



Cristina Maria Mesquita da Costa

A LEGALIZAÇÃO

MEDIDA DE TUTELA E REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Fernando Alves Correia.

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

• **FACULDADE DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Legalização

Medida de Tutela e Reposição da Legalidade Urbanística

Cristina Maria Mesquita da Costa

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em

Ciências Jurídico-Políticas/Direito do Ordenamento, do Urbanismo e Ambiente,

sob orientação do Exmo. Professor Doutor Fernando Alves Correia

“Ninguém escapa ao sonho de voar, de ultrapassar os limites do espaço onde nasceu, de ver novos lugares e novas gentes. Mas saber ver em cada coisa, em cada pessoa, aquele algo que a define como especial, um objecto singular, um amigo – é fundamental. Navegar é preciso, reconhecer o valor das coisas e das pessoas, é mais preciso ainda!”

Antoine de Saint-Exupéry

AGRADECIMENTOS

Esta Dissertação não representa apenas o resultado de extensas horas de estudo, reflexão e trabalho durante as diversas etapas que a constituem. É igualmente o culminar de um objetivo académico a que me propus e que não seria possível sem a ajuda de um número considerável de pessoas.

Em primeiro lugar, um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Doutor Fernando Alves Correia, pelo apoio, a disponibilidade manifestada e a confiança depositada, contribuíram, decisivamente, para que este trabalho tenha chegado a bom termo. Agradeço, ainda, o apoio e os incentivos ao longo de todo o Mestrado.

Aos meus pais, que sempre primaram pela minha educação, tendo-me oferecido sempre a oportunidade de estudar (a sua maior herança).

Ao meu marido, ouvinte atento de algumas dúvidas, inquietações, desânimos e sucessos, pelo apoio, pela confiança e pela valorização sempre tão entusiasmante do meu trabalho, dando-me, desta forma, coragem para ultrapassar as dificuldades.

Ao meu filho, pela ternura e alegria sempre manifestada apesar da falta de atenção e ausência. Espero que o entusiasmo, seriedade e empenho que dedico ao trabalho lhe possa servir de estímulo para fazer sempre “mais e melhor”.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo crescimento intelectual e pessoal.

Estou ainda em dívida para com muitas pessoas pela sua ajuda, apoio e paciência. E é por isso que quero dedicar esta Dissertação a todos aqueles que, sem reservas, partilharam comigo os seus conhecimentos.

RESUMO

Intitulada *A Legalização: Medida de Tutela e Reposição da Legalidade Urbanística*, esta Dissertação visa analisar a figura da legalização e da legalização coerciva, enquanto medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística, consagradas com a alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, analisando a sua suficiência para dar resposta às operações urbanísticas ilegais existentes.

Concluiu-se pela insuficiência das citadas figuras como resposta para grande parte das construções ilegais existentes.

Palavras-chave: operações urbanísticas ilegais, medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística, legalização, legalização coerciva.

ABSTRACT

This Dissertation aims to analyze the figure of the legalization and the coercive legalizations, while protection measures and restoration of urbanistic legality, consecrated with the amendment to “Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE)”, introduced by “Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro”, analyzing its adequacy to deal with the existing illegal urbanistics operations.

We concluded by the failure of the figures mentioned in response to most of the existing illegal constructions.

Key-words: illegal urbanistic operations, protection measures and restoration of urbanistics legality, legalization, coercive legalizations.

MOTIVAÇÃO

A decisão sobre a escolha deste tema não teve nada de aleatório, mas sim o facto de, diariamente, conviver com esta realidade, e ir constatando a existência de uma série de construções ilegais, algumas delas passíveis de legalização, mas cujos procedimentos, por várias razões, não são desencadeados, e outras porque não são passíveis de legalização, não restando outra solução que não seja lançar mão da medida de tutela da legalidade urbanística mais gravosa para o particular, a demolição.

A análise prática que a alteração ao RJUE introduzida pelo Decreto-Lei nº 136/2014, de 9 de setembro e a consagração da figura da legalização e da legalização coerciva veio trazer aos municípios, principalmente à gestão urbanística e os procedimentos adotados na sequência da mesma, principalmente a nível regulamentar.

Com o presente trabalho, pretende-se fazer uma breve análise das medidas de tutela da legalidade urbanísticas em vigor no nosso ordenamento jurídico, fazendo uma análise das alterações introduzidas nesta matéria com a alteração ao RJUE introduzida pelo Decreto-Lei nº 136/2014. Dentro destas alterações e com mais pormenor, vamos abordar a figura da legalização e a legalização coerciva, sendo objetivo final concluir se as mesmas se mostram suficientes para dar resposta às operações urbanísticas ilegais com que nos deparamos diariamente.

Vamos, também, analisar se estas figuras poderiam ter ido mais além, principalmente no que se refere ao seu âmbito de aplicação e, perante a insuficiência destas, que medidas podem os Municípios adotar para fazer frente às construções e utilizações “ilegais” que possuem nos seus territórios.

Foram assim, acima de tudo, motivos profissionais que levaram à escolha deste tema.

ORGANIZAÇÃO SISTEMÁTICA

A presente Dissertação é desenvolvida, sistematizada e apresentada em oito Capítulos, subdivididos em várias partes, melhor descritas no índice. Os Capítulos estão identificados através de numeração romana e as partes apresentadas através de numeração ordinal.

O Capítulo I – intitulado “Evolução histórica do Direito do Urbanismo”, no qual é feita uma breve exposição sobre a evolução do direito do urbanismo ao longo dos anos, na Europa e, em particular, em Portugal.

O Capítulo II – tem como objetivo fazer uma breve caracterização do ilícito urbanístico e das construções ilegais no ordenamento jurídico Espanhol, Francês e Italiano, principalmente à forma como são tratadas as construções ilegais nesses países.

O Capítulo III - tem como objetivo principal identificar as “Medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística”, sendo aqui feita referência às figuras previstas no RJUE, com especial enfoque na figura da legalização.

O Capítulo IV - tem como objetivo fazer uma análise mais pormenorizada da figura da legalização, concretizando as situações reais a que a mesma poderá ser aplicada.

O Capítulo V - trata o regime jurídico da legalização, onde são abordadas matérias como a tramitação do procedimento de legalização e as opções a adotar quando a legalização falha ou quando a mesma não é passível de aplicação ao caso concreto.

O Capítulo VI - trata da figura da legalização coerciva, a sua tramitação e o papel que os municípios têm na concretização e aplicação prática desta figura e será analisada a suficiência ou não da mesma para dar resposta aos casos de operações urbanísticas ilegais.

O Capítulo VII - faz uma pequena abordagem a regimes especiais de legalização e dispensa de cumprimento de normas, mais precisamente, o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, o Regime Excepcional de Reabilitação Urbana – RERU e o Regime Extraordinário de Regularização de Indústrias, Explorações Pecuárias e Outras Atividades – RERAE.

O Capítulo VIII - dedicado à conclusão.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

RJUE – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

RMUE – Regulamento Municipal de Urbanização e Edificação

CRMVR – Código Regulamentar Município de Vila Real

RERU – Regime Excecional de Reabilitação Urbana

RERAE – Regime Excecional de Legalização de Indústrias, Instalações Pecuárias e Outras Atividades

RJIGT – Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial

PNPOT – Plano Nacional da Política de Ordenamento do Território

RJACSR – Regime Jurídico das Atividades de Comércio, Serviços e Restauração

RLZ – Regime Jurídico Licenciamento Zero

RJRU – Regime Jurídico da Reabilitação Urbana

RGEU – Regime Geral das Edificações Urbanas

PMOT – Plano Municipal de Ordenamento do Território

PIOT – Plano Intermunicipal de Ordenamento do Território

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul

STA – Supremo Tribunal Administrativo

SÉC – Século

AC. – Acórdão

PROC. – Processo

Cf. – Conforme

P – Página

Pp - Páginas

ÍNDICE

Agradecimentos	4
Resumo	5
Motivação	6
Organização sistemática	7
Abreviaturas e Siglas	8
Introdução	13
CAPÍTULO I – DIREITO DO URBANISMO – BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA	
1.1 – Evolução histórica do Direito do Urbanismo	14
1.2 – Evolução histórica do Direito do Urbanismo em Portugal	17
CAPÍTULO II - O ILÍCITO URBANÍSTICO E A CONSTRUÇÃO ILEGAL – DIREITO COMPARADO	
2.1- O ilícito urbanístico e a construção ilegal no ordenamento jurídico espanhol, francês e italiano	19
2.2 – Espanha	19
2.3 – França	23
2.4 – Itália	25
CAPÍTULO III – MEDIDAS DE TUTELA E REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA	
3.1- Medidas de tutela da legalidade urbanística	29
3.2 – A origem da figura da legalização	30
3.2.1 – Os atos de controlo prévio da atividade dos particulares	32

3.3 – Âmbito de aplicação da legalização	36
3.3.1 – Garantia do existente	37
3.4 – Que situações consubstanciam uma ilegalidade urbanística	41
CAPÍTULO IV – A LEGALIZAÇÃO COMO MEDIDA DE RESTAURAÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA	43
4.1 – Enquadramento	44
4.2 – A ordem de demolição – natureza e limites	47
4.3 - Influência do decurso do tempo na decisão sobre a demolição	50
4.4 – A ponderação da suscetibilidade de legalização	52
CAPÍTULO V – REGIME JURÍDICO DA LEGALIZAÇÃO	55
5.1 – Tramitação	59
5.2 – Quando a legalização falha	62
5.3 – Quando não é possível lançar mão da legalização	64
CAPÍTULO VI – AS LEGALIZAÇÕES COERCIVAS	67
6.1 – O papel dos municípios perante a legalização coerciva	69
6.2 – Da insuficiência da legalização coerciva	73
CAPÍTULO VII – REGIMES ESPECIAIS DE LEGALIZAÇÃO E DISPENSA DE CUMPRIMENTO DE NORMAS	
7.1 – Regime da Reabilitação Urbana	75
7.2 – Regime Excepcional de Reabilitação Urbana – O RERU	77
7.2.1 – Âmbito de aplicação	78
7.2.2 – Normas que o RERU dispensa de serem cumpridas	79

7.3 – Regime extraordinário de regularização de indústrias, explorações pecuárias e outras atividades - RERAE	80
7.3.1 – Âmbito de aplicação do RERAE	81
7.3.2 – Pressupostos para aplicação do RERAE	82
7.3.3 – Instrução destes pedidos	82
7.3.4 – Do reconhecimento do interesse público	84
7.3.5 – Diligências necessárias para a alteração do plano municipal de ordenamento do território ou do plano especial	85
CAPÍTULO VIII – CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	88
JURISPRUDÊNCIA	93

INTRODUÇÃO

Com a publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, que procedeu a mais uma alteração ao RJUE, consagrou-se, pela primeira vez, a figura da legalização como uma das medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística.

Ou seja, pela primeira vez, o legislador reconhece e cria uma figura própria a aplicar às construções que se encontram concluídas, ou já iniciadas, sem que tenha sido obtido o competente título, deixando, assim, os municípios de ter de lançar mão, nestes casos, das figuras próprias do controlo prévio, com as dificuldades daí resultantes.

Esta recente alteração consagrou, também, a figura da legalização coerciva, no sentido de pôr fim ao impasse que ocorre quando a administração se encontra perante uma construção ilegal, mas que é passível de legalização, contudo, o seu promotor não desencadeia o respetivo processo de legalização.

Vamos ver ainda até onde foi o legislador na regulamentação desta figura da legalização no RJUE e até onde poderia ter ido, aproveitando para fazer uma breve referência a regimes específicos que também consagram a figura da legalização e dispensa do cumprimento de normas.

Ao longo deste trabalho vamos fazendo referência à proposta do Código Regulamentar do Município de Vila Real que, à data da elaboração deste trabalho, ainda não se encontra em vigor, tendo, contudo, terminado já o período de discussão pública do mesmo, principalmente, à forma como este tratou a figura da legalização.

Começamos, fazendo uma breve referência à evolução histórica do Direito do Urbanismo e à forma como é tratado o ilícito urbanístico em Espanha, França e Itália.

CAPÍTULO I – DIREITO DO URBANISMO – BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA

1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO URBANISMO¹

Os primórdios do Direito do Urbanismo da atualidade já estavam presentes em determinados institutos do Direito Romano, existindo já nesse período várias normas jurídicas cujo objetivo era a tutela de interesses públicos relacionados com o urbanismo.

Das regras jurídicas urbanísticas dos romanos faziam parte, essencialmente, regras relacionadas com a segurança das edificações, não só segurança para quem nelas habitava, mas também segurança para a população em geral, constatando-se ainda a existência de regras relacionadas com a estética e salubridade das edificações, contendo também normas relacionadas com o ordenamento do conjunto urbano, normas estas que ainda hoje têm aplicação prática, nomeadamente, no que diz respeito à expropriação por utilidade pública, à proibição de ocupação da via pública, bem como, a obrigação de demolição das casas em ruína.

Na Idade Média, o ordenamento jurídico do urbanismo tem como característica principal o facto de as normas jurídicas urbanísticas terem uma natureza essencialmente municipal, normas essas que versavam sobre a polícia económica da cidade, como sejam, o abastecimento público, polícia de pesos e medidas, fixação de preços, etc.

Alguns institutos jurídicos do urbanismo da atualidade já tinham aplicação nas cidades medievais, mais concretamente, a autorização de construção, a expropriação por utilidade pública e, por fim, os planos, que tinham como principal função o desenvolvimento das cidades.

O direito do urbanismo no período do Renascimento teve um papel diminuto, sendo que a principal característica em termos urbanísticos neste período foi, essencialmente, tentar delinear, em termos teóricos, o que seria a cidade ideal. Assim, a atividade urbanística do século XVI consistiu, principalmente, em alterações no interior das cidades.

¹FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual do Direito do Urbanismo, Volume I*, 4.^a edição, pp. 181 a 204.

Com a chegada do Estado de Polícia no final do século XVII, início do século XVIII, assiste-se a um aumento quantitativo de normas jurídicas urbanísticas, contribuindo com alguns institutos que ainda hoje têm aplicação prática, principalmente, a aplicação do direito do urbanismo através da lei a todo o território de um país, os planos de alinhamento, os regulamentos de polícia urbana, cuja maioria tinha origem nos municípios, tendo como função estabelecer regras de segurança, salubridade e estética das construções e, por fim, a forte utilização da expropriação por utilidade pública para a concretização de obras públicas.

Com a chegada do Estado Liberal, assiste-se a algumas alterações ao direito do urbanismo, verificando-se a libertação da propriedade privada, bem como a diminuição da intervenção da administração pública no ordenamento jurídico do urbanismo, devido ao princípio da liberdade de construção. Outra alteração está relacionada com o facto de os regulamentos de polícia estarem agora submetidos ao princípio da legalidade, contribuindo para um aumento de atribuições aos municípios que tradicionalmente não lhes pertenciam.

Assiste-se, neste período, também a um reforço das atribuições municipais no campo do urbanismo e à crescente preocupação com a planificação urbana.

Por fim, de referir o direito do urbanismo no Estado de Direito Social, tendo esta conceção de Estado acarretado inúmeras alterações no que diz respeito ao ordenamento jurídico urbanístico. Segundo FERNANDO ALVES CORREIA, neste período da história, as alterações surgidas no âmbito do direito do urbanismo podem dividir-se em duas fases: uma fase do pós 2.^a Guerra Mundial, denominada fase do “Direito do Urbanismo de explosão urbana”, que se desenrola até à década de 70 do século XX, e uma segunda fase, que tem início nessa década e vem até à atualidade.

Nessa primeira fase, com as devastações causadas pela guerra e as carências habitacionais ocasionadas pela aceleração do crescimento da população das cidades, sobressai o papel mais ativo da administração pública no domínio do urbanismo, através da construção de infraestruturas fundamentais, como vias de comunicação, redes de abastecimento de água e saneamentos básicos. Assiste-se, também, à expropriação de enormes áreas com a finalidade de estabelecer uma bolsa de solos, com o intuito de, posteriormente, serem urbanizados e

vendidos a preços acessíveis, para que neles a população pudesse construir habitação própria. Por sua vez, estabelece-se aquilo que se pode designar por “urbanismo de concertação”, ou seja, denota-se uma maior colaboração entre o Estado e as autarquias locais, bem como aparecem várias formas de participação entre os particulares e a administração. Ainda no Estado de Direito Social, assiste-se a um alargamento de âmbito territorial no que diz respeito ao direito do urbanismo, começa a manifestar-se, nos grandes centros urbanos, uma necessidade de planificação de âmbito supramunicipal, contribuindo, assim, para os primórdios de uma planificação de âmbito supralocal. Outra característica importante, relacionada com o direito do urbanismo no Estado de Direito Social, prende-se com o direito de propriedade, porquanto passam a existir limites, impostos por lei, ao direito de propriedade, contribuindo, desta forma, para uma superação do direito de propriedade absoluto, ficando o direito de propriedade do solo dependente da lei e dos planos urbanísticos. Em suma, passa-se de um urbanismo de “policia e regulamentação” para um urbanismo “ativo ou operacional”, lançando-se os fundamentos de um “ordenamento jurídico dos solos urbanos” como forma de conter a especulação imobiliária.

A segunda fase corresponde ao início da década de 70 do século passado até aos dias de hoje, assistindo-se, assim, a mais uma transformação no direito do urbanismo, uma transformação em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos, pelo facto, de a partir da década de 70, se assistir a uma diminuição do fenómeno da expansão urbana, cujo intuito era o maior número de construção de habitações e de edifícios públicos. Pretende-se, agora, tentar travar o crescimento das cidades através da urbanização desenfreada de terrenos, dando lugar à renovação e reabilitação urbana. Deste modo, assiste-se, em sentido oposto, a uma transformação em termos qualitativos, procurando melhorar-se o espaço urbano já existente, atraindo de novo as pessoas aos centros das cidades, iniciando-se, por outro lado, uma maior preocupação em termos ambientais, paisagísticos e arqueológicos. Esta fase do urbanismo denomina-se como um “urbanismo de segurança e proteção.”

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO URBANISMO EM PORTUGAL²

Em Portugal, a evolução do Direito do Urbanismo desenvolveu-se, ao longo dos séculos, do mesmo modo que nos restantes países europeus. Todavia, pode afirmar-se que foi apenas no Séc. XX, após a 2ª Guerra Mundial e devido ao fenómeno do aumento da urbanização, que começaram a ser criados os principais princípios e normas jurídicas para a resolução de problemas jurídico-urbanísticos. No entanto, alguns traços característicos do direito do urbanismo português da atualidade já se faziam sentir na Idade Média. Assim, já nesta época histórica, grande parte da regulamentação da construção e do urbanismo era atribuída aos municípios. A evolução do direito do urbanismo português no Séc. XX e inícios do Séc. XXI prende-se, essencialmente, com a evolução da conceção do plano urbanístico, deixando-se de ter apenas uma conceção de plano urbanístico limitado a uma determinada área, passando-se para uma ideia de planos urbanísticos que englobem a ocupação, uso e transformação do solo, envolvendo áreas territoriais mais amplas e todo o espaço municipal. Por sua vez, assiste-se, ainda, a um aumento das atribuições dos municípios no âmbito do urbanismo, sendo-lhe atribuídas novas tarefas, nomeadamente, a elaboração e aprovação de planos urbanísticos de âmbito municipal. Ainda no Séc. XX, foi aprovada legislação geral sobre vários setores no âmbito do urbanismo, logrando principal destaque o Regime Jurídico de Urbanização e Edificação (RJUE), o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), bem como o Código das Expropriações. Para além dos municípios, o próprio Estado ampliou a sua interveniência na atividade urbanística, concretizando, por exemplo, as bases gerais da política do ordenamento do território e desenvolvimento urbano, e, ainda, a elaboração do programa nacional da política do ordenamento do território (PNPOT), prestando apoio e acompanhando a atividade de planificação urbanística dos municípios. Tal como nos restantes países europeus, verifica-se em Portugal que o urbanismo quantitativo, vocacionado para o aumento das edificações e construções de novos equipamentos públicos, tem vindo a ceder lugar a um urbanismo qualitativo, preocupado em aproveitar o edificado já existente, através de programas de reabilitação e reaproveitamento. Por fim, verifica-se uma maior intervenção dos

² FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo – Volume I*, 4.ª edição, pp. 205 a 213.

particulares nas atividades urbanísticas, bem como, o aparecimento de novas entidades supramunicipais a intervir em matérias do ordenamento do território e do urbanismo. Em suma, estamos perante um direito do urbanismo com um papel mais interventivo, dinâmico e ativo, que chama cada vez mais os particulares a colaborar na aplicação e desenvolvimento deste.

