para boa execução das obras e a quota de comparticipação de cada lote nos custos de execução das obras e da caução, nos termos do artigo 26.º.

Segue-se a emissão do alvará de loteamento que, mesmo que nada se diga expressamente deve englobar também a licença das obras de urbanização, na medida em que o artigo 29.º exige que se tenha prestado garantia que só é fixada na licença das obras de urbanização. Neste alvará devem inscrever-se as especificações previstas no artigo 77.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e as menções particulares previstas naquele artigo 29.º.

Estando, nos termos gerais, tal autorização de loteamento sujeita a inscrição na conservatória do registo predial competente, não deixa de estar subordinada, em aspectos atinentes à especificidade da operação de reconversão em curso, a regras registrais particulares.

Neste sentido, para além de, como vimos, o registo do alvará não dar lugar, de imediato, à abertura das novas descrições, que serão abertas quando for requerida a inscrição de aquisição, o artigo 30.º admite rectificações na descrição predial da área do prédio integrado em área urbana de génese ilegal sem necessidade de prévia rectificação do título que serviu de base ao registo (desde que a diferença de área não seja superior a 15%).

Deslocada muito embora no procedimento relativamente às normais fases de audiência e de discussão públicas, apenas em momento posterior à adopção da deliberação da aprovação do projecto de loteamento é que a mesma é tornada pública, admitindo o artigo 28.º a formulação de reclamações à mesma. A decisão destas reclamações ou o decurso do prazo para a sua apresentação produz a suspensão da eficácia da deliberação reclamada, não sendo possível, até lá, emanar um instrumento que titule a operação (neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23 de Setembro de 2003).

In fine, a legalização das construções, que será conseguida por via da obtenção da respectiva licença ou autorização, só pode ser feita após a entrada em vigor do instrumento que titule a operação da reconversão, uma vez que é nesse momento que se saberá

quais as construções que podem ser mantidas, mesmo sofrendo algumas alterações, ou que devem ser demolidas. Esta legalização só será possível se se preencherem requisitos mínimos de habitabilidade (atenuados, como decorre do disposto no artigo 46.º), sendo o respectivo procedimento, de acordo com o artigo 50.º, aligeirado em termos instrutórios, pela possibilidade de dispensa da apresentação dos projectos de especialidades e dos pareceres das entidades que já estejam a fornecer os seus serviços à edificação a realizar, e em termos de aferição do requisito da legitimidade, admitindo-se que o preencha o titular do rendimento de construção inscrita na matriz.

6. Legalização através da alteração do quadro de planeamento vigente

Coloca-se agora a questão quanto às demais situações de facto, violadoras de determinações jurídicas, e que se não enquadram nos pressupostos dos regimes normais e excepcionais analisados. À falta de previsão legal expressa que permita a legalização dessas operações urbanísticas, será a demolição a sua consequência necessária?

Nesta hipótese, terá de se indagar, desde logo, qual a possibilidade de utilização dos mecanismos de dinâmica dos *planos municipais de ordenamento do território*, para promover a regularização de situações ilegais.

A este propósito há que considerar vários aspectos: por um lado, a sua admissibilidade; por outro, os modelos possíveis de tal legalização; e, por último, a eventual insuficiência, em face do tipo de enquadramento normativo para uma área territorial determinada, daqueles procedimentos de imputação municipal.

Ora, quanto à primeira questão, é ponto assente que a legalização por intermédio de modificação do quadro de planeamento, se bem que admissível, deve ter-se como excepcional, uma vez que, como é bem notado por alguns autores, inverte a lógica do planeamento urbanístico: de um instrumento de enquadramento das transformações urbanísticas a operar, transforma-se o plano num mecanismo de ratificação das mudanças ocorridas, em regra sem concepção prévia de ordenamento do espaço. De facto, entronca esta possibilidade não na conformação da operação urbanística de génese ilegal com o direito aplicável, mas na alteração deste *i.e.* na aprovação de novos parâmetros urbanísticos, que permitam, num momento posterior, a legalização do edificado[65].

