

Breve nótula sobre a natureza de *ultima ratio* da demolição de obras ilegais no direito do urbanismo português

A intervenção dos órgãos autárquicos
no procedimento de legalização

Nuno Amaro

Jurista

SUMÁRIO

O artigo 102º do RJUE postula o dever de a Administração Autárquica repor a legalidade urbanística. A demolição de obra ilegal por falta de licença de construção, ou por ancorar em licenciamento ilegal têm como célula primordial a impossibilidade de licenciamento (ou comunicação prévia) ou de ajustamento da mesma às normas urbanísticas legais e regulamentares.

A. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS COMPETÊNCIAS DO PRESIDENTE DE CÂMARA EM MATÉRIA DE URBANISMO

O titular do cargo de Presidente de Câmara Municipal integra, para efeitos legais, o conceito de eleito local ¹ previsto na Lei dos Eleitos Locais (Lei n.º 29/87 de 30 de Junho, atendendo à natureza executiva das respectivas funções ² (art. 239.º, n.ºs 1 e 3, da

1 O regime jurídico das autarquias locais encontra-se actualmente consagrado na Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro. Para além de múltiplos aspectos adicionais, o mencionado diploma legal procede a uma enumeração das atribuições e competências das autarquias, efectuando ainda uma repartição de competências entre os diversos órgãos dos municípios e freguesias. No que concerne àquelas atribuições do Presidente de Câmara, avultam o art. 3.º (em particular as alíneas e) e f)) e o art. 23.º, em especial a alínea n) do n.º 2. Adiante-se que resultava do art. 29.º da Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, a atribuição de competência genérica aos órgãos municipais em matéria de urbanismo, explicitando o art. 68.º do mesmo diploma legal (com particular ênfase na alínea m) as competências próprias do Presidente da Câmara.

2 Pedro Costa Gonçalves assinala in Manual de Direito Administrativo, vol. I, Almedina, 2019, pág. 854 que “o presidente da câmara municipal é, na verdade, um órgão primário do município, uma vez que dispõe de um extenso leque de competências próprias. “O ilustre Autor refere que compete a este órgão, em matéria de “licenciamento de actividades privadas e sancionamento de infracções — conceder autorizações de

Constituição da República Portuguesa, arts. 5.º, 6.º, n.º 2 e 35.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro e art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 29/87, de 30 de Junho).

A qualificação jurídica do cargo de Presidente de Câmara como eleito local acarreta um feixe de consequências jurídicas, nem todas elas plasmadas na Lei n.º 29/87. Assim avulta a sujeição ao cumprimento dos deveres ou princípios legalmente impostos aos membros de órgãos autárquicos de cariz executivo (como sucede com a Presidência de Câmara) ou deliberativo.

Tais deveres encontram a sua consagração, desde logo, na região normativa do art. 4.º da Lei n.º 29/87, muito embora se deva ter em conta a ausência, pelo menos no mesmo diploma legal, de qualquer eventual consequência ou sanção para a sua inobservância:

Procurando efectuar uma súmula do conteúdo do preceito em apreço, aderimos às considerações tecidas por PAULO BRAGA e FÁTIMA DINIZ ³, que escrevem “No desempenho das suas actividades estão os eleitos locais, enquanto titulares de cargos públicos, sujeitos ao cumprimento de determinados deveres que consubstanciam princípios de actuação administrativa, desde logo os princípios da legalidade, prossecução do interesse público e de protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e da justiça e imparcialidade.

Dispõe o Presidente da Câmara Municipal de competência para ordenar a demolição de obras, construções ou edificações sem o devido licenciamento, assim como das que contrariem o disposto nas normas legais e regulamentares aplicáveis.

Dito isto, duas notas de impõem.