CAPÍTULO II – O ILÍCITO URBANÍSTICO E A CONSTRUÇÃO ILEGAL – DIREITO COMPARADO

2.1 – O ILÍCITO URBANÍSTICO E A CONSTRUÇÃO ILEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL, FRANCÊS E ITALIANO

Na segunda metade do Séc. XX, alguns países, preocupados com o correto ordenamento dos seus territórios, criaram regras para o urbanismo, fazendo surgir as primeiras legislações urbanísticas das cidades modernas: em Espanha, a *Lei de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana* (de 1956, modificada em 1975, 1992, 1998, 2007 e o *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de outubro, que aprovou o texto refundido da Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*); em Itália, a *Legge Urbanística* (de 1942, modificada em 1967, 1968, 1977, 1985, 1989 e 1992); em França, o *Code de L'Urbanisme* (de 1954, modificado em 1973, sendo a última modificação de 30 de abril de 2016).

Comum a todas estas leis e a todas as estruturas urbanísticas é a sua organização através de planos, planos de diversa natureza e hierarquia, e, também, a crescente preocupação com as construções ilegais e o modo de prevenir e tratar as mesmas.

2.2 ESPANHA

A Constituição Espanhola reconhece, no seu artigo 33.º, o direito à propriedade e à transmissão hereditária, submetendo-o, porém, aos limites decorrentes da respetiva função social, a determinar por lei e que balizam o conteúdo do referido direito. Assegura-se a preservação do conteúdo essencial de tal direito e que a privação da propriedade dos bens e direitos dos particulares não pode ser efetuada senão por causa de utilidade pública ou interesse social, mediante correspondente indemnização, e em conformidade com o disposto na legislação aplicável. Por sua vez, o artigo 47.º da Constituição consagra o direito a uma habitação digna e adequada e a obrigação dos poderes públicos de regular a utilização do solo

de acordo com o interesse geral em impedir a especulação, exigindo, ademais, a participação da comunidade nas mais-valias geradas pela ação urbanística dos entes públicos.³

A Lei do Solo Espanhola de 1956 (*modificada em 1975, 1992, 1998, 2007*),⁴ que culminou com a Lei do Solo de 2008 - Ley 8/2007, de 28 de maio, posteriormente consolidada com o Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junho, acolheu, com grande amplitude a matéria urbanística. No entanto, vários fatores, nomeadamente a conjuntura política, questões financeiras e a inércia nesta matéria por parte da administração local, fizeram com que, até à revisão da Lei ocorrida em 1975, aquela não tivesse grande aplicabilidade. Desta revisão destaca-se a melhoria dos meios sancionadores em benefício da gestão urbanística, tendo gerado também uma onda legislativa, por via regulamentar⁵, sobre o planeamento urbanístico.

Com a Lei n.º 6/1998, de 13 de abril, foi aprovada uma nova lei dos solos, que adequou a legislação ao entendimento do Tribunal Constitucional sobre a distribuição de poderes entre o Estado e as Comunidades Autónomas, e que procedeu a uma significativa liberalização do regime fundiário ao consagrar a presunção legal de que todo o solo é urbanizável. A elisão desta presunção cabia, assim, aos municípios, que para tal tinham de justificar de forma cabal, nos planos, e de acordo com os critérios tipificados de forma exaustiva na lei (espaços protegidos ou merecedores de proteção ambiental, solo com elevado valor agrícola, terrenos ameaçados por riscos naturais, disposições de leis especiais – legislação da água, do litoral, etc. – ou, por último, a inadequação para o desenvolvimento urbano), a classificação de determinada área como não urbanizável.

³Análise comparativa das Leis de Solos de Países Europeus – Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo – Documento Técnico DGOTDU8/2011, em http://www.dgterritorio.pt/produtos_e_servicos/publicacoes/documentos_tecnicos/analise_comparativa_das_leis_de_solos_de_paises_europeus_2/

⁴ Em bom rigor, em 1975 e 1992 o que sucedeu mais releva de uma reformulação dos textos legislativos objeto das referidas leis, do que da verdadeira aprovação de uma nova lei dos solos. Nesse sentido – cf. TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ, *Le Droit de L'urbanisme en Espagne*, disponível em http://www.gridauh.fr/fileadmin/gridauh/MEDIA/2010/travaux/urbanisme_sans_frontiere/3eccb2857f14e.pdf.

⁵ “Com estes regulamentos, visava-se primordialmente: a) acabar com os obstáculos de ordem física e jurídica que a propriedade privada do solo cria à realização dos planos urbanísticos, mediante o controlo administrativo da utilização do solo; b) distribuir equitativamente os benefícios e encargos derivados do planeamento, para facilitar a execução dos planos pelos particulares; c) permitir que a administração recupere as mais-valias geradas pela urbanização, a favor da comunidade; d) combater a especulação dos solos” FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *Direito do Urbanismo – Noções Fundamentais*, Lisboa: *Quid Juris Sociedade*, 1999, p. 96.

O Reino de Espanha é um Estado Autónómico, ou seja, um Estado onde se assiste à repartição dos poderes executivo e legislativo entre três níveis de governo: Estado Central (com competência legislativa e executiva), Comunidades Autónomas (com competência legislativa e executiva) e Municípios (com competência executiva).

No que concerne ao direito do ordenamento do território e do urbanismo espanhol, encontramos uma estrutura descentralizada a favor das Comunidades Autónomas. Com efeito, as 17 Comunidades Autónomas que constituem o Reino de Espanha possuem competências legislativas e executivas em matéria de ordenamento do território, de urbanismo e de habitação, estando, para o efeito, cada uma delas, dotada de legislação própria.

Os municípios, por sua vez, aprovam o planeamento geral municipal, mantendo a totalidade dos aspetos urbanísticos, de desenvolvimento, gestão, execução e controlo no conjunto dos seus poderes.

Também no ordenamento jurídico espanhol, um dos grandes problemas de quem tem responsabilidades ao nível do planeamento e da gestão urbanística são as situações de construções ilegais.

Este facto, ou seja, a existência de grande número de construções ilegais, era apontado por várias razões, entre elas o facto de a Lei do Solo de 1956 não conter normas adequadas ao controlo destas situações, ao contexto político e financeiro existente e ao mau funcionamento das estruturas administrativas (fiscalização). Neste momento, a maior parte das Comunidades Autónomas possuem legislação própria em matéria de disciplina urbanística e regras próprias de proteção da legalidade urbanística.

Com efeito, a reforma da Lei dos Solos, levada a cabo em 1975, estabeleceu um conjunto de medidas tendo em vista combater as operações urbanísticas ilegais. As obras realizadas sem licença ou em desrespeito à licença emitida podem ser imediatamente suspensas pelas autoridades municipais, intimando o infrator para, no prazo de dois meses, desencadear os procedimentos necessários para a obtenção da licença, ou para realização de trabalhos, por forma a respeitar a autorização emitida.

Notificado para esse efeito, se não realizar os trabalhos no prazo estipulado, ou se os mesmos não forem passíveis de regularização, em virtude de serem incompatíveis com os planos em vigor, a mesma entidade decide pela demolição às custas do infrator.

Nos casos em que os trabalhos acima referidos já se encontram concluídos e no caso de essas obras se conformarem com as normas materiais aplicáveis (principalmente com os planos), o município dispõe do prazo de quatro anos para notificar o interessado a fim de solicitar a licença respetiva, podendo proceder à expropriação ou venda forçada do terreno com a edificação se a licença não for solicitada. Sendo a construção desconforme com as normas em vigor, e não se mostrando possível essa conformidade, é ordenada a sua demolição à custa dos infratores.

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

Contudo, também aqui a doutrina e jurisprudência não têm uma interpretação uniforme. Com efeito, se parte da doutrina entende que decorrido o prazo, sem que o interessado solicite o licenciamento, as obras ficam legalizadas, outra parte entende precisamente o contrário, ou seja, não sendo requerido o licenciamento por quem goza de legitimidade para o efeito, estas obras continuam ilegais, sujeitas então às medidas de reposição da legalidade previstas (a demolição).

Assiste-se a uma outra interpretação, segundo a qual, depois de decorrido o prazo, a obra ilegal não pode ser expropriada nem vendida forçosamente. No entanto, o facto de ter decorrido aquele período de tempo não torna a obra legal, ficando sim numa situação de “persistência tolerada, mas insuscetível de legalização”^{6/7}. As obras não passam a ser legais, mas antes “legalmente consentidas”, como refere ALEXANDRA GONÇALVES.⁸

⁶ RICARDO SANTOS DÍEZ / JULIO CASTELAO RODRÍGUEZ, *Derecho Urbanístico: Manual para Juristas e Técnicos*, 3.ª edição, 1999, Publicaciones Abella, Madrid

⁷ Cf. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La Disciplina Urbanística*, 1.ª edição, Iustel, 2006, p. 69.

⁸Cf. ALEXANDRA GONÇALVES, “*Legalizar ou o Procedimento Administrativo de fazer de conta que se faz de novo*”, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, 2013, p. 46

Há ainda quem entenda que, após o decurso do prazo referido acima, não pode haver lugar à expropriação da obra ilegal, nem venda forçada, nem legalização, ficando, assim, a obra numa situação análoga ao regime de “fuera de ordenación”. Este regime integra construções não legais no ordenamento jurídico, quer porque construídas antes da entrada em vigor de um determinado plano que as tornou ilegais, quer por terem sido construídas ilegalmente, e assim continuarem ao fim do prazo previsto para uma atuação por parte da administração pública.⁹

Quando estão em causa obras, levadas a cabo em desrespeito à licença obtida, o presidente da câmara pode adotar a figura da suspensão dos efeitos da licença e, por conseguinte, a paralisação imediata das obras abrangidas por ela. Esta suspensão tem efeitos cautelares, uma vez que a decisão definitiva sobre a legalidade ou ilegalidade da licença é competência dos Tribunais Administrativos, que gozam do prazo de 3 meses para confirmar ou anular a licença emitida.

2.2 FRANÇA

A França é um Estado unitário, mas descentralizado, composto por regiões, departamentos e municípios (communes). As principais competências em matéria de ordenamento do território e de gestão urbanística pertencem aos municípios, onde se incluiu, tal como em Portugal, o controlo e fiscalização da construção.

No Direito Constitucional Francês encontram-se um conjunto de princípios e normas que assumem importância fundamental no enquadramento legal do direito do solo, dos quais se assinalam os que se afiguram apresentar relevância na estrutura do sistema. Reconhece-se, por um lado, na Déclaration des Droits de L’homme et du Citoyen de 1789 (artigo XVII), a inviolabilidade e sacralidade do direito de propriedade, porquanto ninguém pode dela ser privado, a não ser que a necessidade pública, legalmente verificada, o exija, e sempre sob a condição da prévia atribuição de uma justa indemnização. Por outro lado, resulta da Carta do Ambiente, expressamente recebida pela Constituição¹⁰, a consagração do direito a um

⁹ Cf. RICARDO SANTOS DíEZ / JULIO CASTELAO RODRÍGUEZ, ob. cit, p. 1001.

¹⁰ Cf. primeiro considerando do preâmbulo

ambiente sadio e equilibrado, do dever pessoal de tomar parte na preservação e melhoria do ambiente, do dever, nas condições a definir por lei, de prevenir condutas que sejam suscetíveis de causar danos ao ambiente ou, caso os mesmos já tenham ocorrido, de limitar as suas consequências e, por último, do dever de contribuir para a reparação dos danos que tenha causado ao ambiente, nas condições definidas por lei.¹¹

A Lei do Urbanismo Francesa é de 1943, substituída pelo Código de 1954. A partir de 1983, o Direito do Urbanismo em França sofreu mudanças acentuadas. O sistema de organização territorial caminhou da centralização do poder para a sua municipalização, incentivando-se cada vez mais a participação dos cidadãos nas decisões a tomar sobre a organização do território.

A lei de 20 de junho de 1972 adotou a solução de separar o urbanismo da construção e da habitação, e estabelecer um código para cada uma destas matérias.

A reforma da lei do urbanismo, ocorrida em 1976, introduziu grandes inovações no que se refere à repressão das infrações urbanísticas, definindo um grande conjunto de infrações urbanísticas e consagrando a possibilidade de adoção de medidas repressivas importantes.

A descentralização do Estado Francês, ocorrida na década de 80, operou a transferência de um leque significativo de competências do Estado central para os municípios, nomeadamente no que se refere à elaboração e aprovação dos planos de ordenamento do território, à emissão de licenças de construção e à realização de projetos de urbanização (Leis de 7 de janeiro e 22 de julho de 1983 e de 18 de julho de 1985).

Assim, o Código do Urbanismo Francês, no que à tipificação das infrações diz respeito, identifica, desde logo, os casos de operações realizadas sem que tenha sido obtido o necessário título e sem que tenham sido desencadeados os trâmites legais necessários para que essa operação pudesse ser realizada. Evidenciando que uma construção levada a cabo sem licença, mesmo que cumpra as normas legais em vigor, continua a ser uma construção ilegal.

¹¹Análise comparativa das Leis de Solos de Países Europeus – Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo – Documento Técnico DGOTDU8/2011, em http://www.dgterritorio.pt/produtos_e_servicos/publicacoes/documentos_tecnicos/analise_comparativa_das_leis_de_solos_de_paises_europeus_2/

Prevê também os casos em que a operação urbanística é levada a cabo ao abrigo de uma licença ou autorização que entretanto foi declarada nula, bem como aquelas que foram executadas ao abrigo do título respetivo, mas não cumpriram com o teor do mesmo.

Detetada uma construção ilegal, no ordenamento jurídico francês, a competência para ordenar a demolição, ao contrário do que se passa no nosso ordenamento jurídico, é exclusiva das autoridades judiciais, mais precisamente, do juiz penal, uma vez que, em França existe um direito penal do urbanismo.¹²

Com efeito, a fiscalização municipal perante uma construção ilegal, levanta o respetivo auto de notícia, enviando cópia ao ministério público, podendo este decidir pela demolição das obras ilegais ou pela realização de obras de maneira a obter a sua conformidade com o ordenamento jurídico em vigor.

Para a tomada desta decisão, pode o juiz decidir ouvir a entidade administrativa ou o funcionário desta que detetou a infração.

Com efeito, pode este impor a adoção de medidas de reposição da legalidade, que podem consistir na realização de obras de correção ou reposição dos trabalhos de acordo com o autorizado, ou na demolição e respetiva reposição dos terrenos no seu estado anterior.

Ou seja, em França, as medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística são, por norma, aplicadas pelos Tribunais Penais, não sendo as entidades administrativas competentes para estes casos.

2.3 ITÁLIA

O regime jurídico do solo em Itália tem por enquadramento os diversos princípios que a Constituição Italiana consagra em matérias conexas, designadamente, a tutela da paisagem e o património histórico, sendo estes valores considerados essenciais. Por outro lado, também aí se encontra a garantia essencial a todo o Estado de Direito Democrático de que ninguém pode

¹² O juiz cível tem competência para ordenar a demolição de construções irregulares quando as mesmas causam prejuízos a terceiros (*HUBERT CHARLES, Les Grands Arrêts du Droit de L'urbanisme*, Dalloz, Paris, 4.^a edição, 1996, pág. 157).

ser privado do seu direito de propriedade, a não ser por razões de interesse público, mediante prévia e justa indemnização. Prevê-se, também, na Constituição Italiana, que o próprio direito de propriedade é sujeito aos limites estabelecidos na lei, com vista a garantir o cumprimento da função social da mesma, prevendo-se, com conteúdo programático ou orientador, o acesso de todos os cidadãos ao direito de propriedade.¹³

No direito do ordenamento do território e do urbanismo italiano, evidencia-se o facto de, numa fase inicial, serem os próprios municípios que regulamentavam o uso do solo e a edificação no seu território, motivados por razões de segurança, salubridade e estética, sendo até comum a exigência de licença ou outro título para a atividade de edificação, sobretudo tratando-se de novas construções. Tínhamos, assim, um direito de índole policial.

Só no fim da primeira metade do século XX, em plena 2.^a Guerra Mundial, é que foi aprovada uma lei geral regulamentadora das questões do urbanismo e do ordenamento do território - Lei n.º 1150 de 17 de agosto de 1942 (Lei de Urbanismo), que veio regular a matéria em termos análogos aos demais congéneres europeus. Ainda hoje esta lei é o diploma basilar do direito do ordenamento do território e do urbanismo em Itália, não obstante as muitas alterações que sofreu e a delimitação do seu âmbito e objetivos, que foi sendo determinada pelas sucessivas revisões constitucionais.

Entre tais alterações, salientam-se as aprovadas nos anos 70 [com a aprovação dos Decretos Presidenciais n.ºs 8, de 15 de janeiro de 1972 e 616, de 24 de julho de 1977], mediante as quais se transferiram importantíssimas competências do Estado para as Regiões, em matéria de urbanismo e de ordenamento do território, dando, assim, início a um movimento de descentralização e de autonomia regional, nomeadamente, autonomia legislativa.

A matéria urbanística recebeu um impulso legislativo decisivo nos anos 60. Com efeito, depois de uma longa estagnação, assistiu-se, naqueles anos, a um debate acalorado em relação, principalmente, ao que se refere à disciplina e regime dos solos e à expropriação, sendo, neste período, relevante a Lei de 18 de abril de 1962, n.º 167.

¹³Análise comparativa das Leis de Solos de Países Europeus – Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo – Documento Técnico DGOTDU8/2011, em http://www.dgterritorio.pt/produtos_e_servicos/publicacoes/documentos_tecnicos/analise_comparativa_das_leis_de_solos_de_paises_europeus_2/

Importante referir aqui a Lei n.º 47 de 28 de fevereiro de 1985, que estabeleceu uma nova regulamentação das sanções nos casos de violação de normas urbanísticas.¹⁴

No ano de 1993 existam, no território italiano, cerca de 232 mil casas ilegais¹⁵, tendo a administração tomado consciência da necessidade de criar regras mais adequadas no combate a este tipo de infrações.

Podemos distinguir, no ordenamento jurídico italiano, diferentes tipos de abusos a que correspondem diferentes tipos de sanções, a saber, penais, administrativas, fiscais, civis e sanções acessórias. As infrações mais graves são julgadas e punidas pela instância penal. É o caso, por exemplo, de um loteamento ilegal, a construção sem licença ou em violação das disposições desta.

No ordenamento jurídico italiano é expressamente excluída a construção clandestina e ilegal, a menos que já haja uma decisão favorável da Administração a um pedido de legalização, ainda que a mesma não tenha sido notificada ao particular, bem como, as construções, plantações e benfeitorias em geral, que hajam sido feitas após a notificação do procedimento de expropriação, salvaguardando-se, deste modo, a administração de presunções de prejuízo consideradas abusivas.

Em Itália, a jurisprudência maioritária defende que, passado um determinado período de tempo até ser decidida a demolição de certa obra ilegal, esta demolição deve ser fundamentada em razões de interesse público que determinam essa demolição, não bastando indicar a norma violada ou a inexistência de autorização administrativa. Porém, ainda assim, a aplicação deste princípio exige que o proprietário prove a data da construção e de, à data, a mesma ser admitida pela administração pública, de acordo com a legislação vigente.

A tese minoritária refere o carácter permanente da infração e que, a manutenção da construção ilegal não faz surgir aqui qualquer direito do particular pelo simples decurso do tempo, até porque, de outra forma, deixavam de ter qualquer fundamento as normas em vigor relativas à legalização.