Assim, só em *situações absolutamente excepcionais* deve a Administração municipal aprovar, alterar ou rever os seus planos com a intenção de, por essa via, "regularizar" situações urbanísticas criadas, em regra, feridas de nulidade, por violação dos instrumentos de planeamento então vigentes. Terá, porém, de se começar a fazer alguma diferenciação entre as situações em que a obra não satisfaz as exigências urbanísticas e aquelas em que a mesma é susceptível de vir a satisfazer tais exigências caso, em função da sua natureza e imperatividade, estas possam vir *razoavelmente* a ser alteradas.

[65] Neste sentido, Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", *cit.*, p. 23-24, bem como *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais*, cit., p. 63-65.

Mais, é necessário que essa excepcionalidade seja cabalmente fundamentada tendo por base interesses públicos relevantes — ainda que a Administração não possa, nem deva, ser insensível, nesta tarefa aos interesses privados, também eles em regra conflituantes, na ocupação daquele espaço —, sob pena de, sem precedência desta tarefa de ponderação de interesses, se quebrar a regra geral da *inderrogabilidade singular dos regulamentos*, que impede que os planos municipais, como regulamentos administrativos que são, possam ser derrogados numa situação concreta, tendo em consideração apenas as suas características individuais desta[66].

Concordamos, por isso, como o critério avançado por Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, segundo o qual esta via de legalização de operações urbanísticas apenas pode ser utilizada em situações excepcionais em que estão em jogo preponderantes interesses (de justiça, estabilidade das relações sociais e de salvaguarda do direito à habitação) e em que seja significativo o número de operações realizadas ao abrigo de actos de licenciamento nulos (designadamente, situações em que, numa dada área do plano, a totalidade ou a maior parte das operações urbanísticas foi licenciada em violação das respectivas normas, o que pode inclusivamente indiciar que o instrumento de planeamento vigente foi elaborado de forma insensível às dinâmicas urbanísticas, públicas e privadas para o local, situação não tão pouco frequente entre nós, durante a primeira vaga de planificação municipal).

Entender esta possibilidade de legalização por intermédio de instrumento de planeamento como uma faculdade genérica, para além das críticas acima assinaladas, não permitiria compreender sequer o estabelecimento de regimes especiais de legalização como o aplicável às áreas urbanas de génese ilegal se esta regularização pudesse ser efectuada, sempre que não contendesse com demais regras legais e regulamentares, por via da aprovação, alteração ou revisão de um plano.

Como resulta do exposto, as vias de promoção desta legalização podem decorrer da alteração ou revisão de instrumentos de planeamento municipal, bem como da aprovação de planos municipais, normalmente de nível inferior [cumpridos, naturalmente, os requisitos para o efeito previstos no artigo 80.º. n.º 3, alíneas d) e e) do RJIGT][67].

Por exemplo, pode ser razoável e justificado que, no âmbito dos planos directores municipais, se estabeleça um regime mais benevolente para legalização de edificações existentes (à data da entrada em vigor do plano em causa), em que os índices e parâmetros

[66] Note-se que, nas situações em que os actos sejam nulos por violação do plano vigentes, a alteração das suas normas não transforma, só por si, os actos nulos em actos válidos, já que a validade do acto é determinada segundo a norma vigente ao tempo da sua prática. Tal apenas assim não sucederá, e mesmo assim dependendo do desencadear do respectivo procedimento de legalização, se os planos em causa assumirem uma intenção expressa ou implícita de regularização de situações ilegais existentes, isto é assumirem eficácia retroactiva.

[67] Note-se, porém, que não nos referimos aqui a qualquer alteração sob regime simplificado (nos termos do artigo 97.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial), na medida em que o recurso àquela apenas é possível para alterações que não despontam de quaisquer momentos relevantes de discricionariedade das entidades competentes pela aprovação e modificação do plano pois ou traduzem meros ajustamentos do plano ou resultam de opções urbanísticas e de ordenamento do território que decorrem de outros instrumentos de gestão territorial ou não bulem com interesses relevantes dos particulares, permitindo, assim, a dispensa de consulta a outras entidades públicas e a participação dos interessados.

sejam menos apertados do que os aplicáveis para as edificações ocorridas após essa data, mas desde que tal conste de um regime transitório, sob pena de potenciar o arrastamento indefinido destas situações (por exemplo, que o início do procedimento de legalização tenha lugar até dois anos após a entrada em vigor do plano, não sendo tais parâmetros especiais aplicáveis aos procedimentos iniciados subsequentemente).