Em primeiro lugar, a missão de zelar pelo cumprimento das normas urbanísticas de ordenamento do território, em geral, e de licenciamento de obras particulares, em especial, não constitui um monopólio das autarquias locais, sendo antes partilhadas com outras entidades públicas, nomeadamente:

- a) Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional ⁴ (arts. 2.º, n.º 3, alíneas e) e f) e 13.º, n.º 1, alínea d), da Lei Orgânica das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional)

utilização de edifícios; embargar e ordenar a demolição de quaisquer obras, construções ou edificações, efectuadas por particulares ou pessoas colectivas, nos seguintes casos: *i)* sem licença ou na falta de qualquer outro procedimento de controlo prévio legalmente previsto ou om inobservância das condições neles constantes; *ii)* com violação dos regulamentos, das posturas municipais, de medidas preventivas, de normas provisórias, de áreas de construção prioritária, de áreas de desenvolvimento urbano prioritário ou de planos municipais de ordenamento do território plenamente eficazes; conceder licenças policiais ou fiscais; determinar a instrução dos processos de contraordenação e aplicar as coimas; conceder terrenos, nos cemitérios propriedade do município, para jazigos, mausoléus e sepulturas perpétuas”. Veja-se Manual de Direito Administrativo, vol. I, Almedina, 2019, pág. 855-856.

³ Estatuto dos Eleitos Locais Anotado, 2.º Edição, Colectânea CEFA, 2007, pág. 20.

⁴ Veja-se o Decreto-Lei n.º 228/2012, de 25 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo DL n.º 24/2015, de 06 de Fevereiro. Nos termos dos citados preceitos, constituem atribuições da CCDR “e) Executar, avaliar e fiscalizar, ao nível regional, as políticas de ambiente e de ordenamento do território; f) Garantir a elaboração,

- b) IGAMAOT (art. 1.º, n.º 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 23/2012, de 1 de Fevereiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 153/2015, de 07 de Agosto) ⁵
- c) ICNF (art. 3.º, n.º 2, alíneas e), p) e r) e art. 5.º, n.º 2, alínea d), da Lei Orgânica do Instituto da Conservação da Natureza e Florestas, I. P.) ⁶

Depois, urge realçar que a concretização de tais competências deverá ser enquadrada na legislação urbanística, isto é, caberá a esta última a fixação dos pressupostos que devem presidir ao efectivo exercício daqueles poderes por parte do líder autárquico.

B. O REGIME JURIDICO DA URBANIZAÇÃO E DA EDIFICAÇÃO (RJUE) ⁷ — EM ESPECIAL AS MEDIDAS DE REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA

O RJUE enumera múltiplas medidas de reposição da legalidade urbanísticas ⁸, a saber, o embargo de obras ou de trabalhos de remodelação de terrenos; a suspensão administrativa da

acompanhamento e avaliação dos instrumentos de gestão territorial, assegurando a sua articulação com os instrumentos de gestão territorial de âmbito nacional e regional”. No âmbito destas atribuições, as CCDR dispõem dos poderes de autoridade do Estado, *ex vi* artigo 10.º n.º 1 alínea d) do mencionado diploma legal no que respeita “À prevenção, ao controlo de infracções e à aplicação de sanções por actividades ilícitas, designadamente nos domínios do ambiente, do ordenamento do território e da urbanização e edificação, de acordo com a legislação aplicável”.

5 “A IGAMAOT prossegue, designadamente, as seguintes atribuições (...) d) Proceder a acções de inspecção no âmbito do MAOTE e junto de entidades integradas na administração central e local, de modo a acompanhar e avaliar o cumprimento da legalidade no âmbito do ordenamento do território e conservação da natureza”.

6 O ICNF, I. P., prossegue, entre outras, as seguintes atribuições: (...) e) Articular as políticas de conservação da natureza, biodiversidade e florestas com os diversos instrumentos de ordenamento do território e cooperar com outros serviços e organismos na concretização de quaisquer políticas ou programas nestes domínios; (...) p) Promover a elaboração, avaliação e revisão de planos de ordenamento e de gestão da Rede Nacional de Áreas Protegidas, nos casos de áreas marinhas protegidas em articulação com a DGRM e o IPMA, I. P., bem como assegurar, o desenvolvimento dos instrumentos de gestão das restantes áreas classificadas, designadamente da Rede Natura 2000, visando garantir a conectividade, essencial à migração, à distribuição geográfica e ao intercâmbio genético de espécies selvagens; (...) r) Promover a articulação e a integração dos objectivos de conservação e de utilização sustentável dos recursos naturais na política de ordenamento do território e nas diferentes políticas sectoriais, visando a valorização económica e social do património natural como factor estruturante de diferentes sectores da actividade económica, nomeadamente através de parcerias, com especial incidência no que se refere ao turismo da natureza, nos termos da lei.”