¹⁴ NICOLA ASSINI e PIERLUIGI MANTINI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffrè Editore

¹⁵ “Rapporto sull’ecomafia 1999” preparato dalla Legambiente e dati Cresme 1999, disponível em: www.legambiente.it/contenuti/dossier/rapporto-ecomafia

Também neste ordenamento jurídico se nota um agravar da preocupação com a intensificação da fiscalização das operações urbanísticas, sendo também aqui punidas com a demolição as obras levadas a cabo sem licença ou com a aquisição gratuita das mesmas.

CAPÍTULO III – MEDIDAS DE TUTELA E REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

3.1 AS MEDIDAS DE TUTELA E REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

Com a publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, que procedeu à alteração e republicação do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, substituiu-se o conceito de medidas de tutela de legalidade urbanística pelo de medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística, conceito que pretende esclarecer melhor a finalidade destas medidas que é, na sua essência, a reintegração da ordem administrativa violada.

Estas medidas não são uma novidade, correspondendo quase na totalidade às que já se encontravam previstas, a saber:

- a) O embargo de obras ou de trabalhos de remodelação de terrenos;
- b) Suspensão administrativa da eficácia de ato de controlo prévio, surgindo agora autonomizada, podendo aplicar-se, por exemplo, quando a obra ainda não começou a ser executada e não se pode, por esse facto, embargar;
- c) Determinação da realização de trabalhos de correção ou alteração da operação;
- d) Legalização das operações urbanísticas;
- e) Determinação da demolição total ou parcial de obras;
- f) Reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes do início das obras ou trabalhos;
- g) Determinação da cessação da utilização de edifícios ou suas frações autónomas.

As duas primeiras são de carácter cautelar, assumindo as restantes uma matriz definitiva, conformadora da situação jurídica e produtora de efeitos jurídicos na esfera dos particulares e terceiros.¹⁶

¹⁶ Para mais desenvolvimentos, CLÁUDIO MONTEIRO, *A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas*, in estudos em homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, FDUL, 2010, Lisboa, p.419 a 443 e SUSANA CARVALHO FERREIRA, *As Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística*, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra, p. 477 a 550.

A aplicação de medidas de tutela urbanística pode surgir na sequência das operações de fiscalização, e distinguem-se das medidas punitivas de infrações porque o seu objetivo é, antes, reintegrar a legalidade, além de terem pressupostos de aplicação e efeitos jurídicos distintos.

Também são identificados, de forma mais clara, os motivos que podem conduzir à adoção destas medidas e que será sempre que as operações:

- a) Sejam realizadas sem os necessários atos administrativos de controlo prévio;
- b) Em desconformidade com os respetivos atos administrativos de controlo prévio;
- c) Ao abrigo de ato administrativo de controlo prévio revogado ou declarado nulo;
- d) Em desconformidade com as normas legais ou regulamentares aplicáveis;
- e) Em desconformidade com as condições da comunicação prévia, como sejam, inexistência de título, violação de normas, falta de pareceres, etc.

Em suma, estamos perante situações em que as operações urbanísticas são realizadas ilegalmente, ou por razões meramente formais (porque a operação não obteve, previamente à sua realização, o ato de controlo preventivo ou não foram desencadeados os trâmites necessários) ou por razões de ordem material (porque, para além da ausência de ato de controlo preventivo, a operação não cumpre, ou não cumpriu, quando foi realizada, as normas substanciais/materiais que lhe são aplicáveis).¹⁷

No essencial, as medidas de reposição da legalidade urbanística seguem o regime anteriormente em vigor, sendo a grande novidade a autonomização do procedimento de legalização.

3.2 – A ORIGEM DA FIGURA DA LEGALIZAÇÃO

A verdade é que, ao longo dos anos, principalmente a partir dos anos 80/90, muitas pessoas foram construindo as suas habitações sem que tivessem obtido o competente título, fruto, algumas vezes, da burocracia excessiva, outras vezes da impossibilidade do ponto de vista

¹⁷ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Mais uma Alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Almedina, 2014, p. 55.

material, ou seja, das regras vigentes relativamente à ocupação do território, e, claro, fruto de uma fiscalização pouco atenta, permissiva até, que atuava apenas na sequência de queixas¹⁸.

A construção clandestina e a construção ilegal têm diversas origens: há casos em que as próprias dificuldades económicas de pessoas de modestos recursos lhes não possibilitam o pagamento das taxas urbanísticas, outras vezes, sendo os próprios técnicos que aconselham os seus clientes a introduzirem alterações em obra ao projeto aprovado, o que, aliado à existência de uma fiscalização permissiva cria um clima propício à ilegalidade levando os cidadãos a pensar que mais compensa construir de forma ilegal.

Todos estes motivos, e outros ainda, contribuíram para que, ao longo dos anos, se fossem acumulando os casos de construções ilegais, sendo a grande parte delas casas de morada de família.

Com a exigência de possuírem autorização de utilização dos seus imóveis para poderem praticar qualquer negócio jurídico sobre o mesmo, começou a dar entrada nos municípios uma grande quantidade de pedidos de legalização.

Contudo, o RJUE nunca contemplou a figura da legalização, regulou sempre procedimentos de controlo preventivo de operações urbanísticas, isto é, situações em que a operação é primeiro apreciada pela administração, e só depois da emissão de um ato permissivo/título é que esta operação é realizada.

Pelo que, ao longo do tempo, e na ausência de um procedimento específico, foram estes procedimentos de controlo prévio que foram sendo mobilizados pela administração com a consequência de, na grande maioria das vezes, não se adequarem a situações que já se encontram concretizadas, conduzindo à exigência da apresentação de uma série de documentos que, atendendo à situação concreta (operação que já se encontra realizada), já nem fazia sentido a sua apresentação.

¹⁸ Cf. MÁRIO TAVARES DA SILVA, *A (I)Legalidade Urbanística (Do Controlo Municipal ao Controlo Judicial) – breves reflexões*, Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos, Volume II, Almedina, 2012, p. 265.

Vivendo diariamente com esta realidade, muitos Municípios foram criando regimes especiais nos respectivos Regulamentos Municipais de Urbanização e Edificação (RMUE) e nos próprios PMOT.

3.2.1 - OS ATOS DE CONTROLO PRÉVIO DA ATIVIDADE DOS PARTICULARES

Como instrumento jurídico de execução dos planos municipais, o controlo prévio das operações urbanísticas é um mecanismo considerado indispensável para que seja garantido o respeito das normas jurídicas urbanísticas no momento em que têm lugar as transformações urbanísticas do solo, sendo fundamental para garantir a “harmonização entre todos os interesses conflitantes coenvolvidos nas ações de ocupação, uso e transformação daquele bem”¹⁹

O controlo exercido pela Administração assume-se desta forma como uma função de adequação das construções urbanas às exigências do modelo de ocupação, uso e transformação dos solos contido nos instrumentos de planeamento do território.

Por sua vez, atos permissivos são, segundo FREITAS DO AMARAL, os atos administrativos “*que possibilitam a alguém a adoção de uma conduta ou a omissão de um comportamento que, de outro modo, lhe estaria vedado*”²⁰

Importam-nos aqui os atos permissivos de carácter positivo²¹, onde se inserem a autorização, a licença, a concessão, a admissão e a subvenção.

Ora, de todos os atos permissivos referidos, aqueles que maior relevância têm na atividade dos particulares, e no urbanismo em especial, são as licenças e as autorizações, tendo sido dado, nos últimos anos, crescente importância à figura da comunicação prévia, razão pela qual vamos fazer uma breve referência a essas figuras.

¹⁹ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Volume III*, Almedina, 2010, p.21-22.

²⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2009, p. 256.

²¹ MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*, Almedina, 1980, p. 458

Por sua vez, atos de controlo prévio ou preventivo são atos exercidos antes do início ou da conclusão do ato administrativo, sendo um requisito para a sua eficácia e validade.

Na doutrina fala-se em validade para exprimir a “qualidade do ato administrativo que se constitui em conformidade com as normas jurídicas fundamentais que, em função do interesse público, regulam essa atuação de autoridade, sendo, por isso, apto à produção estável de efeitos jurídicos próprios.”²²

Distingue-se da eficácia do ato, uma vez que esta está relacionada com a produtividade ou aptidão do ato para produzir efeitos e tem a ver com factos ou circunstâncias extrínsecas ao mesmo. Ainda que eficácia e validade estejam intrinsecamente associadas, a verdade é que existem, por um lado, atos válidos mas ineficazes e, por outro, atos inválidos mas eficazes (o caso dos atos anuláveis que não sendo anulados dentro do prazo legal, adquirem força de caso decidido).

DA AUTORIZAÇÃO:

A autorização é o “ato pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência preexistente.”²³

Estamos, assim, perante uma situação em que o particular, sendo titular de um direito subjetivo, a lei condiciona o exercício desse direito à emissão de uma autorização, dada caso a caso, pela entidade administrativa competente. Ou seja, o particular terá que se dirigir à Câmara Municipal, por exemplo, requerendo que lhe seja concedida autorização para o exercício do seu direito.

A figura da autorização aparece-nos no RJUE para as autorizações de utilização, mas surge-nos, também, em muitos outros regimes, como é o caso do RJACSR, sendo uma das formas de

²² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Validade do Acto Administrativo, Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume VII*, p. 581ss; no mesmo sentido, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, Editora Danúbio, Lisboa, 1982, p. 375 ss

²³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit. p. 257.

instalação de algumas atividades económicas e de prestação de serviços que o RLZ tinha deixado de fora.

DA LICENÇA ADMINISTRATIVA:

Para DIOGO FREITAS DO AMARAL, a licença “*é o ato pelo qual um órgão da Administração atribui a alguém o direito de exercer uma atividade privada que é por lei relativamente proibida.*”²⁴

De modo idêntico, MARCELO CAETANO define a licença como sendo “*o ato administrativo que permite a alguém (...) o exercício de uma atividade relativamente proibida.*”²⁵

Ora, no âmbito da licença, o que temos é a proibição do exercício de uma determinada atividade, mas que a própria lei admite que a administração pública possa permitir o exercício dessa atividade mediante, precisamente, a emissão de uma licença.

Distinguem-se, assim, as figuras referidas porque, no caso da autorização, o particular já é titular do direito e apenas o seu exercício está condicionado por uma autorização. Na licença, o particular não é titular de nenhum direito face à administração.

A figura da licença administrativa aparece-nos muito associada ao RJUE, continuando a ser ainda o regime regra de controlo de operações urbanísticas, pelo menos das que causam mais impacto e que são mais complexas.

Com efeito, embora ao longo dos anos, e na sequência da simplificação administrativa, muitas operações urbanísticas tenham deixado de estar sujeitas a licença, mas antes a controlos mais simples ou até isentas de controlo prévio, a verdade é que as operações urbanísticas mais complexas continuam sujeitas ao regime de licenciamento, sendo a emissão da licença, o título que confere ao particular o direito a executar, a operação pretendida.

²⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, ob. cit, p. 257.

²⁵ MARCELO CAETANO, ob. cit., p. 459 e 460.

DA COMUNICAÇÃO PRÉVIA:

A mais recente revisão do RJUE consagrou a figura da mera comunicação prévia com prazo, pelo menos assim é referida no preâmbulo do diploma, contudo, o n.º 2 do artigo 34.º refere-se a esta como mera comunicação prévia, deixando a dúvida se estamos ou não perante uma figura de controlo prévio. As figuras da mera comunicação e da comunicação prévia com prazo estão ligadas às ideias de *desburocratização e simplificação, privatização de responsabilidades públicas e reforço das responsabilidades privadas*.²⁶ Com efeito, se a comunicação prévia com prazo consiste numa declaração efetuada pelo interessado, que permite o exercício do direito quando, após um determinado prazo, a autoridade administrativa não se pronuncia sobre a mesma, a mera comunicação prévia consiste apenas numa mera comunicação, feita pelo particular interessado junto da entidade administrativa competente, que lhe permite imediatamente, (ou após a liquidação das respetivas taxas), o exercício do seu direito, não tendo que aguardar por qualquer resposta desta ou pelo decurso de um período de tempo, durante o qual a entidade competente pode pronunciar-se. Em suma, a comunicação prévia, tal como se encontrava desenhada antes da alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, consistia na comunicação prévia com prazo. Atualmente, encontramos no RJUE a mera comunicação prévia, já que à entidade administrativa apenas é permitido efetuar um controlo meramente formal (instrutório) passando, nas situações abrangidas por esta figura, o controlo administrativo a ser efetuado, na sua totalidade, *a posteriori*.

Deixou assim, com esta comunicação prévia de existir um ato expreso de rejeição ou um ato ficcionado de admissão, sendo no controlo sucessivo que será verificado o cumprimento das normas materiais aplicáveis.

Assim, esta figura não tem já a natureza da comunicação prévia com prazo que existia no RJUE antes da alteração introduzida pelo Decreto-Lei 136/2014, reconduzindo-se, antes, à figura da mera comunicação prévia.

²⁶ JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra Editora, 2012, pp.447ss.

3.3 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEGALIZAÇÃO

É, desde logo, importante referir que podemos ter operações urbanísticas ilegais porque foram levadas a cabo sem o competente título, ou foram levadas a cabo em desrespeito ao licenciamento e às condições por ele fixadas, ou operações levadas a cabo a coberto de atos nulos ou de atos revogados, e em violação de normas legais e regulamentares aplicáveis ao caso concreto.

Operações urbanísticas são, nos termos da alínea j) do artigo 2.º do RJUE, “*operações materiais de urbanização, de edificação, utilização dos edifícios ou do solo desde que, neste último caso, para fins não exclusivamente agrícolas, pecuários, florestais, mineiros ou de abastecimento público de água*”.

Depois, para podermos lançar mão da figura da legalização é necessário, previamente, concluir se estamos ou não, efetivamente, perante uma operação urbanística ilegal, e, para isso, temos de ponderar e analisar uma série de fatores, entre eles, a exigência legal ou não de ato de controlo prévio para o efeito, assim como, no caso de este existir, se a obra se encontra em conformidade com as determinações constantes do licenciamento e com as normas de construção aplicáveis.

Portanto, é necessário, em primeiro lugar, analisar se estamos perante uma operação urbanística isenta ou não de controlo prévio, e, depois, quais as normas legais e regulamentares a que a mesma estaria sujeita.²⁷

A primeira questão prende-se, precisamente, com a evolução legislativa e com a exigência de título que admita a execução da operação urbanística. Mais concretamente, apurar se à data da construção era ou não exigível a existência de um título para realizar aquela operação urbanística. Concluindo-se pela desnecessidade da existência de qualquer título, temos de concluir não estar perante nenhuma operação urbanística ilegal e, logo, não ser necessária a adoção de qualquer medida de tutela e reposição da legalidade urbanística. Caso contrário, estaremos então perante uma construção ilegal.

²⁷ INÊS CALOR, *Legalização – Dúvidas Práticas Sobre a Aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Revista do CEDOUA, 1.2013, p. 29 a 47.

A exigência de controlo prévio aplicável a todo o território nacional surgiu com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de novembro, que veio determinar que as obras particulares estavam sujeitas a licenciamento. O Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38382, de 7 de agosto de 1951, aplicava-se às operações urbanísticas executadas dentro do perímetro urbano e das zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho, mas para que se admitisse a sua aplicação fora dessas zonas exigia-se uma deliberação municipal.

Por isso é que se fala nas “declarações anteriores a 1951” passadas pelos municípios e que servem como prova em como determinadas edificações ou utilizações não são operações urbanísticas ilegais, apenas não possuem qualquer título porque, há data, não era exigido qualquer licenciamento ou ato de controlo prévio das mesmas.

Já o Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de abril, exigia o licenciamento prévio de todas as obras de construção civil, de reconstrução, ampliação, alteração, reparação ou demolição. Contudo, esta exigência não se aplicava a todo o território nacional, cingindo-se ao perímetro urbano e às zonas rurais de proteção fixadas para as sedes de concelho e para as demais localidades sujeitas por lei a plano de urbanização e expansão.

Já para dar resposta à segunda questão, é necessário fazer referência a dois princípios, o da garantia do existente e o princípio *tempus regit actum*.

3.3.1 GARANTIA DO EXISTENTE

No âmbito das operações urbanísticas ilegais e da figura da legalização, é necessário fazer referência à figura da garantia do existente e da sua aplicação prática, até porque, antes de concluir pela ilegalidade de uma operação urbanística, a administração tem de fazer aplicar esta figura concluindo se a mesma está ou não abrangida pela garantia do existente.

O instituto da garantia do existente tem o seu fundamento na garantia constitucional da propriedade privada, plasmada no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa e nos princípios da não retroatividade das disposições dos planos urbanísticos e da proteção da

confiança, os quais estão ínsitos no princípio do Estado de Direito Democrático, previstos nos artigos 2.º e alínea b) do artigo 9.º da CRP.²⁸ Como refere FERNANDO ALVES CORREIA,²⁹ o plano deve produzir efeitos apenas para o futuro, razão pela qual deve respeitar as edificações existentes à data da sua entrada em vigor, desde que elas tenham sido erigidas de forma legal.

E é, sem dúvida, nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA, essa preocupação de “*justa ponderação e superação dos conflitos de interesses coenvolvidos nos planos*” que está plasmada no artigo 60.º do RJUE.

Ora, o artigo 60.º do RJUE corresponde à consagração, no nosso ordenamento jurídico, do princípio da garantia do existente, na sua vertente passiva, ativa e funcional.

A sua vertente passiva corresponde à consagração da situação geral de aplicação das normas no tempo traduzida no princípio *tempus regit actum*, normativo que determina que a validade das licenças ou autorizações depende da sua conformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis, em vigor à data da sua prática. Surge, assim, este princípio, como regra geral de aplicação das leis no tempo, pois o seu efeito dá-se somente para o futuro. Consagrado no artigo 12.º do Código Civil como princípio geral de Direito, decorre do mencionado princípio que a *lei nova é de aplicação imediata*, juntamente com o princípio da não retroatividade. Ou seja, a administração encontra-se na obrigatoriedade de tolerar a existência das edificações que tenham sido construídas de harmonia com o Direito anterior, mesmo que estas já não fossem suscetíveis de ser licenciadas se apreciadas à luz das normas jurídicas atualmente em vigor. No seguimento do pensamento de CLÁUDIO MONTEIRO “*o direito de construir reconhecido por um ato de licenciamento válido e eficaz incorpora-se definitivamente na esfera jurídica do respetivo titular e passa a gozar da proteção plena que é concedida ao direito de propriedade privada*”^{30/31}.

²⁸ FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Volume II*, Almedina, 2004, p. 496

²⁹ FERNANDO ALVES CORREIA, Ob. citada pp. 496-497

³⁰ CLÁUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade: A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, 2013, p. 281.

³¹ DIOGO COELHO, *A garantia do existente no direito do urbanismo: uma tentativa de salvação*, disponível em: <http://e-publica.pt/garantia-do-existente.html>

Para efeitos da citada norma, as edificações erigidas ao abrigo do direito anterior são aquelas que, no momento da respetiva construção, cumpriram todos os requisitos materiais e formais exigíveis. Ou seja, uma edificação que apesar de cumprir, à data da respetiva construção, todas as normas materiais em vigor, designadamente as dos instrumentos de planeamento, mas em relação à qual o interessado não obteve a respetiva licença ou autorização, não pode considerar-se erigida ao abrigo do direito anterior para efeitos de aplicação do regime instituído nesta norma.

O n.º 2 do artigo 60.º corresponde à consagração do princípio da garantia do existente na sua vertente ativa, que configura um desvio ao princípio *tempus regit actum*. A garantia do existente na sua vertente ativa é entendida, tradicionalmente, como o fundamento para a obtenção de um direito à autorização para a realização de obras de reparação, desde que permaneça intacta a identidade do edifício originário. Com efeito, tratando-se de uma edificação existente relativamente à qual o interessado pretenda promover obras de reconstrução ou de alteração, poderá não ser exigida, na medida em que não seja possível, o cumprimento de novas exigências legais e regulamentares entradas em vigor supervenientemente à construção originária. Admite-se, assim, que possam ser licenciadas obras de reconstrução ou de alteração que não cumpram as regras em vigor no momento da decisão, desde que tais obras se refiram a edificações legalmente existentes anteriores à entrada em vigor dessas normas e essas edificações 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.