Pode-se igualmente equacionar a suspensão dos planos municipais vigentes para uma determinada área como um mecanismo que promove a legalização de operações urbanísticas executadas naquela, caso em que os termos de apreciação do pedido de legalização seriam os do ordenamento urbanístico em geral. No entanto, quando se trate de uma suspensão de iniciativa municipal, esta determinará sempre a adopção de medidas preventivas, pelo que a possibilidade de legalização dependerá sempre da sua configuração das mesmas como medidas antecipatórias, isto é, que assumam a evolução do procedimento de revisão do plano como critério para decidir, activamente, sobre o destino de uma específica pretensão urbanística, não comprometendo, deste modo, a continuidade da gestão urbanística para aquela área[68].

Porém, estes mecanismos de legalização apenas são viáveis nas hipóteses em que os instrumentos de planeamento especial ou os regimes legais de ocupação do solo não vedem a ocupação ou utilização que se pretende ver legalizada, isto é nos casos em que a formulação daquelas opções corresponda a uma verdadeira opção do plano municipal.

Sobre este ponto, porém, há que considerar que, para além de os planos especiais de ordenamento do território também se encontrarem sujeitos aos mecanismos de dinâmica dos planos, também são previstas hipóteses de excepção ou derrogação dos regimes legais de restrição por utilidade pública. Nestes casos, como a fundamentação da adopção das normas inscritas naqueles instrumentos é mais estrita — sendo correspondentemente mais graves as hipóteses da sua violação, senão em termos legais, que comina com nulidade quaisquer das situações enunciadas, pelo menos no que se refere à ponderação dos interesses em jogo[69] — uma vez que se trata, em grande medida, de normas que reconhecem características particulares do solo e da sua localização, apelando para a noção de vinculação situacional do solo, ou que estabelecem especiais regimes de salvaguarda de valores ambientais essenciais, será eventualmente mais difícil proceder à alteração do quadro normativo pretendida.

Admitindo já uma abertura relativamente a estas últimas hipóteses, muito embora apelando para situações em que estaria em causa uma incompatibilidade com o regime legal da Reserva Ecológica Nacional fundada em erros materiais cartográficos na sua delimitação

[68] Sobre esta possibilidade cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA e Dulce LOPES, "As medidas cautelares dos planos", *Revista do CEDOUA*, n.º 10, 2-2002, p. 45-53.

[69] Sobre este ponto cfr. Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", *cit.*, p. 21. De facto, na sequência da análise dos autores, a indiferenciação das situações geradoras da nulidade no âmbito urbanístico tem sido uma das principais causas da consolidação de situações ilegais e da dificuldade na sua resolução, pelo que é urgente rever o regime das nulidades, prevendo sanções mais leves nas hipóteses em que a violação das regras administrativas não corresponda apenas a uma nulidade por determinação da lei, caso em que o desenho dos próprios mecanismos de reacção contra tais violações permitiria a resolução de grande número de situações ilegais.

e não uma verdadeira opção na desafectação dessas áreas, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de Abril de 2003. Neste refere-se que, não sendo os órgãos autárquicos os competentes para decidir sobre a existência ou não de tais erros, deve ser suspenso, nos termos do artigo 31.º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, o procedimento de apreciação sobre se deve ou não ser ordenada a demolição, até que seja apreciada aquela questão prévia pois só ela determinará se a incompatibilidade com os instrumentos de planeamento é injustificada e se "há forte probabilidade de que ela possa vir a deixar de existir".

7. Jurisdicização de operações urbanísticas ilegais

Recorremos, neste último momento, a um conceito que se vem firmando como distinto da legalização, mas que permite a atribuição de certos efeitos jurídicos às operações urbanísticas ilegais. Este, pelas vias que apresentaremos, permite que uma realidade que se encontra "fora do direito" possa ser jurisdicizada, isto é reconhecida, ainda que parcelarmente, por aquele.