7 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado pela Declaração de Rectificação n.º 5-B/2000, de 29/02, Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4/06, Declaração de Rectificação n.º 13-T/2001, de 30/06, Lei n.º 15/2002, de 22/02, Lei n.º 4-A/2003, de 19/02, Decreto-Lei n.º 157/2006, de 08/08, Lei n.º 60/2007, de 04/09, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29/01, Decreto-Lei n.º 116/2008, de 04/07, Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30/03, Lei n.º 28/2010, de 02/09, Decreto-Lei n.º 266-B/2012, de 31/12, Decreto-Lei n.º 136/2014, de 09/09, Declaração de Rectificação n.º 46-A/2014, de 10/11 e Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 02/10.

8 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”. O Acórdão da Relação de Coimbra

eficácia de ato de controlo prévio; a determinação da realização de trabalhos de correção ou alteração, sempre que possível; a legalização das operações urbanísticas; a determinação da demolição total ou parcial de obras; a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes do início das obras ou trabalhos; e a determinação da cessação da utilização de edifícios ou suas fracções autónomas (art. 102.º, n.º 2, alíneas *a)* a *g)*, do RJUE) ⁹.

Resulta daqui e resultaria sempre do princípio da discricionariedade administrativa ^{10 11} que, perante um elenco de medidas destinadas a alcançar a mesma finalidade (restauração

de 05-01-2011 (Proc. 604/10.3TALRA.C1) entendeu que “Não constituindo a manutenção da obra ilícita elemento da contra-ordenação da realização de operações urbanísticas sujeitas a prévio licenciamento ou autorização sem o respectivo alvará, a prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado, correspondente à data da conclusão da obra.” Não pode deixar de realçar-se, em matéria de contra-ordenações, que no quadro da Lei-Quadro das Contra-ordenações Ambientais (Lei n.º 50/2006 de 29/08 na redacção dada pela Lei n.º 114/2015 de 28/08) cristalizou-se, no seu artigo 75.º A, relativo a “impugnação judicial de contra-ordenações” que caso o mesmo facto dê origem à aplicação, pela mesma entidade, de decisão por contra-ordenação do ordenamento do território, prevista na presente lei, e por contra-ordenação por violação de normas constantes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (DL n.º 555/99 de 16/12) a apreciação da impugnação judicial da decisão adoptada pela autoridade administrativa compete aos tribunais administrativos. Em termos das alterações produzidas pelo DL n.º 214-G/2015 de 02/10 no quadro da legislação avulsa com reflexos no âmbito da delimitação da jurisdição importa ter presente as modificações realizadas nos artigos 85.º n.º 8, e 95.º, n.º 3, ambos do RJUE, atribuindo-se aos tribunais administrativos a competência para conceder a autorização judicial para a execução de obras de urbanização por terceiros e para conceder mandato a funcionários municipais com funções de fiscalização para entrada em domicílio de pessoa que não haja dado o seu consentimento.

⁹ Importa, a este propósito, chamar à colação o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8/10/2009 (Processo n.º 0574/09) no qual foi declarada a perda de mandato, do vereador do urbanismo, ancorada na violação de normas urbanísticas traduzida em “conduta omissiva, prolongada por mais de um ano e meio, que permitiu a continuação de uma obra particular sem a necessária licença, não determinando a instauração de procedimento de contra-ordenação, nem ordenando o embargo, nem dando andamento a auto de notícia levantado pelos serviços, nem atendendo às sucessivas informações dos serviços que concluíam pela ilegalidade da obra e propunham o indeferimento do pedido de licenciamento, antes, prosseguindo com o processo administrativo, e chegando a propor à câmara o deferimento, com informação favorável.”

¹⁰ Assinale-se que vinculação e discricionariedade configuram dois pólos de uma mesma realidade. Colaço Antunes, in “A Ciência Jurídica Administrativa”, Coimbra, Almedina, 2012, página 288-289, refere a propósito que “Enquanto na competência vinculada a verificação da hipótese legal implica necessariamente um determinado conteúdo do acto administrativo, o previsto na estatuição legal, no poder discricionário, ao invés, a lei deixa em aberto, em maior ou menor medida, o conteúdo da estatuição.” Merecem também ser aqui espelhadas as palavras cristalinas do Acórdão do STA de 21 de junho de 2011, Processo 011/11 “ A Administração pode actuar no exercício de poderes vinculados e no exercício de poderes discricionários. O poder é vinculado quando a lei não remete para o critério do respectivo titular a escolha da solução concreta mais adequada; é discricionário quando o seu exercício fica entregue ao critério do respectivo titular, que pode e deve escolher o procedimento a adoptar em cada caso como o mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere.” “A discricionariedade consiste numa liberdade de escolha entre várias soluções tidas como igualmente possíveis [a Administração escolhe livremente uma das soluções apontadas na lei, sendo tidas como igualmente boas, qualquer uma delas]”. Por outro lado o controlo jurisdicional do poder discricionário obedece apenas ao controlo da legalidade não se estendendo à esfera da oportunidade, onde o poder discricionário ocupa o seu espaço por excelência” pode ler-se no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/03/2016, processo 0768/15. Como sublinhava Marcello Caetano in “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”,