Importa aqui referir que o legislador reconhece, ainda, outra exceção a esta regra geral do *tempus regit actum*, a propósito do regime jurídico das medidas preventivas. Com efeito, se o artigo 134.º do RJIGT confirma esta regra, determinando que as medidas preventivas, como regulamentos administrativos que são, só se aplicam para o futuro, devendo ficar salvaguardados os atos administrativos que tenham sido praticados em data anterior à sua entrada em vigor, já se excluiu a sua aplicação às licenças relativamente às quais tenha existido informação prévia favorável, sendo a administração obrigada a licenciar em

conformidade com tal informação e, portanto, em desconformidade com as medidas preventivas em vigor.

A jurisprudência do Tribunal Federal Alemão “*criou e desenvolveu o princípio da garantia da existência*”³², estabelecendo, como pressupostos da sua aplicação, a conformidade da construção face ao ordenamento vigente à época, a constatação da funcionalidade e utilização da obra e, ainda, um uso continuado desta³³, estando, esta última, relacionada com o princípio da proteção da confiança e com o direito de propriedade privada e o direito à habitação.

Tem admitido assim, o citado Tribunal, uma garantia do existente funcional que permite a adoção de medidas de alteração e de ampliação de edifícios, bem como a realização de certas alterações de utilização, desde que elas sejam indispensáveis para garantir a capacidade funcional entre as obras de alteração e a utilização dada ao edifício em causa. A doutrina tem entendido³⁴ de forma restrita esta garantia do existente funcional, de tal modo que apenas a admite quando, de forma contrária, a construção existente ficasse simplesmente sem objeto, se não fossem autorizadas as medidas de alargamento ou de modificação.³⁵

Na doutrina portuguesa, e relativamente ao instituto da garantia do existente é, ainda, necessário fazer referência a CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇAS³⁶ que admitem as operações de ampliação. Entendem que a formulação disjuntiva do n.º 2 do artigo 60.º do RJUE e a circunstância de se poderem fundamentar numa melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação, objetivo esse que é, na generalidade dos casos, impossível de obter com meras obras de reconstrução ou de alteração³⁷. Consideram não ser coerente a não admissão de obras de

³² MARIA RAQUEL DE OLIVEIRA MARTINS, “*Que Conformação do Direito de Participação Pública no Planeamento? Comentário ao acórdão do STA de 21 de maio de 2008, processo 01159/05, 2.ª subsecção do C.A.*”, *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e dos Tribunais*, Almedina, 2010, p. 143.

³³ CLÁUDIA SOUTINHO, *O Princípio da Garantia do Existente – Interpretação Extensiva?*, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos, Volume II*, Almedina, 2012, p. 108

³⁴ FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit. pp. 497-498.

³⁵ FERNANDO ALVES CORREIA, ob. cit. pp. 497-498, considera que “*negar esta proteção excepcional equivaleria a negar totalmente a garantia do existente, consubstanciando a sua proteção nada mais do que um presente envenenado do legislador urbanístico aos proprietários.*”

³⁶ Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado, pp. 462-466.

³⁷ É invocado pelas autoras o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 1 de março de 2005, no qual se estabeleceu que “*o preceito não textualizou a possibilidade de obras de ampliação. Mas podem existir obras de ampliação, desde que não originem nem agravem a desconformidade com as normas em vigor. Não há razão que*

ampliação quando o preceito citado aceita a reconstrução de edifícios que não passam de meras ruínas. Ressalvam, contudo, não ser de aplicar o regime da proteção do existente sempre que a obra de reconstrução ocorra após uma demolição total, pois o regime especial previsto para edifícios existentes parte do pressuposto da impossibilidade fática de cumprir novas exigências, o que não sucederia no caso.

Também a Jurisprudência se tem vindo a mostrar favorável a esta ideia de considerar ser suficiente um mero “juízo de compensação ou ponderação”, com um aproximar mínimo ao parâmetro de legalidade, e, em alguns casos, admitindo mesmo a ampliação da edificação ³⁸.

Foi esta elaboração que acabou por ser acolhida pelo artigo 60.º do RJUE mas também, mais recentemente, no artigo 51.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, que vamos ver mais à frente, com mais pormenor. Com efeito, atualmente, o princípio da garantia do existente, seguindo a jurisprudência alemã que defende a garantia da existência excepcional surgindo como garantia da capacidade funcional do edifício, aceita, tendo em conta, por exemplo, o n.º 2 do artigo 51.º do RJRU e a alínea b), do n.º 1, do artigo 1.º do RERAE, operações de ampliação quando tal garanta a efetiva melhoria de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtiva da edificação.

3.4 – QUE SITUAÇÕES CONSUBSTÂNCIAM UMA ILEGALIDADE URBANÍSTICA

Já vimos que as operações urbanísticas são consideradas ilegais, ou por razões meramente formais (porque a operação não obteve, previamente à sua realização, o ato de controlo preventivo ou não foram desencadeados os trâmites necessários), ou por razões de ordem material (porque, para além da ausência de ato de controlo preventivo, a operação não cumpre, ou não cumpriu quando foi realizada, as normas substanciais/materiais que lhe são/eram aplicáveis).³⁹

justifique tratamento diverso do tratamento das obras de alteração ou reconstrução, no sentido do n.º 2 do artigo 60.º. Uma interpretação adequada da lei deve levar-nos a concluir que o legislador disse menos do que queria.”

³⁸ Exemplo disso é o Acórdão do STA de 01-03-2005, processo n.º 0291/04.

³⁹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., p. 55.

E esta distinção mostra-se de grande relevância. Com efeito, muitas vezes, a construção é ilegal porque não obteve o respetivo ato autorizativo mas não põe em causa as normas urbanísticas vigentes e, desse plano, não afeta o interesse público, pois não impede a prossecução dos compromissos urbanísticos assumidos pela entidade competente.

Nestes casos, estamos apenas perante a ausência de impulso procedimental por parte do particular que impede o exercício da função administrativa quanto aferição do cumprimento dos parâmetros urbanísticos e consequente atribuição do direito a construir, mas que, caso tivesse ocorrido, sempre seria admitido.

Esta ilegalidade formal contrapõe-se à denominada ilegalidade material, caracterizada por violar normas urbanísticas aplicáveis e cuja reparação vai exigir, tanto do particular mas também da entidade administrativa competente, um esforço para que a obra executada se conforme com as normas em vigor.

Quando não é possível sanar as desconformidades existentes, então a opção será a demolição, sendo esta a única forma de repor a ordem jurídica.

Em suma, para concluirmos pela ilegalidade de uma determinada operação urbanística é necessária uma análise rigorosa que implica um conhecimento do quadro normativo vigente e a ponderação dos concretos interesses públicos e privados em presença, e é nessa ponderação que assenta a opção de entre as várias medidas de tutela da legalidade plasmadas no RJUE.

CAPÍTULO IV – A LEGALIZAÇÃO COMO MEDIDA DE TUTELA E REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

Até à publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 136/2014, a legalização não encontrava enquadramento expresse na legislação, mas era já uma figura muito utilizada pela administração e muito referenciada na doutrina e jurisprudência.

A legalização é, nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA, “a adoção de um conjunto de atos e procedimentos que conferem às obras ou aos trabalhos ilegais o estatuto de “legalidade” ou de conformidade com o direito do urbanismo”, consiste, nas palavras de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇAS, no ato ou efeito de tornar legal, funda-se no inegável pressuposto da ilegalidade do seu objeto, e surge como contraponto à demolição da construção.⁴⁰

Ora, o legislador veio, agora, no artigo 102.º-A do RJUE, dar resposta a esta questão, prevendo, assim, a figura da legalização como uma das medidas de reposição da legalidade urbanística, a qual deve ser desencadeada sempre que estejam em causa operações urbanísticas ilegais.

Com efeito, a Administração, perante uma construção ilegal, deve, em respeito pelo princípio da proporcionalidade, proceder à apreciação sobre a viabilidade ou inviabilidade da legalização da operação ilegalmente realizada. Este poder tanto pode ser exercido officiosamente (n.º 1 do artigo 102.º-A), casos em que a Câmara notifica os interessados para a legalização, fixando-lhes um prazo para desencadarem o referido procedimento, como pode ser esta de iniciativa dos interessados, devendo, neste caso, o procedimento de legalização prosseguir sempre que seja possível à administração concluir, antecipadamente, por aquela possibilidade de legalização.

⁴⁰ *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado, 3.ª edição*, Almedina, 2011, Coimbra, p.662

Dispõe, por isso, o n.º 6 do citado artigo, que o interessado na legalização pode solicitar à Câmara Municipal informação sobre os termos em que esta se deve processar, devendo a Câmara Municipal fornecer essa informação, no prazo máximo de 15 dias.

Importa, assim, determinar de que modo opera a legalização, considerando que a realidade existente em cada Concelho assume uma multiplicidade de configurações que exigem um trabalho acrescido na adaptação desta figura a essas situações concretas.

4.1 ENQUADRAMENTO

Ao longo dos anos, e apesar de o legislador ter evitado a consagração expressa da figura da legalização, a verdade é que a mesma esteve sempre presente, ou seja, era o próprio legislador que encaminhava as entidades administrativas a realizarem um juízo prévio no sentido de ponderarem a oportunidade de legalizar as construções clandestinas. Neste sentido, muitos municípios foram optando, muito antes da publicação da mais recente revisão do RJUE, por consagrar nos seus regulamentos municipais, e até nos seus PMOT, regras específicas para dar resposta às situações de ilegalidade.⁴¹

De relembrar que o artigo 167.º do RGEU permitia a legalização condicionada de certas obras através de contrato administrativo e sob um ónus de precariedade que, para proteger terceiros adquirentes, era inscrito no registo predial.

Agora, com o artigo 102.º-A, introduz-se um regime jurídico próprio para o procedimento de legalização saindo este, finalmente, de uma espécie de clandestinidade tolerada.

Estamos, aqui, perante o cumprimento do princípio da proporcionalidade que impede a administração de adotar medidas de reposição da legalidade urbanística mais gravosas para o interessado (como é o caso da demolição), quando possa optar pelas menos gravosas.

O artigo 102.º-A dá ainda resposta a um conjunto de questões práticas que se vinham colocando relativamente ao procedimento de legalização, nomeadamente às que dizem respeito à instrução do mesmo e às normas mobilizáveis na sua apreciação. Desde logo, e

⁴¹ Município da Maia e Município de Pombal

porque nestes casos a operação em causa já se encontra realizada, o procedimento de legalização não tem de ser instruído com todos os elementos exigíveis na realização de uma operação nova.

Ou seja, exige-se a entrega de documentos que visem comprovar o cumprimento, por parte da operação ilegal, de regras que visam salvaguardar a segurança e saúde das pessoas, admitindo-se a dispensa dos documentos comprovativos do cumprimento de regras destinadas a garantir o conforto e a comodidade dos utilizadores da construção em causa.⁴² Dispensa-se, ainda, nos casos em que não haja lugar a obras de ampliação ou de alteração, a apresentação de documentos que se prendem com essa execução, como sejam, a calendarização da execução da obra, a estimativa do custo total da obra, o documento comprovativo da prestação de caução, a apólice de seguro de construção, a apólice de seguro que cubra a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho, os títulos habilitantes para o exercício da atividade de construção, válidos à data da realização da obra e o plano de segurança e saúde.

O procedimento de legalização difere dos outros procedimentos (licenciamento e comunicação prévia), também quanto às normas a utilizar. Com efeito, admite o n.º 5 do artigo 102.º-A a dispensa do cumprimento de normas técnicas relativas à construção em vigor no momento da legalização, regras aplicáveis por força do princípio *tempus regit actum*, e cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridas as normas técnicas vigentes à data da realização da operação em causa.

Torna-se necessário esclarecer que o n.º 5 do artigo 102.º-A fala apenas em normas técnicas de construção, não se referindo às normas materiais, ou seja, as normas constantes dos planos em vigor. Com efeito, os planos municipais/intermunicipais não fixam normas técnicas de construção mas sim regras relativas ao uso do solo, de ordenamento do território e regimes de edificabilidade. Pelo que, da leitura da norma em causa, conclui-se que fica afastada a

⁴² Por exemplo, regras atinentes à acústica e térmica do edifício.

possibilidade de legalização em incumprimento das regras de planeamento em vigor no momento da legalização.⁴³

Ora, a solução adotada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, ficou aquém do artigo 59.º da Lei 31/2014, de 30 de maio, Lei que estabelece as Bases Gerais de Política Pública de Solos, do Ordenamento do Território e do Urbanismo. Com efeito, refere a citada norma, sob a epígrafe “**regularização de operações urbanísticas**” que:

“1- A lei estabelece um procedimento excecional para a regularização de operações urbanísticas realizadas sem o controlo prévio a que estavam sujeitas bem como para a finalização de operações urbanísticas inacabadas ou abandonadas pelos seus promotores.

2 - A regularização das operações urbanísticas não prejudica a aplicação de sanções e de medidas de tutela da legalidade urbanística, bem como o cumprimento dos planos intermunicipais e municipais e demais normas legais e regulamentares em vigor à data em que tenham lugar.⁴⁴

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a lei pode dispensar o cumprimento de requisitos de legalidade relativos à construção cuja aplicação se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, assegurando o cumprimento dos requisitos atinentes à saúde pública e à segurança de pessoas e bens.”

Ora, e uma vez que o grande desafio com que os municípios se deparam diariamente são situações que à data da construção cumpriam as normas dos planos em vigor, mas que à data em que é desencadeado o processo de legalização já se encontram em vigor outras normas, não sendo, assim, possível a legalização das referidas construções/utilizações, continuam, desta forma, com um grande número de situações para as quais não é possível lançar mão deste procedimento de legalização.

⁴³ No mesmo sentido cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, ob. cit., pp. 57-58.

⁴⁴ O RJIGT, aprovado pelo D.L. n.º 80/2015, de 14 de maio, veio reforçar esta prevalência dos PIOT e PMOT ao determinar, no seu art. 132.º que, “*pode ser determinado o embargo de trabalhos ou a demolição de obras: a) (...) quando violem plano intermunicipal ou plano municipal.*”

A solução, aqui, passará pela criação de regras para estas situações a incluir nos instrumentos municipais de planejamento e ordenamento do território, à semelhança do que já fizeram alguns municípios⁴⁵, contendo normas para as legalizações.

4.2 – A ORDEM DE DEMOLIÇÃO – NATUREZA E LIMITES

A figura da legalização surgiu na sequência da evolução que a figura da demolição, como medida de tutela da legalidade urbanística, foi sofrendo ao longo do tempo.

É plenamente reconhecido que uma das maiores dificuldades na prática urbanística prende-se com a existência de uma fiscalização célere e eficaz sobre as construções que vão sendo executadas sem prévio controlo municipal, ou seja, na grande maioria das vezes, quando a fiscalização se apercebe de uma construção levada a cabo sem o competente título, já esta se encontra concluída, sendo muito mais difícil à administração agir perante construções concluídas e que, na maioria dos casos, constituem a morada de família de muitos agregados familiares.

Até à entrada em vigor da alteração ao RJUE ocorrida com o Decreto-Lei n.º 136/2014 e para as obras construídas ilegalmente, o legislador não previa um procedimento específico de licenciamento ou comunicação prévia, mas, pelo contrário, dotava os municípios dos meios necessários para que a ilegalidade urbanística fosse reposta, por recurso às medidas de tutela da legalidade urbanística elencadas nos artigos 102.º e ss do RJUE.

Destas medidas, a mais gravosa e cuja aplicação sempre suscitou mais divergência é a demolição, regulada no artigo 106.º do RJUE, sendo o resultado de uma evolução normativa de uma regra que se encontrava já consagrada no RGEU (Regulamento Geral das Edificações Urbanas).

A doutrina vem defendendo que desta evolução da redação do artigo 106.º do RJUE deve resultar a interpretação de que o dever de ordenar a demolição já não é um poder

⁴⁵ Cf. a título de exemplo o PDM da Maia e PDM de Pombal.

discricionário dos municípios, como vinha defendendo a jurisprudência à luz das normas do RGEU, mas antes um poder vinculado.⁴⁶

Com efeito, a jurisprudência do STA vem sendo uniforme na afirmação de que “*constitui pressuposto da decisão camarária de ordenar a demolição de obra clandestina a ponderação de que a obra não é suscetível de legalização.*”⁴⁷

O entendimento, reiteradamente afirmado, fundamenta-se, essencialmente, nos “*princípios da necessidade, da adequação, da indispensabilidade ou menor ingerência possível, corolários do princípio da proporcionalidade.*”⁴⁸

A vertente da necessidade do princípio da proporcionalidade “*proclama que só deve lesar-se a posição do particular se não houver outro meio para realizar o interesse público*”, e que a vertente da proporcionalidade *stricto sensu* deste mesmo princípio “*dita que a medida corretiva a suportar pelo administrado deve ser justa, na relação custo/benefício, isto é, que deve reduzir-se ao mínimo indispensável para reparar a legalidade ofendida.*”

Contudo, na prática, a concretização deste poder coloca muitas dificuldades, colocando-se a questão de saber se esta medida de tutela da legalidade urbanística deve ser utilizada sempre que nos encontremos perante uma obra ilegal, seja tal ilegalidade material ou meramente formal, isto é, quer a ilegalidade seja uma ilegalidade resultante da violação de parâmetros urbanísticos definidos nos instrumentos de gestão territorial ou de outros normativos, quer tal ilegalidade se traduza apenas na promoção de uma obra sem a prévia submissão a um procedimento de licenciamento ou comunicação prévia.

Com efeito, perante ilegalidades formais, casos em que, de acordo com alguma jurisprudência que será aqui referida, os municípios se encontram proibidos de ordenar a demolição, a fiscalização urbanística vê-se confrontada com situações de total ineficácia, restando-lhe conviver com uma ilegalidade que se arrasta no tempo e sem que os municípios tenham à sua

⁴⁶ Cf. ANA LEITE, *Demolição vs. Legalização. Não demolir, sem transigir – que solução?*, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, Coimbra, 2010.

⁴⁷ Cf. Ac. do STA de 14-12-2005, proc. n.º 0959/05 e Ac. do TCAS de 19-01-2012, proc. n.º 05261/09

⁴⁸ Cf. Ac. do TCAN de 09-09-2011, proc. n.º 00367-A/98

disposição meios que lhes permitam repor a legalidade, enraizando-se a ideia de que a ilegalidade compensa.

Procede-se, nos próximos parágrafos, à análise de alguma da jurisprudência que vem sendo produzida sobre o âmbito e os limites do poder de ordenar a demolição de obras ilegais.

O n.º 1, do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de novembro veio estabelecer que “*o presidente da câmara municipal (...) pode ainda, quando for caso disso, ordenar a demolição da obra e ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras*”, mantendo-se em vigor o artigo do RGEU relativo aos pressupostos da ordem de demolição. Contudo, já aqui, entendia a jurisprudência que a referida norma não impunha a demolição de obra ilegal sem que, previamente, a administração aferisse, “*ainda que em juízo sumário, a susceptibilidade de a mesma poder ser licenciada.*”⁴⁹

O artigo 167.º do RGEU, bem como os demais normativos relativos às medidas de tutela da legalidade urbanística constantes do RGEU, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, que, na sua versão inicial, estabelecia expressamente que “*a demolição não pode ser ordenada se a obra for suscetível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração.*” (cf. art.º. 106.º, n.º 2 na versão original do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro).

Entendeu, assim, a doutrina que a jurisprudência proferida durante a vigência do artigo 167.º do RGEU devia considerar-se ultrapassada em face desta nova redação do n.º 2 do artigo 106.º do RJUE.