A este propósito, o Código de Procedimento Administrativo, no seu artigo 134.º, n.º 3, admite e que se reconheça a situações de facto decorrentes da prática de actos nulos e que não puderam ser legalizados por nenhuma das vias apontadas precedentemente alguns efeitos jurídicos. Trata-se esta de uma forma de *jurisdicização*, que opera apenas verificados certos pressupostos que, por seu turno, dependem de uma apreciação, necessariamente discricionária, por parte da Administração *in casu* municipal, uma vez que é essencialmente do âmbito de actuação desta que nos vimos referindo.

Desde logo, é necessário que tenha sido praticado um acto administrativo ferido de nulidade, logo esta "abertura" normativa apenas se aplica a uma parte das situações *supra* mencionadas de ilegalidade, uma vez que o legislador considerou, a este propósito, que as únicas situações dignas desta tutela excepcionalíssima deveriam ser aquelas em que a intervenção da Administração houvesse sido constitutiva (e sem que a tutela dos interessados que confiaram naquela pudesse ser assegurada razoavelmente por via da eficácia jurídica reconhecida, ainda que de forma limitada, aos actos anuláveis)[70].

É igualmente exigido que tenha decorrido algum tempo desde a concretização da operação, o suficiente para que se possa afirmar que há interesses atendíveis na consolidação ou na estabilização daquela situação[71].

[70] Para José Carlos Vieira de ANDRADE, "Validade (do acto administrativo)", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VII, 1996, p. 590 e seguintes, a regra do 134.º, n.º 3 serve como forma de temperar a radicalidade das consequências que resultam da total improdutividade do acto nulo, sendo uma manifestação admissível de compressão deste regime legal.

[71] No entanto, não há a este propósito fórmulas mágicas, na medida em que não se aceita a analogia com a usucapião efectuada por Marcelo CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, Vol. I, 10ª Ed., 1980, p. 517. Como bem referem Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", *cit.*, p. 26 e nota de rodapé 27, não é possível essa fundamentação uma vez que este reconhecimento é constitutivo e não vinculado, não adquirindo o particular um direito à tutela da situação nula mas tendo apenas um interesse simples na conservação, que pode ser atendido ou considerado pela autoridade pública competente.

Por último, é igualmente necessário que esta possibilidade seja enquadrada juridicamente, uma vez que apenas é legítimo o recurso à jurisdicização se a situação de base houver sido constituída em conformidade com os princípios gerais de direito administrativo, quais sejam o princípio da boa fé, da protecção da confiança, da igualdade, da proporcionalidade e da realização do interesse público[72].

Tem-se aventado, a este propósito, que é necessário, embora possa não ser suficiente, que o interessado esteja de boa fé, portanto, que não tenha concorrido para a prática do acto ferido de nulidade, sob pena de esta provisão legal não poder ser mobilizada[73].

Embora concordemos, em princípio, com esta posição, parece que ela pode conduzir, em casos contados, à não prossecução de outros princípios orientadores da actividade administrativa, desde logo a prossecução do interesse público — que, em certas situações, dependendo do tipo de normas violadas, pode apontar, em face de interesses públicos atendíveis, como a garantia do direito à habitação, ou a não destruição de riqueza económica e social, para a manutenção daquelas obras —, bem como de interesses fundamentantes da própria norma legal, que, teve igualmente em consideração as gravosas consequências financeiras que decorreriam para a Administração do desencadear dos efeitos legais de todas as declarações de nulidade de actos por ela praticados.

Deve-se, assim, operar uma concordância prática de todos estes interesses, que podem apontar em sentido inverso ou, pelo menos, não integralmente correspondentes[74].

Assim sendo, entendemos que o órgão administrativo, competente para licenciar, autorizar ou aprovar aquela actuação urbanística, deve ponderar todos os interesses em jogo que apontem para a manutenção da situação de facto com os interesses que apontem em sentido contrário, tendo sempre como princípio rector o princípio da proporcionalidade, optando, se possível, por vias menos onerosas para os interesses preteridos.