da legalidade urbanística) e sem qualquer hierarquização (ao menos aparente) entre elas, será à luz da finalidade da norma que o órgão com competência decisória deverá optar pela aplicação de alguma ou algumas delas.

Mais precisamente, uma vez constatada a violação de normas de índole urbanística, a consequência não terá, inelutavelmente, que ser a demolição das obras, edificações ou construções em causa.

Que assim resulta, ademais, da natureza condicional (e não obrigatória) do n.º 1 art. 106.º, n.º 1, do RJUE, ao dispor que “O presidente da câmara municipal pode igualmente, quando for caso disso, ordenar a demolição total ou parcial da obra ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalho”.

Esta mesma conclusão é reforçada pelo disposto no artigo 102.º-A, n.º 1, do RJUE ao afirmar, recorde-se, que “Quando se verifique a realização de operações urbanísticas ilegais nos termos do n.º 1 do artigo anterior, se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor, a câmara municipal notifica os interessados para a legalização das operações urbanísticas, fixando um prazo para o efeito.”,

Almedina, Coimbra, 2.ª Reimpressão Portuguesa, 2003, pág. 79., “a Administração Pública num regime de legalidade está submissa à lei. A sua atividade tem de ser legal, isto é, de decorrer nos termos traçados pela lei. E tende a ser uma atividade executiva. Os órgãos da Administração executam as leis. Muito embora haja uma larga zona na administração em que a Política, como liberdade de escolha de vias de realizar o interesse público, ou a Técnica como sistema de processos idóneos para alcançar os fins visados, tenham de ter o seu lugar, mesmo aí é a lei que está no princípio da atribuição da competência dos órgãos que realizam opções políticas ou determinam operações técnicas”. Sobre o princípio da legalidade (artigos 3.º n.º 2, 203.º e 266.º n.º 2, da Constituição da República Portuguesa veja-se também Carlos Blanco de Moraes, Curso, II, páginas, 498-499, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, volume VI, 2013, Coimbra Editora, 4.º edição pág. 7-14 e Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, II, 2.º ed., Almedina, 2013, pág. 49-70.

11 A propósito do controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa tragam-se á colação os sábios ensinamentos que promanam do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 06/03/2007, processo 01143/06, relatado pelo Conselheiro Jorge de Sousa II —“(…) A função política corresponde à prática de actos que exprimem opções fundamentais sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade; III — “No entanto, relativamente á generalidade dos actos do Governo, mesmo em relação áqueles a que não caiba a designação de actos políticos, o n.º 1 do artigo 3.º do CPTA revela a existência de uma reserva de Administração, uma zona da actividade administrativa não regulada por normas ou princípios jurídicos, que está fora dos poderes de sindicabilidade dos tribunais administrativos.”

IV — “O controle judicial da actuação administrativa nesta margem de reserva da Administração, terá de limitar-se à verificação da ofensa ou não dos princípios jurídicos que a condicionam e será um controle pela negativa, não podendo o tribunal substituir-se à Administração na ponderação das valorações que se integram nessa margem”. Veja-se na doutrina José Manuel Sérvulo Correia, “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70, Julho/Agosto, Minho, CEJUR-Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2008, págs. 32-57. E bem assim, António Francisco de Sousa, “Discricionariedade “margem de livre apreciação”, “justiça administrativa”, “discricionariedade imprópria”, “discricionariedade técnica”. Comentário ao acórdão do TCAN, processo 01049/13.9BEBRG, 1.º Secção, — Contencioso Administrativo, de 15-02-2019 — concurso para professor catedrático”, Revista do Ministério Público n.º 160.

bem como pelo art. 106.º, n.º 2, do mesmo diploma legal “A demolição pode ser evitada se a obra for susceptível de ser licenciada ou objecto de comunicação prévia ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração”.