Com efeito, a citada jurisprudência referia que a vertente da necessidade do princípio da proporcionalidade “*proclama que só deve lesar-se a posição do particular se não houver outro meio para realizar o interesse público*”, e que a vertente da proporcionalidade *stricto sensu* do citado princípio “*dita que a medida corretiva a suportar pelo administrado deve ser justa, na relação custo/benefício, isto é, que deve reduzir-se ao mínimo indispensável para reparar a legalidade ofendida.*”

⁴⁹ Cf. Ac. do STA de 22-04-2009, proc. n.º 0922/08

Entende, assim, que a “*administração está vinculada a não ordenar a demolição se a obra, com ou sem alterações, puder ser legalizada*” sendo a “*proibição de demolir obras clandestinas que possam ser legalizadas corolário do princípio constitucional da necessidade, que obsta a que sejam impostas aos particulares restrições desnecessárias.*”⁵⁰

Ou seja, independentemente da evolução legislativa relativamente ao procedimento a adotar para o exercício deste poder de ordenar a demolição, tal poder mantém-se vinculado ao princípio da proporcionalidade, mantendo-se, também, atuais os pressupostos que a jurisprudência vem firmando nesta matéria.

4.3 INFLUÊNCIA DO DECURSO DO TEMPO NA DECISÃO SOBRE A DEMOLIÇÃO

“*O direito do urbanismo é um ramo do direito recente que se caracteriza pela inconstância das suas normas. JACQUELINE MORAND-DEVILLER chama-lhe “um direito empírico, instável que hesita entre a flexibilidade e a estabilidade”, que “acolhe as flutuações da conjuntura e nasce de situações frequentemente incertas e fugazes que lhe dão por vezes traços mais próximos do esboço do que do definitivo”. ALVES CORREIA refere a mobilidade das suas normas, a “infixidez ou instabilidade” que se manifesta na sua alteração frequente e na sua adaptação à evolução da realidade urbanística*”⁵¹.

Nas relações jurídico-urbanísticas, o tempo tem uma relevância tanto maior quanto o facto de estarmos perante uma das atividades que mais peso tem na vida económica e social de qualquer país. Aliado a isto, temos o facto de não existir uma verdadeira fiscalização urbanística, a pouca que existe atua apenas perante queixas de vizinhos, daí resultando ilegalidades que se prolongam no tempo ou, mais do que isso, mantêm-se *ad aeternum*.

⁵⁰ Neste sentido Ac. do STA de 24-03-2011, proc. n.º 90/10

⁵¹ ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, *O Tempo nas Relações Urbanísticas*, Jusjornal, n.º 1369, de 28 de dezembro de 2011 (Jusnet 2683/2011), disponível em: <http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx>

O entendimento que se encontra enraizado é o da aceitação da regra *tempus regit actum*. Com efeito, todos conhecem o princípio da irretroatividade da lei, ou seja, a mesma não tem efeitos para o passado.

No direito do urbanismo, a regra é a de que as leis se aplicam de imediato, mesmo em relação aos procedimentos em curso, salvo se o legislador tiver fixado um regime transitório, como até tem sucedido, entre nós, nas últimas leis sobre urbanismo. Assim, estando em curso um procedimento relativo à construção de um imóvel, se entrarem em vigor novas regras urbanísticas que a não permitam, o procedimento termina, ficando o particular com o direito a ser indenizado.

Na alteração ao RJUE introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, e no que se refere ao regime de aplicação no tempo do mesmo,⁵² encontramos a regra de que o regime plasmado na última alteração ocorrida aplica-se aos procedimentos que se iniciem após a sua entrada em vigor. Dizendo, ainda, que o disposto no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo presente Decreto-Lei, no que respeita à conformidade das operações urbanísticas com os planos especiais de ordenamento do território, só se aplica enquanto estes forem vinculativos dos particulares.

Entre as interpretações dadas na doutrina e jurisprudência ao princípio *tempus regit actum*, aquela que defendemos é a que obriga a uma interpretação restritiva do artigo 67.º do RJUE.

Importante, também, para o tema deste trabalho, e intimamente relacionado com a questão em análise, é a influência que o decurso do tempo pode ter quando se trata de ordenar a demolição de obras que não se encontram licenciadas.

A questão que se coloca aqui é saber se a atuação da administração deve ser a mesma perante uma obra ilegal cuja construção é detetada logo de imediato e perante uma construção ilegal, edificada há muito tempo, cuja ilegalidade era facilmente detetável pela fiscalização?

O que se pretende responder, desde já, é se o decurso do tempo, por si só, impede a administração de repor a legalidade violada, se existe um prazo para a administração poder

⁵² Artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro.

lançar mão das medidas de tutela e reposição da legalidade urbanística, e, principalmente, a aplicação da medida mais gravosa: a demolição.

Em Portugal, na jurisprudência⁵³, diz-se que a faculdade que as Câmaras Municipais têm de fazer demolir obras construídas sem projeto aprovado e sem licença, uma vez que têm na sua base razões de interesse público, não é suscetível de prescrição positiva ou negativa.

A nossa jurisprudência, como vamos ver de forma mais pormenorizada ao longo deste trabalho, estipulou que a demolição não é o único meio destinado a repor a legalidade, é, antes, o último meio, a utilizar somente quando seja de todo inviável a legalização, sendo que esta inviabilidade, como já vimos, tem de ser apreciada antes da ordem de demolição, e mesmo que o interessado não tenha requerido a legalização da obra.

4.4 - A PONDERAÇÃO DA SUSCETIBILIDADE DE LEGALIZAÇÃO

No intuito de demonstrar que o poder de ordenar a demolição se encontra vinculado pelo princípio da proporcionalidade, a jurisprudência afirma que da vinculação a este princípio decorre outra vinculação que é a de não ordenar a demolição de uma construção sem que previamente seja feito um juízo acerca da suscetibilidade de legalização, juízo este que não depende da prévia apresentação pelo interessado de um projeto de legalização.⁵⁴

⁵³ Acórdãos da Relação de Lisboa de 23 de outubro de 1959 e de 19 de fevereiro de 1960 e do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 1960.

⁵⁴ No Acórdão do STA de 7/04/2011, proc. N.º 601/10, pode ler-se: “... demolição de obras não licenciadas só deve ser ordenada como última e indeclinável medida sancionatória da ilegalidade cometida, por força dos princípios da necessidade, adequação e indispensabilidade ou menor ingerência possível, decorrentes do princípio da proporcionalidade, e o poder de opção entre a demolição e a legalização de obras ilegais, não licenciadas, é discricionário quanto ao tempo da decisão, pois que esta pode ser tomada a todo o tempo...” e que esse “...poder de escolha funciona na base de um pressuposto vinculado, já que a demolição só pode ter lugar se a autoridade houver previamente concluído pela inviabilidade da legalização das obras, por estas não poderem satisfazer os requisitos legais e regulamentares aplicáveis...”

Considerando que o ato que ordena a demolição tem por pressuposto a vinculação ao princípio da proporcionalidade, está, então, o município onerado a aferir se tal proporcionalidade se encontra ou não verificada em cada caso concreto.

Contudo, a posição que vem sendo defendida pela jurisprudência parece votada, na sua concretização prática, a um impasse: é que, se, por um lado, a jurisprudência vem defendendo que é pressuposto da determinação da ordem de demolição a promoção, pela administração, de uma análise prévia sobre a suscetibilidade de legalização da obra, por outro lado, afirma, também, que esta análise é meramente apriorística, sendo que *“a legalização propriamente dita só virá, claro, com o pedido de legalização e respetiva apreciação, em cuja apreciação a Câmara, tendo-se limitado a anteriormente a emitir um juízo perfunctório, em sede de mera aparência ou plausibilidade, poderá chegar à conclusão contrária.”*⁵⁵

Aplicando esta solução na prática, a administração vê-se de “mãos e pés atados” perante construções ilegais que não obtiveram o competente título, mas que são passíveis de legalização. Contudo, os interessados, intimados por várias vezes nesse sentido, não desencadeiam os necessários procedimentos, tornando-se esta situação constrangedora para a administração, em especial para os serviços de fiscalização municipal, e criando na população em geral a ideia de que construir de forma ilegal até compensa.

É nesta dificuldade efetiva, que a doutrina sustenta o seu entendimento de que a solução para estas ilegalidades formais passa *“pela comissão de verdadeiros poderes-deveres e não meras faculdades à administração em matéria de reposição da legalidade urbanística, e por outro lado, pela consideração de que a legalização de obras corresponde 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.”*^{56/57}

⁵⁵ Cf. Ac. do STA de 14-12-2005, proc. N.º 0959/05.

⁵⁶ ANA LEITE, ob. cit., pág. 473.

⁵⁷ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES, FERNANDA MAÇAS, Regime Jurídico da Urbanização e Edificação – Comentado, 2.ª edição, Almedina, 2009, Coimbra, pp. 563 ss.

Na tentativa de dar resposta a este impasse, foi consagrada, na última alteração do RJUE, a figura da legalização coerciva. No entanto, vamos ver, mais à frente, se a mesma se mostra suficiente ou não para dar resposta a estas questões.

CAPÍTULO V – REGIME JURÍDICO DA LEGALIZAÇÃO

Atento o atrás exposto, vejamos, agora com maior pormenor, a figura da legalização regulada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014.

Duma leitura atenta do artigo 102.º-A ressalta o facto de o legislador ter deixado a concretização de inúmeras questões fundamentais na mão dos municípios, atribuindo-lhes, para o efeito, um poder regulamentar com vista à concretização e execução do procedimento de legalização. Ora, para a concretização desta figura, é essencial analisar vários pontos, desde logo, a quem se aplica afinal a legalização, quais as normas materiais mobilizáveis na análise destes pedidos e, por último, qual o procedimento e instrução a aplicar.

Relativamente ao objeto, ou seja, ao seu âmbito de aplicação, já demos resposta a esta questão. Ou seja, nos termos do n.º1 do artigo 102.º-A, a legalização é aplicável sempre que se verifique a existência de uma operação urbanística violadora da ordem vigente, independentemente da ilegalidade ser formal ou material. Nesse sentido, deve recorrer-se a esta medida sempre que, perante uma determinada operação urbanística ilegal, se conclua que é possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, tendo, assim, o município uma obrigação prévia de fazer esta apreciação.

O RJUE prevê, ainda, outras situações para aplicação da figura da legalização, mais precisamente, situações de más condições de segurança ou salubridade ou aspetos estéticos, edifícios a ameaçar ruína ou que ofereçam perigo para a saúde pública e segurança de pessoas.

Relativamente ao procedimento e instrução da legalização regula, nesta matéria, o n.º 2, do artigo 102.º-A, dispendo apenas que *“o procedimento de legalização deve ser instruído com os elementos exigíveis em função da pretensão concreta do requerente”*, não concretizando regras a seguir pela entidade decisora na formação da vontade pública.

Ou seja, recai sobre os municípios a tarefa de concretizarem qual a tramitação a seguir no procedimento de legalização, informando o particular interessado desses trâmites.

Também no que aos elementos instrutórios diz respeito, o n.º 3, do artigo 102.º-A deixa essa tarefa aos municípios, que devem, assim, usar os respetivos regulamentos municipais para

definirem que elementos instrutórios entendem necessários neste procedimento, com a vantagem de poderem adaptar esse procedimento à realidade concreta que possuem no seu território. No caso da proposta do Código Regulamentar do Município de Vila Real (CRMVR), foi introduzido um capítulo relativo à figura da legalização, estipulando-se que, quando o particular não dê início ao procedimento de legalização, o município notifica-o para desencadear esse mesmo procedimento num prazo não inferior a 10 dias e não superior a 90 dias.

Concluindo-se, da apreciação do pedido, que não se mostra necessária a realização de obras de correção ou adaptação, a deliberação final do procedimento de legalização a proferir pela Câmara Municipal decide, simultaneamente, sobre a legalização da obra e sobre a utilização pretendida.

No que se refere à instrução, a proposta do CRMVR estipula que os pedidos de legalização sejam instruídos, sem prejuízo do n.º 4 do artigo 102.º-A, com os elementos definidos na Portaria n.º 113/2015, de 22 de abril, para o licenciamento das obras, com as seguintes especificidades: quando não for possível a apresentação de algum dos projetos de especialidade exigíveis, estes poderão ser substituídos por um dos seguintes documentos:

- a) Certificados emitidos por entidades credenciadas;
- b) Relatórios técnicos acompanhados por termo de responsabilidade onde conste que na operação urbanística de edificação objeto de legalização foram observadas as normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente as normas técnicas de construção em vigor, e bem assim, todas as normas relacionadas com a segurança e saúde públicas da edificação;
- c) Comprovativo da ligação à rede pública existente, nos casos dos projetos de alimentação e distribuição de energia elétrica, projetos de instalação de gás, projetos de redes prediais de água, esgotos e águas pluviais e projetos de instalações telefónicas e de telecomunicações;

Quando não haja lugar à realização de obras de ampliação ou de alteração, será igualmente dispensada a apresentação dos seguintes documentos:

- a) Calendarização da execução da obra;
- b) Estimativa do custo total da obra;
- c) Documento comprovativo da prestação de caução;
- d) Apólice de seguro de construção;
- e) Apólice de seguro que cubra a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho;
- f) Títulos habilitantes para o exercício da atividade de construção válidos à data da construção da obra;
- g) Livro de obra;
- h) Plano de segurança e saúde.

Nos casos em que haja lugar a obras de ampliação ou de alteração, os elementos indicados nos números anteriores poderão referir-se apenas às obras realizadas no âmbito do procedimento de legalização.

Por outro lado, e, no que à dispensa de elementos diz respeito, o n.º 4 do artigo 102.º-A identifica de forma clara quais os elementos que são dispensados nos pedidos de legalização que não impliquem a realização de obras de ampliação ou de alteração, percebendo-se, facilmente, esta isenção, já que todos estão relacionados com a concreta execução dos trabalhos.

Tem, neste ponto, relevância o n.º 6, quando dá o direito ao particular interessado de solicitar informação à Câmara Municipal sobre o procedimento a adotar, incluindo critérios formais e materiais a serem levados em linha de conta na apreciação da sua pretensão concreta, tendo esta a obrigação de, no prazo de 15 dias úteis, dar resposta ao particular.

Uma das questões com mais importância, tanto para os municípios mas também para os particulares que pretendem dar início a um procedimento de legalização, é saber que normas materiais (substantivas) são afinal aplicáveis aos procedimentos de legalização. Já foi referido neste trabalho que vigora entre nós o princípio *tempus regit actum*⁵⁸, sem prejuízo do artigo 60.º, que prevê uma exceção àquela regra, tendo em vista a proteção do existente, figura essa que também já foi abordada neste trabalho.

⁵⁸ Artigo 67.º do RJUE

Ora, o n.º 5 do artigo 102.º-A diz-nos que *“pode ser dispensado o cumprimento de normas técnicas relativas à construção cujo cumprimento se tenha tornado impossível ou que não seja razoável exigir, desde que se verifique terem sido cumpridas as condições técnicas vigentes à data da realização da operação urbanística em questão, competindo ao requerente fazer a prova de tal data”*.

No que à dispensa de normas técnicas diz respeito, é importante frisar que esta dispensa não opera automaticamente, ficando, sim, dependente da verificação de determinados requisitos que permitam chegar à conclusão da impossibilidade do cumprimento dos mesmos. A regra é que estas construções devem dar cumprimento às normas vigentes à data em que dá entrada o pedido de legalização. Contudo, no caso de normas técnicas de construção, a dispensa do cumprimento das mesmas tem de estar devidamente justificada no facto de se ter tornado impossível ou não ser razoável (em cumprimento do princípio da proporcionalidade) exigir o cumprimento dessas normas.

Aliás, em diversas normas do artigo 102.º-A constatamos a preocupação com a segurança das obras clandestinas, nomeadamente, quando fala em elementos necessários a *“garantir a segurança e saúde públicas”*.

A proposta do CRMVR, para estas situações, introduziu, a obrigação de na memória descritiva e justificativa, apresentada com o pedido de legalização, serem indicadas, expressamente, as normas técnicas e os projetos de especialidade cuja dispensa se requer, procedendo a uma fundamentação concreta da impossibilidade de cumprimento das normas atualmente vigentes de preferência por recurso a projeções de custos.

Portanto, no que às normas materiais diz respeito, deve a obra ilegal cumprir as normas legais e regulamentares vigentes à data em que dá entrada o pedido de legalização. Relativamente às normas técnicas, a regra é a mesma, no entanto, nos casos em que, comprovadamente, se tenha tornado impossível exigir o cumprimento dessas normas, pode então ser dispensado, exigindo-se, antes, o cumprimento das condições técnicas vigentes à data da realização da construção, o que nos remete para a necessidade de determinação daquele momento, prova essa que ficará a cargo do interessado. Não referindo o legislador a forma como tal prova se deve realizar,

entendemos que tal matéria deve ser tratada em regulamento municipal⁵⁹, aliás, no seguimento do que já vinha acontecendo para as “certidões anteriores a 1951”.

Entende-se, do ponto de vista factual, a dispensa de cumprimento de normas técnicas de construção, até porque muitas das construções ilegais não são recentes, datam sim dos anos 80 e 90, sendo, por isso, difícil dar cumprimento a normas técnicas de construção entretanto entradas em vigor, aliás o que vamos ver com maior pormenor quando tratarmos a matéria do Regime Excecional de Reabilitação Urbana.

5.1- TRAMITAÇÃO

Já vimos que o legislador não definiu, relativamente à figura da legalização, um procedimento a adotar para esta figura, deixando essa tarefa para os municípios levarem a cabo nos seus regulamentos municipais.

Esta opção tem um lado positivo, que se prende com o facto de terem os municípios a oportunidade de tratarem nos seus regulamentos o procedimento que acharem mais adequado, até levando em linha de conta o tipo de ilegalidades que possuem no seu território, dado que o país é, nesta matéria, muito díspar.

Assim, devem ser os regulamentos municipais a tratar estas questões, concretizando melhor esta figura, nomeadamente no que à instrução, tramitação e procedimento para a dispensa de normas técnicas diz respeito.

No caso do Município de Vila Real, a proposta do Código Regulamentar, no capítulo dedicado à figura da legalização, estipulou que a deliberação final do procedimento de legalização é precedida de vistoria municipal realizada pela comissão municipal responsável, podendo esta

⁵⁹ A proposta do CRMVR, no artigo 50.º, tratando a questão das edificações existentes estipulou que, para efeitos de fixação dos critérios e trâmites do reconhecimento de que as edificações construídas se conformam com as regras em vigor à data da sua construção, assim como do licenciamento ou comunicação prévia de obras de reconstrução ou de alteração das edificações, para efeitos da aplicação do regime da garantia do existente, são atendíveis os seguintes indícios de prova: levantamento aerofotogramétricos, certidão de teor das descrições e de todas as inscrições em vigor emitida pela Conservatória do Registo Predial; certidão comprovativa da inscrição do prédio na matriz, fotos e mapas de cadastro; verificação de indícios claros de existência do imóvel e da sua datação através de relatório elaborado por técnico habilitado, no qual seja demonstrada e tecnicamente fundamentada a idade da mesma ou por intermédio de vistoria municipal, escrituras públicas e outros contratos.

ser dispensada, desde que o pedido de legalização da operação urbanística não consubstancie qualquer dispensa relativamente ao dever de apresentação dos elementos e/ou documentos técnicos instrutórios, previstos no RJUE e Portaria instrutória respetiva.

Na aplicação prática da figura da legalização, encontramos, também, dificuldades de ordem jurídica, como sejam, questões como as de legitimidade, deferimento tácito, a natureza do ato administrativo praticado, prazo para a prática do ato e as taxas a fixar para o procedimento de legalização.

A doutrina tem entendido⁶⁰ que a legalização pressupõe a prática de um ato expresso. Diz INÊS CALOR que, não obstante o procedimento, “*o requerente não poderá beneficiar do valor positivo do silêncio da administração, tendo necessariamente de aguardar a decisão favorável da autarquia*”, razão pela qual não é admissível o deferimento tácito do pedido.

O princípio geral, no RJUE, é o do deferimento tácito⁶¹, mas no pressuposto de se acharem decorridos os prazos fixados. Acontece que, com exceção do prazo para prestar informações acerca dos termos do procedimento, não há mais nenhum prazo estipulado para decidir sobre a legalização.