No que se refere aos efeitos jurídicos que podem ser reconhecidos aos actos nulos, assenta a doutrina que a Administração pode certificar os actos de licenciamento, apesar de nulos, permitindo que as operações entrem no tráfego jurídico normal, podendo ainda emanar actos administrativos, desde que estes não impliquem alteração da situação

[72] Sobre este enquadramento, cfr. Mário Esteves de OLIVEIRA, Pedro Costa GONÇALVES e J. Pacheco de AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, cit., , p. 165.

[73] Neste sentido, *vide* Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", *cit.*, p. 26, ligando esta possibilidade ao "ambiente de confiança" que a autoridade que praticou o acto que se veio a revelar nulo normalmente proporciona, o que é particularmente visível nos actos de gestão urbanística.

[74] No ordenamento jurídico espanhol, como forma "salomónica" de compatibilizar o imperativo de protecção da legalidade urbanística com o princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança dos interessados, estabelece-se um prazo máximo de reacção administrativa (quadrianual que se inicia com a conclusão total das obras), passado o qual a Administração perde a possibilidade de reagir contra o ilícito urbanístico praticado, não podendo sequer iniciar o procedimento de legalização, nem ordenar a demolição. Tal não significa, porém, que o interessado possa considerar a sua obra tacitamente legalizada, nem que tenha direito à manutenção da situação criada, sendo equiparada antes à situação de uma obra que, após a aprovação ou alteração das concepções de planeamento urbanístico, e não *ab initium*, recaia "fora de ordenação". Como se compreende, não se estabelece prazo quando estas obras ilegais forem implantadas em zonas verdes, solo não urbanizável e espaços livres. Porém, quando se trate de uma infracção *grave* e *manifesta* do ordenamento urbanístico, conceitos esses densificados legal e jurisprudencialmente, estabelecem-se normas especiais de protecção da legalidade urbanística, quais sejam o acordo administrativo de suspensão dos efeitos das licenças ou ordens de execução e sua revisão jurisdicional, a revisão em via administrativa da licença ou ordem de execução em questão.

consolidada, designadamente a emissão de licenças de utilização, permitindo, assim, este regime, a conservação "«definitiva» e a consolidação jurídica de uma operação urbanística originariamente ilegal"[75].

No entanto, esta jurisdicização apesar de tender para a conservação sem data limite de uma situação ilegal, podendo, inclusivamente, ser um elemento de relevo a tomar em consideração numa ulterior hipótese de legalização, designadamente através da alteração do quadro normativo vigente, não deixa de promover uma regulamentação precária da situação ilegal, admitindo, assim, a qualquer momento, desde que tal exercício de ponderação de interesses se altere, uma redefinição da situação em causa.

8. Notas (in)conclusivas

No termo deste percurso pelo universo das medidas de tutela de legalidade urbanística existentes no ordenamento jurídico português, as conclusões poderiam, naturalmente, ser múltiplas e variadas, em face da dispersão e especificidade dos regimes jurídicos analisados. No entanto, porque aquelas ficariam sempre a dever muito a uma análise detida de cada ponto, limitamo-nos a apontar que, apesar de esta ter sido uma das matérias que mais reflexão doutrinal e, sobretudo, jurisprudencial tem merecido, a evolução na caracterização dos expedientes de legalização padece ainda hoje de sérias insuficiências. Foi nossa intenção, para além de fazer uma resenha das questões que se levantam — ou levantaram — a propósito daqueles mecanismos, chamar a atenção para os novos focos de "conflitualidade" que os mesmos suscitam e que, se já não se centram no correcto entendimento das medidas de tutela da legalidade relativamente a figuras que lhe são próximas, entroncam ainda nos limites da actuação da Administração — e paralelamente do Juiz —, na concepção e concretização daquelas, sobretudo quando dependentes de uma actuação jurídica de planificação urbanística.

Dulce Lopes

(Dulce Margarida de Jesus Lopes)
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[75] Pedro GONÇALVES e Fernanda Paula OLIVEIRA, "O Regime da nulidade dos actos administrativos que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas", cit., p. 28. Entendemos que, para além de poder praticar actos que não agravem a situação de ilegalidade em causa a Administração não está igualmente impedida, por maioria de razão, de praticar actos que permitam desagravar essa situação de ilegalidade.

jurisprudência