No fundo, decorre dos preceitos transcritos que a condição essencial da não demolição reside na possibilidade de licenciamento (ou comunicação prévia) ou de ajustamento da mesma às normas urbanísticas legais e regulamentares.

Corroborando este entendimento, a nossa jurisprudência tem-se pronunciado no sentido da inadmissibilidade de demolição de obras legalizáveis, isto é, asseverando que a opção pela demolição, apenas se torna legítima se e quando a edificação em causa não seja passível de adequação ao ordenamento jurídico vigente, conforme se vislumbra:

- a) no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2/2/2005 (Processo n.º 0633/04), no qual se pode ler que “se as obras, apesar de ilegalmente efectuadas, satisfazem os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade, ou são susceptíveis de os virem a satisfazer, não é permitida a demolição”;
- b) no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/12/2005 (Processo n.º 0959/05) “constitui pressuposto da decisão camarária de ordenar a demolição de obra clandestina a ponderação de que a obra não é susceptível de legalização”;
- c) no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7/10/2009 (Proc. n.º 0941/08), esclareceu-se que “Nos termos do disposto no artigo 106.º do RJUE a demolição de obra de construção não pode ser ordenada se for susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração”; e, bem assim,
- d) no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 20/6/2013 (Proc. 04776/09), dispondo que “Só se demonstrar a violação de normas ou regulamentos que ao Município cumpra aplicar, poderá este indeferir a legalização da obra e ordenar a respectiva demolição, com a consequente reposição da legalidade”.

Note-se que a tal não obsta a eventual necessidade de, por forma a evitar a demolição, o edificado deva sofrer alguns trabalhos de correcção, alteração ou demolição, conforme se alcança de diversos arestos, tais como:

- a) no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 7/4/2016 (Processo n.º 3456/08), afirmando que “A demolição só deve ser ordenada se não for possível a legalização, com ou sem a realização de trabalhos de correcção ou de alteração”; e

- b) no Tribunal Central Administrativo Norte de 8/7/2010 (Processo n.º 01656/06.6BEVIS) “A ponderação da possibilidade de legalização de obra ilegal constitui pressuposto da decisão de ordenar a sua demolição. Essa ponderação deverá ser efectuada atendendo às características da obra concreta, para ver se ela, apesar de ilegalmente feita, satisfaz os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade, ou é susceptível de os vir a satisfazer mediante alterações”;
- e
- c) no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 5/3/2009 (Processo n.º 01582/06) “a demolição só deve ser ordenada se não for possível a legalização, com ou sem a realização de trabalhos de correcção ou de alteração (...). E, tal apreciação da possibilidade de satisfação dos requisitos de licenciamento deve anteceder a ordem de demolição.”.

Mas o entendimento jurisprudencial dominante, senão mesmo uniforme, não se limita a erigir a demolição como medida de reposição da legalidade urbanística apenas em caso de impossibilidade de salvaguarda do edificado, à luz do quadro normativo vigente, antes qualificando a sua utilização, em detrimento das demais medidas tendentes à mesma finalidade e igualmente elencadas no n.º 2 do art. 102.º do RJUE.

Com efeito, a demolição é configurada como *ultima ratio*, ou seja, como medida de recurso, utilizável apenas quando as demais não sejam adequadas à aludida reposição da legalidade urbanística, conforme se encontra espelhado, *inter alia* ¹²:

- a) Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15/3/2012 (Processo n.º 08381/12): “Em matéria urbanística, a demolição é a “ultima ratio”, devendo ser evitada se a obra em causa for susceptível de ser licenciada ou autorizada”;
- b) Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 18/3/2009 (Processo n.º 03621/08): “A demolição de obras ilegais tem de ser considerada como ultimo recurso para a reposição da legalidade, só devendo ser ordenada quando não subsistam dúvidas razoáveis sobre a possibilidade de legalização”;
- c) Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 8/1/2016 (Processo n.º 01316/11.6BEBRG) “a demolição sempre terá de ser entendida como reacção última, quando não possa concluir-se pela possibilidade de legalização da obra carecida de licença. Por homenagem ao princípio da proporcionalidade, só depois de concluída a apreciação sobre a viabilidade ou inviabilidade da