Esta questão colocava-se, à luz da versão anterior do RJUE, a propósito das situações que ficassem subordinadas às regras da comunicação prévia. Já aqui, alguma jurisprudência se pronunciava no sentido de não ser aplicável a figura do deferimento tácito, uma vez que, a obra já estaria feita.

Portanto, entendemos que ao cabo de 90 dias, de acordo com o artigo 129.º do CPA, sem que exista uma decisão por parte da administração, o interessado não pode prevalecer-se dos meios previstos no artigo 113.º do RJUE, ou seja, o particular, perante o silêncio da administração, deve intentar ação administrativa especial de condenação na prática do ato devido.

⁶⁰ INÊS CALOR, ob. cit, p.33, pronunciando-se sobre o deferimento tácito nos pedidos de legalização na vigência da anterior redação do RJUE e, mais recentemente, PEDRO MONIZ LOPES, in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação – Ilegalidades Urbanísticas e Medidas de Reintegração: algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia*, Almedina, p. 205 a 225, já na vigência da redação conferida pelo DL 136/2014.

⁶¹ Artigo 111.º, alínea c) do RJUE

Aliás, tal posição sai reforçada pela redação dada ao n.º 2 do artigo 113.º do RJUE, determinando que, ocorrendo o deferimento tácito, o particular pode iniciar os trabalhos, o que só pode acontecer quando a obra ainda estiver por executar, o que não acontece na legalização das obras clandestinas que já se encontram, na sua grande maioria, concluídas.

Ora, não tendo o RJUE estipulado um prazo para que a administração responda ao pedido de legalização, entende-se que esse prazo deve ficar estipulado nos regulamentos municipais, quando tratam o procedimento de legalização. No caso da proposta do CRMV, estipulou-se que a Câmara Municipal delibera sobre o pedido de legalização no prazo máximo de 45 dias a contar da entrega de todos os elementos instrutórios exigíveis ou da data da receção do último dos pareceres, autorizações ou aprovações emitidos pelas entidades exteriores ao município, quando tenha havido lugar a consultas, ou, ainda, do termo da data para a receção destes atos.

Estipulou-se, ainda, que a deliberação pode ser de:

- a) deferimento do pedido, concedendo-se o prazo de 90 dias para levantamento do alvará de obras, caso a elas haja lugar, prazo esse prorrogável por idênticos períodos até perfazer um total de 12 meses;
- b) deferimento do pedido, concedendo-se o prazo de 90 dias para levantamento do alvará de autorização de legalização, caso não haja obras;
- c) indeferimento do pedido.

Por fim, é de referir que no final será emitida a autorização de utilização onde deve constar que aquela edificação foi legalizada ao abrigo do procedimento especial de legalização, sendo este documento necessário para qualquer transação que envolva o imóvel em causa. Aliás, muitos dos pedidos de legalização que têm dado entrada no Município de Vila Real prendem-se, precisamente, com a necessidade de obtenção da autorização de utilização para poderem vender ou doar os seus imóveis, sendo, por isso, tal ato constitutivo de direitos.

Com efeito, o procedimento de legalização culmina com a emissão de um ato administrativo cujo conteúdo é, em caso de deferimento, o de reconhecer que as operações urbanísticas se adequam aos parâmetros urbanísticos previstos nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis. Trata-se, assim, de um ato declarativo com efeitos constitutivos.

São atos constitutivos de direitos todos os atos administrativos que atribuem a outrem direitos subjetivos novos, ou que ampliam direitos subjetivos existentes, ou que extinguem restrições ao exercício dum direito já existente. A razão de ser destes atos prende-se com a necessidade de proteção de direitos adquiridos pelos particulares, para a sua segurança e certeza das relações jurídicas.

Devem considerar-se atos constitutivos de direitos: os atos criadores de direitos, poderes, faculdades e, em geral, situações jurídicas subjetivas; os atos que ampliam ou reforçam esses direitos, poderes, faculdades e, em geral, situações jurídicas subjetivas; os atos que extingam restrições ao exercício de direitos, nomeadamente, as autorizações; os atos meramente declarativos que reconheçam a existência ou a validade de direitos, poderes, faculdades ou situações jurídicas subjetivas. São os atos a que a doutrina chama verificações-constitutivas.

No que se refere às taxas a fixar, a dúvida que surge aqui é se estas devem ser iguais ou superiores às exigidas para um procedimento normal de controlo prévio. Embora as taxas agravadas sejam vistas muitas vezes como uma sanção⁶², a verdade é que há autores que defendem a aplicação de uma taxa agravada nestas situações, justificando essa posição com o n.º 2 do artigo 4.º do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, que permite a fixação do valor com base em critérios de desincentivo à prática de certos atos ou operações e distinguindo o que é sancionar do que é desincentivar.⁶³

No caso do Município de Vila Real, a proposta do Código Regulamentar prevê uma taxa agravada para as legalizações.

5.2 – QUANDO A LEGALIZAÇÃO FALHA

Já vimos que situações existem em que as construções ilegais não serão passíveis de legalização, seja porque a obra ilegal não é, afinal, passível de legalização, seja porque, sendo esta passível de legalização, o particular, intimado para esse efeito não inicia o procedimento necessário à prática do respetivo ato administrativo.

⁶² Cf. PROVIDOR DE JUSTIÇA, in <http://www.provedor-jus.pt>

⁶³ Cf. INÊS CALOR, *ob. cit.*, pp. 41-42.

Na primeira situação, ou seja, perante uma construção ilegal que não é passível de legalização, a medida de tutela da legalidade urbanística a adotar é a demolição, assumindo-se esta como um verdadeiro poder-dever.

Noutro plano, perante uma obra que é legalizável, a imposição de outras medidas de tutela da legalidade urbanística é questionável, já que bastaria a prática do ato competente – licença ou autorização, sendo precisamente aqui que mais dúvidas se levantam quanto àquela que deve ser a atuação da administração.

Já vimos, atrás, qual a posição da jurisprudência relativamente a esta questão, ou seja, uma construção ilegal, passível de legalização, mas em que o particular interessado não desencadeia o respetivo procedimento nesse sentido.

A própria jurisprudência administrativa tem defendido que a demolição de uma obra não pode ser o único meio de reação perante a ilegalidade, sendo antes o último dos meios a usar.⁶⁴

Contudo, por outro lado, na sua atuação, a administração deve tratar todos os munícipes por igual, não podendo beneficiar o infrator em relação ao cumpridor. Por sua vez, o princípio da legalidade impõe que a administração paute a sua conduta pelo estrito respeito e cumprimento da lei.⁶⁵ A administração na sua atuação deve cumprir o princípio da legalidade e da igualdade (artigo 3.º e 6.º do CPA respetivamente).⁶⁶

Sendo a demolição irreversível, a Administração Pública deve atuar de acordo com o princípio da proporcionalidade que a obriga a prosseguir o interesse público e a escolher o meio que menos lese os interesses em jogo.

⁶⁴ Cf.: Ac. TCAN, de 27/05/2011, proc. N.º 00516-A/03 e de 14/12/2012, proc. N.º 00608-A/99; Ac. TCAS, de 19/01/2012, proc. N.º 05261/09.

⁶⁵ Neste sentido o Ac. do STA de 24/03/2011, proc. N.º 90/10, o Tribunal disse o seguinte: “III- A lei não autoriza que, em caso de obra ilegal, a medida mais radical e mais gravosa para o particular – a demolição – seja tomada sem precedência de uma avaliação, ainda que sumária, sobre a possibilidade de legalização, pelo que a Administração tem o dever legal de formular esse juízo, independentemente de requerimento. IV- O que não quer dizer que a Administração está, sempre e em qualquer caso, impedida de ordenar a demolição quando as obras, apesar de ilegais, são susceptíveis de legalização. E isto porque, pautando-se a sua atividade pelo princípio da legalidade (art.º 3.º do CPA), cumpre-lhe reparar a ordem jurídica violada ordenando, se necessário, a demolição da obra ilegal, o que deverá acontecer sempre que constatar que o interessado, pela sua passividade, não irá contribuir para a reposição da legalidade ou que a irá mesmo dificultar.”

⁶⁶ Neste sentido, DULCE LOPES, *Vias Procedimentais em Matéria de Legalização e Demolição: Quem, Como, Porquê?*, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 65, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Set./Out., 2007, Braga, p. 27 a 38.

A questão em causa é complexa. Contudo, importante reter aqui é que a legalização corresponde a um ónus do particular, e da experiência prática resultante do contacto diário com situações deste género resulta que, na grande maioria das situações, a administração notifica o particular uma série de vezes à legalização da construção ilegal, que concluiu ser passível de legalização, mas este não dá início a esse impulso processual. Fica, assim, a administração perante uma construção ilegal, que é passível de legalização, mas o particular interessado, aquele que possui legitimidade para dar início ao processo de legalização, não responde ao repto da administração.

Ora, entendemos que, em situações como esta, não deve a administração deixar de atuar e adotar as medidas de tutela da legalidade necessárias à reposição da legalidade.

Há, contudo, autores⁶⁷ que defendem que, em situações excecionais e perante construções ilegais, mas que já se encontram nesta situação há muitos anos, quando a demolição ou a reposição do terreno possa causar um prejuízo incomportável aos seus destinatários, deve ser permitida a legalização, salvo na hipótese de esta ser absolutamente inaceitável do ponto de vista urbanístico.

5.3 QUANDO NÃO É POSSÍVEL LANÇAR MÃO DA LEGALIZAÇÃO

Situações há, aliás em grande número até, em que, quando a administração, no cumprimento do dever que lhe assiste de fazer um juízo de prognose acerca da suscetibilidade de legalização das obras ilegais, conclui pela sua impossibilidade, em virtude de violar normas materiais às quais, mesmo introduzindo obras de alteração ou correção, não consegue dar cumprimento. Nestes casos, não sendo possível legalizar, a administração é, ou era até à última alteração ao RJUE, encaminhada para a demolição.

Um dos casos de operações urbanísticas impossíveis de legalização, senão a grande maioria, prende-se com violações de normas constantes dos planos municipais vinculativos dos

⁶⁷ CLÁUDIO MONTEIRO / JORGE GONÇALVES defendem a legalização sempre que esta não seja “absolutamente inaceitável do ponto de vista urbanístico”. *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo anotada e comentada*, Vol. II, Lex, 1994, p. 950.

particulares, tendo surgido aqui, já algum tempo a esta parte, a hipótese de alterar o instrumento de gestão territorial em causa como forma de “reintegrar” a legalidade violada.

Ora, não sendo esta a lógica do planeamento nem a função dos planos, a verdade é que, desta forma, se consegue assegurar a viabilização de operações urbanísticas que, de outra forma, cairiam na figura da demolição.

Contudo, esta solução deve ser usada com todas as cautelas e com o maior rigor no que à sua fundamentação diz respeito. Com efeito, a admitir-se a alteração dos planos com o objetivo de regularizar uma concreta operação urbanística, corremos o risco de colidir com o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, caindo na “privatização” do interesse público, colocando-o, dessa forma, ao dispor e no interesse dos particulares.⁶⁸

Como refere RAQUEL CARVALHO⁶⁹, “*o afeiçoamento das normas a casos concretos dá um sinal negativo para a generalidade das pessoas, o de que compensa violar a lei porque existe sempre a possibilidade de esta ser alterada de acordo com os interesses do infrator*”.

Por outro lado, corremos o risco de desvirtuar a função e a própria figura dos planos, que é a de ordenar o território, planejar a ocupação de determinada área.

Outra forma de solucionar esta questão e que se mostra mais adequada é a previsão, nos respetivos planos municipais de ordenamento do território, de normas atinentes à legalização, aliás, como já alguns municípios têm efeito. Até à mais recente revisão do RJUE e à Lei de Bases, esta solução era muito criticada e até posta em causa a sua legalidade. Contudo, levando em linha de conta as recentes alterações legislativas, a legalização destas construções passará, precisamente, pela previsão de um regime específico nos respetivos planos, devendo, contudo, ser usado com todas as cautelas e com respeito pelos princípios, sob pena de completo desvirtuamento da função do plano.

⁶⁸ “*Es èsta una facultad excepcional, tendente a preservar la virtualidade de la revisión de oficio que se tramita, por lo que sólo podrá ejercitarse cuando, en efecto, le ejecución de lacto que pretende revisarse fuese susceptible de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, que habrán de valorarse en cada caso muy estrictamente para evitar abusos*”. Cf. TOMÁS-RAMÓN FERNANFEZ, *Manual de Derechho Urbanístico*, 2014, p. 220.

⁶⁹ A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Coordenação: CLÁUDIO MONTEIRO. JAIME VALLE. JOÃO MIRANDA, Almedina, 2015, pp. 160.

A título de exemplo, pode ler-se no artigo 48.º do PDM de Pombal, sob a epígrafe “*Legalizações de construções não licenciadas*”: “*nas parcelas onde se localizem atividades ou usos não licenciados anteriores à data da entrada em vigor da versão inicial do Plano Diretor Municipal de Pombal, ocorrida em dezembro de 1995, ou posteriores a esta data mas cuja ilegalidade resulte apenas de não terem sido sujeitos ao procedimento de controlo preventivo legalmente exigido, com exceção, neste último caso, das indústrias e agropecuárias que apresentem licença ou título de exploração válidos emitidos pela entidade competente, podem as construções e os usos existentes à data de entrada em vigor do presente Plano que a eles estejam afetas ser objeto de legalização, sujeitas às normas constantes do presente artigo.*”

Estipula ainda, que a câmara municipal, mediante vistoria requerida pelos interessados, pode licenciar as edificações existentes com uso habitacional, quando não haja divergências com os usos admitidos na área em que as mesmas se integram, desde que: seja verificada a sua existência através da cartografia anterior à publicação do PDM, ocorrida a 4 de dezembro de 1995, ou, sendo a edificação posterior a este e realizada sem controlo prévio legalmente exigido, seja comprovada a sua conformidade material com aquele instrumento de planeamento; seja comprovada a correspondência entre os documentos que instruem o processo de controlo e as construções existentes, no caso das edificações realizadas em momento anterior ao PDM de 1995; seja garantida, por técnico responsável, a estabilidade e a segurança das construções; sejam cumpridos os requisitos mínimos estabelecidos na legislação aplicável à respetiva construção; seja dado cumprimento às regras sobre a salvaguarda ambiental e urbanísticas constantes no regulamento do PDM.

CAPÍTULO VI - A LEGALIZAÇÃO COERCIVA

A mais recente revisão do RJUE vem reconhecer a possibilidade de legalização coerciva, cabendo aos Municípios regulamentar essa figura, se assim o entenderem, nos seus regulamentos municipais.

Com efeito, nos termos do disposto no artigo 93.º do RJUE, as autarquias locais têm o dever de realizar uma fiscalização efetiva das operações urbanísticas promovidas pelo concelho. Já vimos que, no exercício deste poder-dever, as autarquias locais encontram diversos entraves a uma atuação célere e eficaz, resultado, principalmente, da dificuldade de uma correta articulação entre o interesse público na reposição da legalidade urbanística e o princípio da proporcionalidade.

De forma a poder garantir o cumprimento deste princípio da proporcionalidade, os Municípios estão, por isso, vinculados a analisar os pedidos de legalização apresentados pelos interessados que pretendam evitar a adoção das referidas medidas de tutela da legalidade urbanística, suspendendo-se, conseqüentemente, os processos de fiscalização, enquanto esta análise é promovida.

Este dever de análise dos pedidos de legalização veio permitindo que, ao longo dos anos, fossem diversas as situações em que os infratores recorriam a manobras dilatórias que adiassem “eternamente” a reposição do interesse público urbanístico subjacente aos processos de fiscalização.

Por outro lado, e face ao entendimento de alguma jurisprudência de que a demolição deve ser evitada se a obra for suscetível de ser licenciada ou objeto de comunicação prévia, ora, nestes casos, nos casos em que as ilegalidades sejam apenas formais porque não violam qualquer regra de direito público, os Municípios não deveriam assim, de acordo com a citada jurisprudência, proceder à execução coerciva das obras destinadas a repor a legalidade, mesmo que o infrator não adotasse as diligências necessárias ao licenciamento ou comunicação prévia de tais obras.

Em face do exposto, os Municípios ficavam num impasse, situação esta que apenas favorecia os infratores, numa evidente situação de desigualdade para com os cidadãos cumpridores que fazem preceder as suas operações urbanísticas do devido controlo prévio municipal.

Entende-se, assim, que a consagração desta legalização coerciva das obras que o Município verifique serem suscetíveis de legalização, associada à cobrança coerciva das taxas devidas pelo licenciamento oficioso, permitirá reagir de forma proporcional à ilegalidade, na justa medida em que ela se encontrava violada, permitindo, também, que o Município não proceda à demolição coerciva de construções que tenham sido promovidas sem o devido controlo prévio da autarquia, sem que tal facto não se traduza num favorecimento do infrator que não cumpriu estas normas urbanísticas formais.⁷⁰

Entendemos que a consagração desta figura tem também como objetivo, por um lado, impedir que os procedimentos de legalização sejam utilizados como manobras dilatórias que adiem a reposição da legalidade e, por outro lado, impor a legalização coerciva das obras que sejam suscetíveis de legalização, mas, relativamente às quais os infratores não tenham promovido as necessárias diligências para a sua legalização.

De salientar que o Município do Porto adotou, há algum tempo atrás, solução idêntica aquela que o Decreto-Lei n.º 136/2014 introduziu, agora, no RJUE.

Com efeito, através do Código Regulamentar, criou, o citado Município, uma forma de solucionar este problema, que não passa, nem pela determinação da demolição nas situações em que a obra é suscetível de legalização, nem pela atitude passiva de aguardar *sine die* que o promotor venha diligenciar no sentido de obter a referida legalização.⁷¹

O Município do Porto optou por consagrar uma norma que prevê a legalização coerciva das obras, que apesar de terem sido promovidas sem licença ou sem comunicação prévia, cumprem todas as normas legais e regulamentares aplicáveis.

Assim, estabelece o Código Regulamentar do Município do Porto que, caso o particular não promova as diligências necessárias à legalização voluntária das obras efetuadas sem prévio

⁷⁰ ANA LEITE, ob. cit., pág. 476.

⁷¹ ANA LEITE, ob. cit., pág. 474.

controle da autarquia, o Município promoverá, coercivamente, a legalização destas obras, procedendo oficiosamente a esta legalização, emitindo o respetivo alvará e cobrando as taxas devidas.

Através desta norma de natureza regulamentar, o Município do Porto pretendeu, assim, consagrar regras que lhe permitam exercer, de forma eficaz e dentro dos limites legais, os seus poderes de fiscalização, conseguindo, deste modo, repor a legalidade urbanística, através de uma medida efetivamente adequada, necessária e proporcional.

Contudo, fazendo uma leitura atenta do n.º9 do artigo 102.º-A do RJUE, constata-se que esta figura terá uma reduzida aplicação prática, aliás como a que havia sido consagrada no Código Regulamentar do Município do Porto, dado que apenas poderá ser aplicada a casos que não impliquem a realização de cálculos de estabilidade. Portanto, não nos parece que esta figura seja mesmo uma solução para as operações urbanísticas passíveis de legalização, mas em que o particular não desencadeia o procedimento nesse sentido, uma vez que assegura a regularização de um pequeno grupo de situações.

6.1 – O PAPEL DOS MUNICÍPIOS PERANTE A LEGALIZAÇÃO COERCIVA

Concluindo, a Câmara Municipal, pela possibilidade de legalização, concede um prazo considerado como sendo razoável para que o particular dê início, de forma voluntária, ao procedimento. Decorrido aquele prazo sem que o particular desencadeie as diligências necessárias à legalização, e estando perante uma construção que cumpra as limitações da legalização coerciva, a Câmara Municipal procede à legalização, na vez daqueles, exigindo o pagamento das taxas fixadas em regulamento.

A concretização prática da figura da legalização coerciva, também chamada de legalização oficiosa, deve ser tratada por via regulamentar, ficando nas mãos dos Municípios, primeiro, decidir se querem aderir a esta figura e, decidindo que sim, deve a mesma ser incluída nos regulamentos municipais, especificando que situações caem nesta figura e as normas aplicáveis.

Contudo, esta figura levanta algumas questões que na prática podem colocar entraves à aplicação da mesma, como sejam, questões de legitimidade; a violação ou não do direito de propriedade que se encontra constitucionalmente consagrado; a cobrança de taxas; quem vai proceder à realização dos projetos; quem vai subscrever os termos de responsabilidade respetivos e a proteção de direitos de terceiros.

Relativamente à questão da violação do direito de propriedade, com a imposição, por parte da Câmara Municipal, da legalização oficiosa, podemos ler em ANA LEITE que, *“se o município tem atribuições para ordenar e executar coercivamente a demolição de obras ilegais, quando realizadas em incumprimento de normas urbanísticas, por maioria de razão há-de ter competência para, oficiosa ou coercivamente, afirmar que as obras realizadas sem prévio licenciamento ou comunicação prévia cumprem com todas as normas legais e regulamentares e que, por isso, vai considerá-las legalmente existentes.”*⁷²

A dúvida que aqui se coloca é quem vai e de que forma aferir a legitimidade do interessado, ou pelo menos, do proprietário do imóvel. Já sabemos que um dos documentos instrutórios para a realização de qualquer operação urbanística prevista no RJUE é a certidão de registo predial, como forma de atestar, por um lado, a legitimidade do requerente para realizar a operação pretendida e, por outro lado, para verificar se o terreno possui as características indicadas pelo requerente no seu pedido. Ora, na legalização coerciva não existe um pedido por parte de ninguém; é a Câmara Municipal que, oficiosamente, desencadeia esse procedimento, questionando-se aqui como vai tratar esta questão, se terá na mesma que instruir o processo com esse documento ou se estará dispensada de o fazer. Colocando-se aqui, também, a questão da proteção de direitos de terceiros.

Com efeito, as licenças e autorizações urbanísticas são atos administrativos submetidos, exclusivamente, a regras de direito público, significando isto que a administração, na apreciação dos processos, apenas verifica o cumprimento das normas de direito do urbanismo. A submissão exclusiva das licenças e autorizações a regras de direito do urbanismo determina que estas sejam concedidas sob o que se designa de reserva de direitos de terceiros, ou seja,

⁷² ANA LEITE, ob. cit., pág. 475.

conferem ao requerente o direito de realizar a operação urbanística em causa, não retirando, por isso, a terceiros direitos que estes já possuam, de acordo com o ordenamento privatístico.⁷³

Deste entendimento, e segundo a doutrina,⁷⁴ extraem-se duas conclusões. Primeiro, é a de que as normas de direito privado não constituem fundamento para o indeferimento do pedido, e a segunda é a de ficarem excluídas de apreciação pela administração, para efeitos de emissão de licenças ou autorizações urbanísticas, as relações do titular da licença com terceiros não intervenientes na operação urbanística. *“Qualquer litígio que surja a este propósito não deve ser resolvido pela administração no procedimento de licenciamento ou autorização (sob pena de usurpação de poderes) mas pelos tribunais.”*

Ou seja, a administração está obrigada a verificar a legitimidade do requerente. Contudo, esta é uma verificação meramente formal, resume-se a verificar se o documento que comprova a legitimidade alegada foi entregue com o pedido, exigência essa que passou a existir desde a publicação do Decreto-lei n.º 445/91, de 20 de novembro, não podendo ser assacada qualquer responsabilidade à administração por violação de direitos de terceiros alheios à operação urbanística, uma vez que a sua competência resume-se a fazer um controlo da legitimidade meramente formal.

Ora, na legalização coerciva e ao contrário do que se verifica nos demais procedimentos, é a própria administração que desencadeia o procedimento de reposição da legalidade da operação urbanística ilegal, colocando-se aqui a questão de saber sobre quem recairá a responsabilidade pela violação de direitos de terceiros pessoas, alheias àquela concreta operação.

Ora, esta resposta é dada pelo n.º 11 do artigo 102.º-A ao afirmar que o ato de legalização oficiosa é praticado “sob reserva de direitos de terceiros,” ou seja, sem prejuízo de eventuais litígios particulares que sobre tais obras eventualmente impendam.

Temos dúvidas, também, no que concerne à cobrança das taxas, exceto as taxas devidas pela manutenção e reforço das infraestruturas que faz todo o sentido serem cobradas, isto porque,

⁷³ Acórdão do STA, de 07 de Fevereiro de 2002, processo n.º 048295 onde se conclui que: *“não incumbe á administração no ato de licenciamento de obras particulares assegurar o respeito por normas de direito civil, designadamente das que tutelam servidões de passagem de terceiros sobre o prédio onde se situa a obra licenciada.”*

⁷⁴ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A Legitimidade nos Procedimentos Urbanísticos*, O Municipal n.º 265

apesar de estarmos perante uma construção ilegal, a verdade é que essa construção existe e produz impacto sobre as infraestruturas existentes, pressupondo o seu reforço e manutenção sempre que se revele necessário, encargo, esse que é suportado pela entidade pública respetiva. Contudo, esta legalização coerciva pressupõe o pagamento de taxas, por parte do proprietário do imóvel, que devem estar previstas em regulamento municipal. Estamos aqui, no que às taxas diz respeito, perante uma manifestação de vontade do particular que, dirigindo-se à entidade pública competente, requer que lhe seja prestado um determinado serviço, mediante o pagamento da taxa devida. Também no que às taxas urbanísticas diz respeito, estamos perante uma manifestação de vontade por parte do particular que solicita à entidade municipal competente a prestação de um serviço público pelo qual será onerado com o pagamento da respetiva taxa.

Na legalização oficiosa falta, precisamente, esse pedido feito pelo interessado à Câmara Municipal, ou seja, não se assiste a uma manifestação de vontade na prestação de um serviço/atividade. O que ocorre aqui é a inércia do particular em desencadear o respetivo processo de legalização e, perante esta inércia, a Câmara Municipal promove essa legalização de forma coerciva, recaindo no particular o dever de pagar as taxas devidas por esse procedimento. Contudo, olhando para esta situação, e com exceção do valor cobrado pela emissão do título, mais parece estarmos perante um custo do que perante uma taxa.

O Município do Porto, quando introduziu esta figura da legalização coerciva no seu Código Regulamentar, justificou esta taxa como correspondendo, não apenas à mera taxa pela emissão de uma licença, mas também aos custos adicionais em que o Município incorre no procedimento de legalização, incluindo, tanto deslocações ao local como a análise e eventual elaboração de peças desenhadas pelos técnicos municipais.

Aliás, é por isso que alguns Regulamentos Municipais de Urbanização e Edificação, que já foram publicados na sequência do Decreto-Lei 136/2014⁷⁵, têm salvaguardado esta questão através da previsão, nas legalizações coercivas, da existência de uma notificação ao proprietário, mais dizendo que esta, a legalização coerciva, não poderá vir a ser determinada

⁷⁵ Cf. RMUE de Vila Nova de Gaia e de Santa Marta de Penaguião

caso aquele expressamente se oponha no prazo aí indicado, devendo, neste caso, ser retomadas as medidas de tutela da legalidade urbanística adequadas à reposição da legalidade.

6.2 – A INSUFICIÊNCIA DA LEGALIZAÇÃO COERCIVA

A figura da legalização coerciva/oficiosa surgiu como forma de dar resposta a uma série de construções que, sendo ilegais apenas do ponto de vista formal, ou seja, foram levadas a cabo sem que previamente tenham passado pelo controlo das entidades administrativas competentes, mas cumprem as normas materiais em vigor, no entanto, o seu promotor, intimado a desencadear a respetiva legalização, não responde ao repto lançado pela administração. Importava, assim, nestes casos, encontrar uma solução para estas construções, sendo que a mesma deve respeitar princípios constitucionalmente protegidos, como sejam o princípio da proporcionalidade, da adequação e da igualdade de tratamento.

Ora, a legalização coerciva tão falada e aguardada com a mais recente revisão do RJUE, na esperança que permitisse resolver uma série de construção ilegais, somos forçados a concluir que esta não dá resposta ao problema das construções clandestinas.

Desde logo, só se admite o recurso à legalização coerciva, nos termos do n.º 9 do artigo 102.º- A, nos casos em que a obra a legalizar não implique a realização de cálculos de estabilidade. Ora, fazendo uma breve incursão pela Portaria n.º 113/2015, de 22 de abril⁷⁶, constata-se que o projeto de estabilidade é exigido em qualquer operação urbanística (exceto nas operações urbanísticas isentas de controlo prévio). Com efeito, a construção de edifícios envolve a prévia elaboração de diversos projetos de especialidades, entre eles, o projeto de estabilidade, onde o projetista cria uma estrutura com características resistentes, em conformidade com o projeto de arquitetura e respeitando os regulamentos em vigor, procurando dotar essa estrutura resistente de características de durabilidade, tendo em conta a vida útil dos materiais, a exposição ambiental, a utilização, etc.

Significa esta uma grande limitação à figura da legalização coerciva, não podendo lançar-se mão desta sempre que a obra em causa implique a realização de cálculos de estabilidade ou,

⁷⁶ Portaria instrutória do RJUE

também, nos casos em que seja necessário realizar trabalhos de correção ou alteração uma vez que, será necessário, também aqui, a realização de cálculos de estabilidade.

Portanto, admite-se a legalização coerciva sempre que o interessado não tenha apresentado o pedido de legalização no prazo concedido para o efeito, a obra ilegal realizada não careça de qualquer cálculo de estabilidade e não haja lugar a quaisquer obras de alteração ou correção.

Temos, então, de concluir que no que à legalização coerciva diz respeito, esta não tem capacidade para abranger todas as obras ilegais. Aliás, somos mesmo levados a concluir que a grande maioria, não terá enquadramento nesta figura.

Em suma, com esta exigência, uma figura que até poderia, pôr fim, a muitas situações de ilegalidade que se arrastam há muitos anos, transforma-se numa figura sem grande utilidade prática.

Tal como se encontram previstas no RJUE, a legalização, enquanto medida de tutela da legalidade urbanística, e a legalização coerciva, enquanto resposta à inércia do particular, são insuficientes para assegurar a efetiva reposição da legalidade, mantendo, sem qualquer tratamento, inúmeras situações de ilegalidade.

CAPÍTULO VII – REGIMES ESPECIAIS DE LEGALIZAÇÃO E DISPENSA DE CUMPRIMENTO DE NORMAS

7.1– REGIME DA REABILITAÇÃO URBANA

Com efeito, e começando pelo Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 307/2009 de 23 de outubro, alterado pela Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, estipula, no seu artigo 51.º, sob a epígrafe “*Proteção do existente*”, que:

“1 - A emissão da licença ou a admissão de comunicação prévia de obras de reconstrução ou alteração de edifício inseridas no âmbito de aplicação do presente decreto-lei não podem ser recusadas com fundamento em normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, desde que tais operações:

- a) Não originem ou agravem a desconformidade com as normas em vigor; ou*
- b) Tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação; e*
- c) Observem as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício.*

2 – As obras de ampliação inseridas no âmbito de uma operação de reabilitação urbana podem ser dispensadas do cumprimento de normas legais ou regulamentares supervenientes à construção originária, sempre que da realização daquelas obras resulte uma melhoria das condições de desempenho e segurança funcional, estrutural e construtivo da edificação, sendo observadas as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício, e o sacrifício decorrente do cumprimento das normas legais e regulamentares vigentes seja desproporcionado em face da desconformidade criada ou agravada pela realização daquelas.”

Da leitura da norma citada, conclui-se que a administração não pode indeferir o licenciamento de obras de reconstrução ou de alteração em edifícios abrangidos pelo diploma em causa, com fundamento na violação de normas legais ou regulamentares que se encontrem atualmente em vigor. Estamos, assim, perante um “desvio” ao princípio *tempus regit actum*, que nos diz que

as licenças e autorizações devem ser apreciadas e emitidas à luz da lei vigente à data em que é feita essa apreciação (artigo 67.º do RJUE).

O regime em causa aplica-se a edifícios situados nas áreas definidas como sendo uma área de reabilitação urbana. Contudo, o artigo 77.º-A vem alargar o âmbito de aplicação do diploma, dizendo que o regime estabelecido aplica-se também às operações de reabilitação que cumpram determinados requisitos e tenham por objeto edifícios ou frações, localizados ou não em áreas de reabilitação urbana.

Os requisitos exigidos são os seguintes:

- a) Edifícios cuja construção, legalmente existente, tenha sido concluída há pelo menos 30 anos e;
- b) Nos quais, em virtude da sua insuficiência, degradação ou obsolescência, designadamente no que se refere às suas condições de uso, solidez, segurança, estética ou salubridade, se justifique uma intervenção de reabilitação destinada a conferir adequadas características de desempenho e de segurança funcional, estrutural e construtiva.

Estipula, ainda, que as operações urbanísticas de reabilitação abrangidas pela citada norma devem, cumulativamente:

- a) Preservar as fachadas principais do edifício com todos os seus elementos não dissonantes, com possibilidade de novas aberturas de vãos ou modificação de vãos existentes ao nível do piso térreo, nos termos previstos nas normas legais e regulamentares e nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis;
- b) Manter os elementos arquitetónicos e estruturais de valor patrimonial do edifício, designadamente abóbodas, arcarias, estruturas metálicas ou de madeira;
- c) Manter o número de pisos acima do solo e no subsolo, bem como a configuração da cobertura, sendo admitido o aproveitamento do vão da cobertura como área útil, com possibilidade de abertura de vãos para comunicação com o exterior, nos termos previstos nas normas legais e regulamentares e nos instrumentos de gestão territorial aplicáveis; e

- d) Não reduzir a resistência estrutural do edifício, designadamente ao nível sísmico, e observar as opções de construção adequadas à segurança estrutural e sísmica do edifício.

Contudo, a este regime de proteção do existente, foi apontado o facto de se limitar a transferir, para os técnicos autores dos projetos, a responsabilidade pelo cumprimento do mesmo, através da entrega de um termo de responsabilidade no qual justificavam a aplicação do RJRU aquele caso concreto.

A complexidade e exigências de ordem técnica do regime geral da edificação e urbanização sempre foram apontadas pelos técnicos e profissionais do setor como um entrave ao desenvolvimento da reabilitação urbana, razão pela qual, no ano de 2014, surgiu o Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 194/2015, de 14 de setembro que marca o estabelecimento de um regime excecional aplicável à reabilitação de edifícios ou de frações cuja construção tenha sido concluída há, pelo menos, 30 anos, ou estejam localizados em áreas de reabilitação urbana, regime esse conhecido como RERU.

7.2– REGIME EXCECIONAL DE REABILITAÇÃO URBANA – O RERU

O novo modelo proposto de desenvolvimento territorial na Lei de Bases e Política dos Solos, do Ordenamento do Território e do Urbanismo promove o desenvolvimento dos aglomerados urbanos e é focado na reabilitação e regeneração urbana. Com efeito, o foco do desenvolvimento do território estará na regeneração dos aglomerados urbanos já existentes, sendo, para esse efeito criados novos instrumentos de gestão do território, de modo a que a expansão urbana apenas ocorra quando o aglomerado urbano se encontre esgotado face às necessidades identificadas no presente e previstas no futuro próximo.

Houve, depois, também necessidade de criar este regime excecional, porque existem em Portugal cerca de 2 milhões de edifícios a precisar de obras de reabilitação, o que corresponde a cerca de 34% do parque habitacional do país, sendo urgente recuperar esse parque habitacional, por forma a trazer de volta as pessoas para os centros das cidades e vilas.

Depois, porque os atuais regulamentos técnicos da construção foram criados a pensar sobretudo nas construções novas, e não tiveram, muitas vezes, em conta as diferentes realidades atinentes a edifícios antigos e de diferentes épocas de construção, cuja reabilitação se mostrava urgente, mas cujas leis vigentes não se adequavam a essas especificidades.

Foi, então, criada, através do Despacho n.º 14574/2012, de 5 de novembro, dos Ministros da Economia e do Emprego e da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 218, de 12 de novembro, uma comissão redatora, composta por personalidades de reconhecido mérito e entidades do setor, com o objetivo de elaborar um projeto de diploma legal que estabelecesse as “exigências mínimas para a reabilitação de edifícios antigos.”

7.2.1– ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O regime em análise aplica-se às obras de conservação, obras de alteração, obras de reconstrução, obras de construção ou de ampliação, na medida em que sejam condicionadas por circunstâncias preexistentes, desde que satisfaçam as seguintes condições cumulativas: não ultrapassem os alinhamentos e a cêrcea superior das edificações confinantes mais elevadas; não agravem as condições de salubridade ou segurança de outras edificações.

Este regime tem um âmbito de aplicação restrito, assim como um período de vigência temporário, sem que se tenham apontado quais as razões que determinaram essas duas especificidades do regime, principalmente a limitação ao uso habitacional.

O regime excecional é apenas aplicável a edifícios ou frações que se destinem a ser afetos, total ou predominantemente, ao uso habitacional, sendo que, para este efeito, se considera cumprido quando, pelo menos, 50% da sua área se destine a habitação e a usos complementares, designadamente estacionamento, arrecadação ou usos sociais. É compreensível, dado que a grande preocupação deste regime prende-se com o regresso das populações aos centros históricos das cidades que se encontram, na sua grande maioria, votadas ao abandono, já não é de tão fácil compreensão que, num edifício constituído, por exemplo, em regime de propriedade horizontal uma fração destinada a habitação seja

abrangida por um regime excepcional de reabilitação e uma fração do mesmo edifício, mas destinada a comércio ou serviços seja abrangida por outro regime e obrigada ao cumprimento de outras normas.⁷⁷

Não se compreende o limite temporal fixado por este regime, de acordo com o qual apenas poderão usufruir da não observância de determinados requisitos/regimes aplicáveis à construção os agentes que se envolvam numa operação de reabilitação urbana nos próximos sete anos⁷⁸; a única razão que se vislumbra poderá ser uma forma de causar alguma pressão nos proprietários desses imóveis para darem início aos trabalhos de reabilitação.

Prevê-se que o regime excepcional se aplique aos procedimentos de controlo prévio das operações urbanísticas de reabilitação de edifícios ou frações à data da sua entrada em vigor, bem como aos pendentes à data da cessação da vigência do mesmo.

7.2.2– NORMAS QUE O RERU DISPENSA DE SEREM CUMPRIDAS

O diploma prevê a dispensa do cumprimento de algumas normas previstas, quer no RGEU, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382 de 7 de agosto de 1951⁷⁹, bem como noutros regimes especiais aplicáveis à construção (acessibilidades⁸⁰, requisitos acústicos⁸¹, eficiência energética e qualidade térmica, gás e telecomunicações), desde que a operação de reabilitação não origine desconformidades ou um agravamento das existentes ou que contribua para a melhoria das condições de segurança e salubridade existentes.

Importa frisar, que apesar da dispensa de aplicação de determinadas normas técnicas, o RERU estabelece expressamente que as intervenções não podem diminuir as condições de segurança

⁷⁷ MARIANA GUEDES DA COSTA, *Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril: Regime Jurídico de Reabilitação Urbana*, disponível em http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02_O_Que_Fazemos/Artigos_forum_juridico/Forum_Juridico_APDI_MGC_Abril_2014.pdf

⁷⁸ O diploma foi publicado no dia 8 de abril de 2014 e o mesmo prevê a sua entrada em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, assim este regime excepcional vigorará até ao dia 9 de abril de 2021.

⁷⁹ Artigos 45.º a 52.º e 59.º a 70.º, 71.º (sem prejuízo da existência de um vão em cada compartimento de habitação), 72.º, 73.º, 75.º, a 80.º, 84.º a 88.º e 97.º do RGEU.

⁸⁰ Decreto-Lei n.º 163/2006, de 8 de agosto.

⁸¹ Decreto-Lei n.º 129/2002, de 11 de maio, na versão atualizada pelo Decreto-Lei n.º 96/2008, de 9 de junho.

e salubridade da edificação, nem a segurança estrutural, nomeadamente, a segurança sísmica do edifício.