¹² O mesmo entendimento era perfilhado em face da legislação anterior (nomeadamente o art. 58.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11, e os artigos 165.º e 167.º do Regime Jurídico das Edificações Urbanas — REGEU): nesse sentido, vejam-se os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 22/4/2009 (Processo n.º 0922/08) e de 29/11/2006 (Processo n.º 0633/04).

legalização é que poderá lançar-se mão do procedimento de demolição.”; e, de modo particularmente enfático;

- d) Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 19/6/2015 (Processo n.º 00578/08.OBEVIS) e de 5/6/2015 (Processo n.º 00063/12.6BEBRG) “mostrando-se ser a demolição a ultima ratio que apenas deve ser utilizada quando se revele o único meio possível de repor a legalidade urbanística, atento o princípio da proporcionalidade”.

Também a doutrina adere a esta perspectiva, como se alcança das palavras de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES e DULCE LOPES: “a demolição é o que deve ser: um ato de ultima ratio, que apenas deve ser utilizado quando se revele o único meio passível de repor a legalidade urbanística (princípio da proporcionalidade)”¹³ ou, noutros termos, “sem margem para dúvidas, que a legalização é um mecanismo de reposição da legalidade que deve ser sempre avaliado (...). Assim, se em qualquer um destes momentos se colocar a questão da conformação da legalidade de uma obra com as condicionantes legais e regulamentares que lhe são aplicáveis, deve a Administração suspender ou cessar os procedimentos de adoção de medidas de tutela da legalidade em curso que sejam mais restritivos, como a demolição, e explorar a via da demolição. (...) Por homenagem ao princípio da proporcionalidade, só depois de concluída a apreciação sobre a viabilidade ou inviabilidade da pretensão de legalização é que poderá lançar-se mão do procedimento de demolição”¹⁴.

Acresce — e perfilhando o parecer das ilustres Autoras citadas — que o juízo acerca da possível legalização deve ter lugar em dois momentos distintos, “não apenas antes da execução do ato de demolição, como previamente à sua adopção”¹⁵, isto é, não apenas antes de a autarquia emitir a ordem de demolição como, posteriormente, antes de a mesma ser posta em prática.

Em face deste entendimento, repleto de respaldo jurisprudencial e perfilhado igualmente pela doutrina mais autorizada, um eventual ato administrativo ordenando a demolição de obras não licenciadas, assumindo natureza excecional, encontra-se submetido a um especial dever de fundamentação, pelo que “A decisão de demolição de prédio que constitui casa de habitação, não fundamentada na emissão prévia de um juízo de inviabilidade da legalização da obra, mostra-se inquinada do vício de falta de fundamentação”¹⁶, geradora

¹³ Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves e Dulce Lopes, “Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação Comentado, 4.ª Edição, Almedina, 2016, pág. 657.

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 659.

¹⁵ *Ob. e loc. cit.*

¹⁶ “A fundamentação do acto administrativo — que para além de clara, congruente e suficiente, deve ser sucinta — é um conceito relativo, variando conforme a sua natureza e as circunstâncias do caso onreto, sendo suficiente, quando permite a um destinatário normal aperceber-se do itinerário cognoscitivo e

de nulidade”¹⁷ consignou-se no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 19/1/2012, processo n.º 05261/09)¹⁸.

Da existência de um processo de revisão em curso

Como ponto de partida, importa assentar que o quadro legal determinante para aferição da possibilidade de legalização do edificado, mormente à luz do n.º 1 do art. 102.º e do n.º 2 do art. 106.º do RJUE, é o vigente no momento em que, em alternativa à demolição, os órgãos autárquicos competentes, optam pela mencionada legalização.

Se dúvidas houvesse, a esse respeito, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 136/2014¹⁹, que aditou o art. 102.º-A ao RJUE, essas dúvidas ficaram dissipadas com a redacção desse preceito “se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares em vigor” (sublinhado nosso).