Resulta, assim, que neste regime excecional e temporário de reabilitação urbana, os técnicos autores dos projetos mantêm-se como os principais atores neste processo, na medida em que é a estes que caberá identificar quais os requisitos passíveis de serem dispensados, responsabilizando-se por essa interpretação, com entrega do termo de responsabilidade.

7.3 – REGIME EXCECIONAL DE LEGALIZAÇÃO DE INDÚSTRIAS, INSTALAÇÕES PECUÁRIAS E OUTRAS ATIVIDADES - RERAE

No ano de 2014, mais precisamente a 5 de novembro, foi publicado o Decreto-lei n.º 165/2014, que veio, no essencial, criar um mecanismo que permitia avaliar a possibilidade de regularização de um conjunto significativo de unidades produtivas que não dispunham de título de exploração ou de exercício válido face às condições atuais da atividade, designadamente, por motivo de desconformidade com os planos de ordenamento do território vigentes ou com servidões administrativas e restrições de utilidade pública.

Referia-se, tal diploma legal, a estabelecimentos industriais, explorações pecuárias, explorações de pedreiras, bem como, explorações onde se realizassem operações de gestão de resíduos, permitindo, a regularização de estabelecimentos e explorações existentes à data da sua entrada em vigor que não disponham de título válido de instalação ou de título de exploração ou de exercício de atividade, incluindo as situações de desconformidade com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares ou com servidões administrativas e restrições de utilidade pública, sendo, também, este o regime a aplicar à alteração ou ampliação dos estabelecimentos ou instalações que possuíssem título de exploração válido e eficaz, mas cuja alteração ou ampliação não fossem compatíveis com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares ou com servidões e restrições de utilidade pública.

Este regime teve carácter extraordinário, uma vez que vigorou apenas durante um ano contado da data de entrada em vigor do diploma (1 de janeiro de 2015), permitindo a legalização dos

estabelecimentos e instalações supra referidos mesmo em violação das normas materiais em vigor, onde já vimos que se incluem os planos municipais de ordenamento do território, sendo, nestes casos, necessária uma deliberação fundamentada da Assembleia Municipal, sob proposta da Câmara Municipal, reconhecendo interesse público municipal na regularização.

Com efeito, este regime terminou o seu período de vigência a 2 de janeiro de 2016, no entanto, como foi anunciada pelas entidades competentes uma possível prorrogação do prazo de vigência do diploma, é feita uma breve referência e análise ao mesmo. Aliás, no caso do Município de Vila Real, os primeiros pedidos relativos a este regime começaram a dar entrada quando já se encontrava a terminar o prazo de vigência do mesmo.

7.3.1 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO RERAE

Podiam apresentar pedido de regularização das atividades económicas os responsáveis por estabelecimentos industriais, por atividades pecuárias, os operadores de gestão de resíduos, os responsáveis pelas explorações de aproveitamento de depósitos minerais (minas) e de responsáveis pelas instalações de resíduos da indústria extrativa.

O âmbito de aplicação do diploma abrangia três tipos de situações:

- a) Estabelecimentos que não dispunham de qualquer título de exploração ou de exercício;
- b) Estabelecimentos que possuíam título de exploração ou de exercício, desatualizado face às atividades desenvolvidas atualmente;
- c) Estabelecimentos que possuíam título válido, mas cuja alteração e ampliação não se mostrava compatível com os instrumentos de gestão territorial ou com servidões e restrições de utilidade pública.

Não se encontravam abrangidos pelo RERAE os estabelecimentos e explorações integrados em perímetros hidroagrícolas.

7.3.2 – PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DO RERAE

O requerente tinha sempre de demonstrar que desenvolvia ou havia desenvolvido a sua atividade, há, pelo menos, dois anos, e que à data da apresentação do pedido se encontrava numa das seguintes situações:

- a) Em atividade ou cuja atividade tivesse sido suspensa há menos de um ano; ou
- b) Cuja laboração se encontrasse suspensa por autorização da entidade licenciadora, por um período máximo de 3 anos.

O RERAE também se aplicava aos casos de alteração e ampliação dos estabelecimentos ou instalações que possuíssem título de exploração válido e eficaz, mas cuja alteração ou ampliação não fossem compatíveis com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares ou com servidões e restrições de utilidade pública. Aplicava-se, ainda, aos estabelecimentos existentes à data da respetiva entrada em vigor, sem título válido, e que, de forma cumulativa, pretendiam regularizar alterações ou ampliações necessárias para o cumprimento dos requisitos legais aplicáveis.

7.3.3 – INSTRUÇÃO DESTES PEDIDOS

Para os pedidos de regularização de estabelecimentos em desconformidade de localização com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares, servidão administrativa ou restrição de utilidade pública, deveriam ser apresentados os elementos constantes dos n.ºs 4 e 5 do art.º 5.º:

- a) Deliberação fundamentada de reconhecimento do interesse público municipal na regularização do estabelecimento ou instalação, emitida pela assembleia municipal, sob proposta da câmara municipal;
- b) Extratos das plantas de ordenamento, zonamento e de implantação dos planos municipais de ordenamento do território vigentes e das respetivas plantas de condicionantes, e da planta síntese do loteamento, se aplicável;
- c) Extratos das plantas do plano especial de ordenamento do território, nos casos aplicáveis;

- d) Planta de localização e enquadramento à escala de 1:25 000;
- e) Planta com a delimitação da área do estabelecimento ou das explorações, incluindo, no caso das pedreiras, a delimitação da área total de exploração e da área de defesa, bem como, nos casos aplicáveis, da área a ampliar, à escala de 1:10 000 ou outra considerada adequada;
- f) Planta cadastral;
- g) Memória descritiva com a identificação da atividade exercida, a superfície total do terreno afeta às atividades, área total de implantação e construção, caracterização física dos edifícios, número de lugares de estacionamento por tipologias e acessos ao estabelecimento ou às explorações.

Devia, ainda, o pedido ser instruído com informação relevante que habilitasse à ponderação dos interesses económicos, sociais e ambientais em presença, designadamente:

- a) O valor de produção de bens e serviços, por atividade económica desenvolvida no estabelecimento, de acordo com o previsto no Decreto-Lei n.º 381/2007, de 14 de novembro, que aprovou a Classificação Portuguesa das Atividades Económicas, Revisão 3;
- b) A faturação da empresa ou estabelecimento dos últimos dois anos;
- c) O número de postos de trabalho já criados e eventuais estratégias a implementar para a criação ou qualificação de emprego direto local;
- d) A caracterização da procura do mercado em que se insere;
- e) O impactos em atividades conexas, a montante ou a jusante;
- f) As certificações, quando legalmente exigíveis, em matéria de qualidade, ambiente, higiene, segurança e saúde no trabalho e responsabilidade social;
- g) Caracterização sumária do estabelecimento ou exploração e breve historial sobre a sua existência, incluindo a indicação de ter sido iniciado ou não o processo de licenciamento e, em caso afirmativo, as razões que levaram à sua suspensão;
- h) A indicação do fundamento da desconformidade com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares, servidões administrativas ou restrições de utilidade pública, assim como dos impactes da manutenção da atividade;

- i) Fundamentação da opção da não deslocalização do estabelecimento para local adequado no mesmo concelho ou nos concelhos vizinhos, em função da estimativa do respetivo custo;
- j) A caracterização dos métodos e sistemas disponíveis ou a implementar para valorização dos recursos naturais em presença, incluindo medidas de minimização e de compensação de impactes;
- k) A explicitação das medidas de mitigação ou eliminação de eventuais impactes ambientais, incluindo eventuais práticas disponíveis ou a implementar para atingir níveis de desempenho ambiental adequados, designadamente, nos domínios da água, energia, solos, resíduos, ruído, ar;
- l) Os processos tecnológicos inovadores disponíveis ou a implementar ou colaboração com entidades do sistema científico ou tecnológico;
- m) Os custos económicos e sociais da desativação do estabelecimento e de desmantelamento das explorações;
- n) No caso dos recursos geológicos, a implantação georreferenciada e nota técnica justificativa do potencial e da especificidade da exploração na localização proposta;
- o) Demonstração da compatibilidade da localização, com a segurança de pessoas, bens e ambiente, bem como a explicitação das medidas implementadas ou a implementar para minimização.

7.3.4 – DO RECONHECIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO

Para as situações de desconformidade de localização com os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares, servidão administrativa ou restrição de utilidade pública, deveria, previamente à apresentação do pedido de regularização, ser solicitada junto da Câmara Municipal competente uma certidão que atestasse uma *“deliberação fundamentada de reconhecimento de interesse público municipal na regularização.”*

O pedido deveria ser dirigido ao Presidente da Câmara Municipal e acompanhado dos elementos que a entidade administrativa considerasse pertinentes ou que o próprio considerasse comprovativos da importância económica e social da empresa para o concelho.

A deliberação era tomada pela Assembleia Municipal, e o reconhecimento de interesse público, que pressuponha a desconformidade com instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares implicava que a entidade administrativa competente deveria promover a alteração, revisão ou elaboração do instrumento de gestão territorial em causa, no sentido de contemplar a regularização do estabelecimento ou exploração.

Depois de reconhecido o interesse público municipal, o pedido de regularização deveria ser apresentado à entidade coordenadora ou licenciadora definida nos respetivos regimes legais setoriais.

O recibo comprovativo da apresentação do pedido constituía título provisório para a laboração.

7.3.5 – DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA A ALTERAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO OU DO PLANO ESPECIAL

A deliberação final da conferência decisória deveria ser sempre comunicada à Câmara Municipal ou à entidade responsável pelo plano especial, as quais deveriam dar início ao processo de alteração ou revisão do plano ou elaboração do instrumento de gestão territorial.

Todavia, sempre que estivesse em causa um plano especial, podia a alteração ou revisão ser recusada pela decisão fundamentada do membro do governo competente.

Esta decisão era tomada no prazo de 30 dias após a notificação da deliberação final supra mencionada e publicitada na 2.^a série do Diário da República e no sítio da internet da entidade responsável pelo plano especial.

O prazo para obter o título definitivo deveria ser fixado na deliberação da conferência decisória, não devendo ultrapassar os dois anos. O prazo fixado poderia ser prorrogado por mais seis meses, nos casos em que a deliberação favorável condicionada estivesse dependente da realocação do estabelecimento ou exploração.

Sempre que a alteração ou revisão ou a elaboração do plano municipal ou especial não tivesse sido concluída até ao termo do prazo para requerer o título definitivo, podiam as entidades

determinar a suspensão do plano e decretar medidas preventivas. No caso da alteração de delimitação da servidão administrativa e restrição de utilidade pública não ter sido concluída, podia o requerente solicitar o reconhecimento do relevante interesse público ao membro do Governo responsável pela servidão ou restrição de utilidade pública.

CAPÍTULO VIII - CONCLUSÃO

Da leitura das citadas normas e da evolução legislativa que tem ocorrido nesta matéria, o legislador parece reconhecer o grande desafio com que diariamente os municípios se deparam, perante a quantidade de construções e utilizações levadas a cabo sem o competente título.

O Decreto-Lei n.º 136/2014, que procedeu a mais uma alteração ao RJUE, procurou reforçar a fiscalização e sistematizar as medidas de tutela e de reposição da legalidade urbanística, explicitando no respetivo preâmbulo que o mecanismo de regularização de operações urbanísticas é criado como forma de ponderar os interesses em presença, bem como, o impacte negativo dessas situações irregulares para o interesse público e ambiental, em razão do qual poderá a Administração Pública, em certas circunstâncias, proceder à respetiva regularização.

Contudo, o RJUE ficou aquém das expectativas nesta matéria das legalizações, principalmente quando a Lei que estabelece as Bases Gerais de Política Pública de Solos, do Ordenamento do Território e do Urbanismo trata a figura das legalizações, referindo-se a esta de uma forma muito mais abrangente.

Com efeito, o grande problema dos Municípios não são tanto as construções ilegais do ponto de vista formal (ou seja, construíram sem possuírem o competente título, mas cumprem, à data da legalização, as normas materiais em vigor) mas sim as construções que, para além de não terem obtido o necessário título habilitante, não cumprem, na presente data, as normas materiais mobilizáveis por força do princípio *tempus regit actum*.

E, perante o RJUE, para a grande maioria destas situações a solução a adotar é a demolição, uma vez que, nem a figura da legalização, nem a legalização coerciva, são passíveis de lhe dar resposta, quando a maior parte destas construções constituem a habitação de muitas famílias com as questões sociais e económicas daí resultantes às quais os Municípios também têm de dar resposta.

Assim, a resposta para algumas destas situações poderá ser encontrada ao nível do planeamento, mais precisamente, dos planos municipais/intermunicipais vinculativos dos particulares, com a consagração de regimes especiais de legalização.

Bibliografia

- FERNANDO ALVES CORREIA, *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo*, Almedina, Coimbra;
- FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, Volume I, II e III*, Almedina, Coimbra;
- FERNANDO ALVES CORREIA, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra 1997;
- CLÁUDIO MONTEIRO, *A Fiscalização Municipal das Operações Urbanísticas*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, FDUL, 2010, Lisboa;
- CLÁUDIO MONTEIRO, *O Domínio da Cidade: A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, 2013;
- SUSANA CARVALHO FERREIRA, *As Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística*, in *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, coordenação de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra;
- DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2009;
- MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*, Almedina, 1980;
- JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA PAULA OLIVEIRA *Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 2.ª Edição*, Almedina, 2010;
- ISABEL MATIAS, *Legalizações – Enquadramento no Direito Substantivo do Urbanismo*, CEDOUA, 2013;
- INÊS CALOR, *Legalização – Dúvidas Práticas sobre a Aplicação do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, CEDOUA, 1, 2013;
- ALEXANDRA GONÇALVES, *Legalizar, ou o Procedimento Administrativo de Fazer de Conta que se Faz de Novo, Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL, 2013;

- J.J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora;
- MANUEL ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, Coimbra, 1996;
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA,
O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais, Almedina, Coimbra, 2010;

Mais uma alteração ao RJUE – O Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, Almedina, Coimbra, 2014;

Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território, Volume I e II, Almedina, Coimbra.

Ordem de demolição: Acto confirmativo da ordem de embargo?, in Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 2

Direito do Urbanismo e Autarquias Locais, CEFA, 2003.

- FERNANDA PAULA OLIVEIRA e ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Questões Atuais de Direito Local*, AEDRL.
- FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, DULCE LOPES e FERNANDA MAÇAS, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, comentado*, 2.ª e 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009 e 2011;
- CARLA AMADO GOMES, *Embargos e Demolições: Entre a Vinculação e a Discricionariedade*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 19;
- CLÁUDIO MONTEIRO, JAIME VALLE e JOÃO MIRANDA *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação*, Almedina, Coimbra, 2015;
- DULCE LOPES, *Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística*, in Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 14;

- DULCE LOPES, *Vias Procedimentais em Matéria de Legalização e Demolição: Quem, Como, Porquê?*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Set./Out., 2007, Braga;
- JOSÉ ROSENDO DIAS, *Sanções Administrativas*, in *Revista de Direito Público*, n.º 9;
- ANDRÉ FOLQUE, *Curso de Direito da Urbanização e da Edificação*, Coimbra Editora, 2007;
- JOÃO MIRANDA, *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial (A Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos)*, Coimbra Editora, 2002;
- JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares*, Coimbra Editora, 2012;
- PEDRO MONIZ LOPES, *Ilegalidades Urbanísticas e Medidas de Reintegração: algumas questões a propósito da dicotomia procedimental entre licenciamento e comunicação prévia*, in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Almedina, 2015, Coimbra;
- MÁRIO TAVARES DA SILVA, *A (I)Legalidade Urbanística (Do Controlo Municipal ao Controlo Judicial) – breves reflexões*, *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Vol. II, Almedina, 2012
- ANA LEITE, *Demolição vs. Legalização. Não demolir, sem transigir – que solução?*, in *o Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coordenação FERNANDA PAULA OLIVEIRA, Almedina, 2010, Coimbra;
- ANTÓNIO MALHEIRO MAGALHÃES, *O Regime dos Preços Municipais*, Almedina, 2012, Coimbra;
- MARIA RAQUEL DE OLIVEIRA MARTINS, *Que Conformação do Direito de Participação Público no Planeamento? Comentário ao Acórdão do STA de 21 de maio de 2008, processo 01159/05, 2.ª subsecção do C.A.*, in *o Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Almedina, 2010;

- CLÁUDIA SOUTINHO, *O Princípio da Garantia do Existente – Interpretação Extensiva? Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume II, Almedina;
- RAQUEL CARVALHO, *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação – Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística e Regularização de Operações Urbanísticas. A Legalização*, Almedina, 2015, Coimbra;
- NICOLA ASSINI e PIERLUIGI MANTINI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffrè Editore;
- ADALBERTO ALBAMONTE, *Autorizzazione e Denuncia Di Inizio Di Attività Edilizia*, Giuffrè Editore, Milano;
- JEAN-BERNARD AUBY e HUGUES PÉRINET-MARQUET, *Droit de L'urbanisme et de la Construction*, Montchrestien;
- TOMÁS-RAMÓN FERNADEZ, *Manual de Derecho Urbanistico*, Editorial Arazandi;
- TOMÁS-RAMÓN FERNADEZ, *Le Droit de L'urbanisme en Espagne*, disponível em,

http://www.gridauh.fr/fileadmin/gridauh/MEDIA/2010/travaux/urbanisme_sans_frontiere/3eccb2857f14e.pdf.
- RICARDO SANTOS DIEZ/JULIO CASTELAO RODRIGUEZ, *Derecho Urbanístico: Manual para Juristas e Técnicos*, Publicaciones Abella, Madrid, 1999;
- LUCIANO PAREJO ALFONSO, *La Disciplina Urbanística*, Iuste, 2006;
- HUBERT CHARLES, *Les Grands Arrêts du Droit de L'urbanisme*, Dalloz, 1996;
- Análise comparativa das Leis de Solos de Países Europeus – Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo – Documento Técnico DGOTDU8/2011, disponível em,

http://www.dgterritorio.pt/produtos_e_servicos/publicacoes/documentos_tecnicos/analise_comparativa_das_leis_de_solos_de_paises_europeus_2/

- DIOGO COELHO, *A Garantia do existente no Direito do Urbanismo: uma tentativa de salvação*, disponível em,

<http://e-publica.pt/garantia-do-existente.html>.
- ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, *O Tempo nas Relações Urbanísticas*, Jusjornal, n.º 1369, de 28 de dezembro de 2011 (jusnet 2683/2011), disponível em,

<http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx>
- MARINA GUEDES DA COSTA, Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril: Regime Jurídico de Reabilitação Urbana, disponível em:

http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02_O_Que_Fazemos/Artigos_forum_juridico/Forum_Juridico_APDI_MGC_Abril_2014.pdf -
- Revista CEDOUA, n.º 31, Ano XVI, Cedoua.
- Revista CEDOUA n.º 14, Ano VIII, Cedoua.
- Revista CEDOUA n.º 26, Ano XIII, Cedoua.

Jurisprudência

- Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo:
Processo n.º 36957, de 23/10/1997;
Processo n.º 39600, de 06/05/1998;
Processo n.º 43433, de 19/05/1998;
Processo n.º 47069, de 24/05/2001;
Processo n.º 48064, de 27/11/2001;
Processo n.º 048295, de 7/02/2002;
Processo n.º 0485, de 26/09/2002;
Processo n.º 0291/04, de 01/03/2005;
Processo n.º 0959/05, de 14/12/2005;
Processo n.º 01239/05, de 12/07/2006;
Processo n.º 0922/08, de 22/04/2009;
Processo n.º 90/10, de 24/03/2011;
Processo n.º 601/10, de 7/04/2011;
- Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Sul:
Processo n.º 03667/08, de 13/03/2009;
Processo n.º 03006/07, de 17/06/2010;
Processo n.º 05261/09, de 19/01/2012;
Processo n.º 07022/10, de 20/09/2012;
- Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte:
Processo n.º 00516-A/03, de 27/05/2011;
Processo n.º 00367-A/98, de 09/09/2011;
Processo n.º 00608-A/99, de 14/12/2012;

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