Neste mesmo sentido se inclina a jurisprudência (“O juízo de viabilidade de legalização, a emprender obrigatoriamente pela Administração, só é concebível enquanto reportado ao bloco de legalidade urbanística actual, pois não faria qualquer sentido que a Administração reportasse esse juízo de possibilidade de legalização a diplomas legais ou regulamentares já erradicados da ordem jurídica” — Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7/4/2011 — Processo n.º 0601/10)²⁰, bem como a doutrina mais autorizada (vide,

valorativo seguido pelo seu autor” pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/11/2015, processo 1/!5.4YFLSB. Nas lidimas palavras do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 17/06/2016, proferido no processo 00200/08.5BEBRG “ a fundamentação é suficiente quando permite a uma destinatário normal, aperceber-se do itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pelo autor do acto para proferir a decisão, de forma a poder desencadear os mecanismos administrativos ou contenciosos de impugnação. “José Carlos Vieira de Andrade in “O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos”, Almedina, 1992, pp. 238-239.ensina por sua vez que, «a insuficiência, para conduzir a um vício de forma equivalente à falta de fundamentação, há-de ser manifesta, no sentido de ser tal que fiquem por determinar os factos ou as considerações que levaram o órgão a agir ou tomar a decisão, ou então, que resulte evidente que o agente não realizou “um exame sério e imparcial dos factos e das disposições legais”, por não ter tomado em conta “interesses necessariamente implicados”, pelo que, «bem vistas as coisas, poder-se-á mesmo concluir que, no aspecto formal, as exigências postas à fundamentação não são, em rigor, as de que seja clara, congruente e suficiente, mas, no sentido inverso, mais próximo da letra da lei, que não seja obscura, contraditória ou insuficiente».

17 Também no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 6/11/2015 (Processo n.º 00504/10.7BEVIS) se decidiu que a não fundamentação de uma ordem de demolição, nomeadamente com base na impossibilidade de licenciamento, é susceptível de gerar a invalidade da mesma.

18 24 Por outro lado e como bem se decidiu no Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 6/6/2013 (Processo n.º 04782/09), uma eventual ordem de demolição não abrange as obras pré-existentes e conformes ao ordenamento urbanístico legal e regulamentar.

19 Manifestam estas dúvidas Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves e Dulce Lopes, *ob. cit.*, pág. 661.

20 Em termos análogos, vide o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21/6/2011, processo n.º 0339/09, no qual se pode ler que, se “há alteração do regime jurídico aplicável, tem de verificar-se se a ile-

por todos, DULCE LOPES, rematando que “o momento para aferição da viabilidade da legalização do edificado deve ser reportado ao bloco de legalidade actual e não àquele vigente no momento da prática do ato ou da construção da edificação”²¹.

Em suma, se a obra, apesar de ilegal, possuir apetência para ser conformada com os instrumentos de ordenamento do território vigentes à data, nada obstará, conforme exposto, à legalização.

Maiores dúvidas se suscitam quando o instrumento de ordenamento de território em questão se encontra em processo de revisão, ou seja, “a possibilidade de considerar o processo de revisão de um plano director municipal como uma causa legítima de inexecução da sentença que ordenou a demolição da edificação ilegal, precisamente em virtude da violação daquele plano”²².

E a resposta dada por DULCE LOPES é afirmativa, isto é, “a legalização de edificações que podem ainda obter o beneplácito da Administração do ponto de vista das suas opções de planeamento (...) em que a revisão do plano pode servir de mecanismo idóneo e legítimo para a regularização de situações ilegais — sempre teríamos de chamar à colação o princípio da proporcionalidade que aponta decisivamente para a menor lesão possível da posição jurídica dos privados (subprincípio da necessidade) e para a ponderação relativa entre os efeitos que a execução a demolição comporta tanto para os interesses privados como para os interesses públicos em presença (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)”^{23 24}.

A circunstância de o processo de revisão do PDM ainda não se encontrar concluído, nem sequer aprovado, “não inviabiliza, porém, que os tribunais possam tomar em linha de conta, sempre que tal se justifique — isto é, sempre que a modificação das disposições de planeamento seja um instrumento idóneo e legítimo para a regularização de situações ilegais — procedimentos de planeamento em curso (ou, mesmo, em vias de ser iniciados)”²⁵.

galidade inicialmente detectada se mantém, isto é, se a obra continua ilegal face ao novo regime”.

21 Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 9/9/2011 (Proc. n.º 367-A/98-Porto), in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 91 (Janeiro/Fevereiro 2012), pág. 65.

22 Dulce Lopes, *ob. cit.*, pág. 61.

23 *Ob. cit.*, págs. 63 e 64.

24 No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/2012, afirmou-se que “as decisões que o Estado (*lato sensu*) toma têm de ter uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrárias e que esta finalidade deve ser algo de detectável e compreensível para os seus destinatários. O princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma “justa medida” e encontra sede no artigo 2.º da Constituição. O Estado de direito não pode deixar de ser um «Estado proporcional.” Jorge Reis Novais in “Princípios constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”, pp. 161 e segs. decompõe o princípio em cinco testes, incluindo determinabilidade e a razoabilidade); Veja-se sobre esta matéria, José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional*, II, AAFDL Editora, páginas 89-90 e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.a ed., Almedina, 2003 páginas. 266-273, e Carlos Blanco de Morais, *Curso de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, II, páginas. 473-479.

25 *Ob. cit.*, págs. 65 e 66.

No mesmo sentido se pronuncia FERNANDA PAULA OLIVEIRA ²⁶, escrevendo que “Uma das situações típicas para a mobilização do princípio da proporcionalidade, que é o princípio mais relevante em matéria de medidas de reposição da legalidade urbanística, em especial de legalização, é precisamente aquela em que a operação urbanística ilegal se encontra em vias de ser regularizada: porque, por exemplo, à data da sua prática já está em fase adiantada de elaboração um instrumento de planeamento que admite aquela operação, permitindo a sua regularização”.

“É certo, por força do princípio *tempus regit actum* ²⁷, que não estando nesse momento em vigor o novo instrumento de planeamento, que admita a operação ilegalmente realizada, está afastada, à partida, a possibilidade de praticar o ato de legalização. Mas, sendo, a essa data, expectável a legalização daquelas operações — precisamente por no instrumento de planeamento em preparação as mesmas passarem a ser admitidas —, deve permitir-se a manutenção provisória do edificado e dos usos nele instalados, de modo a evitar a afectação desproporcional da esfera jurídica dos particulares”.

Prossegue a mesma Autora esclarecendo que “o que aqui se pretende não é permitir desde logo (...) a sua legalização, mas apenas e tão só, em nome dos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade — que apontam no sentido de que a ordem de demolição se deva posicionar sempre como uma medida de ultima ratio —, não adoptar essa medida (ou não obrigar à sua execução, se ela já tiver sido ordenada) quando estejam em causa operações que seja expectável virem a ser permitida em breve trecho pelos instrumentos de planeamento em elaboração” ²⁸.

Uma alternativa, já seguida por alguns tribunais, passa por alcançar uma melhor compatibilização entre a discricionariedade de planeamento e a obrigação de dar execução às sentenças judiciais, pela concessão de um prazo mais dilatado para a execução da demolição, de modo que a Administração possa entretanto, se assim o entender, regularizar a situação ilegal ²⁹.

²⁶ “As Alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação em Perguntas e Respostas”, Almedina, 2017, págs. 113 e 114.

²⁷ Veja-se sobre o princípio *tempus regit actum* os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 06/02/02, processo 37.622, de 05/05/02, processo 614/02, ou o acórdão de 23/11/2005, processo 0484/05), nos termos do qual a legalidade do acto administrativo se afere, em princípio, pela situação de facto e de direito existente à data da sua prolação.

²⁸ *Ob. cit.*, pág. 114.

²⁹ Vide a sentença do TAF Porto de 12/11/2007 (Proc. n.º 678-A/95), no qual se concedeu um prazo máximo de 42 meses para a execução da demolição do Shopping do Bom Sucesso, mas abrindo a porta a que, dentro do referido prazo, a construção pudesse ser legalizada e o Acórdão do TCAN de 6/9/2009 (Proc. 442-A/96-Porto) que fixou um prazo de 3 anos para a demolição, salvaguardando que “demolição essa que poderá ser apenas parcial no caso de vir a ser entendido que parte da construção pode ser legalizada, devendo, neste caso, ser emitido o respectivo acto válido de licenciamento”.

FERNANDA PAULA OLIVEIRA ³⁰ admite mesmo que “a legalização superveniente ao trânsito em julgado da sentença que tenha condenado a Administração a demolir pode ainda ser invocada como causa extintiva superveniente desta obrigação.”.

Isto posto, urge salientar que o entendimento que vimos expondo se reporta à não execução de uma ordem de demolição judicialmente imposta, decorrente da verificada ilegalidade da edificação, pois, como salienta a Autora, “em regra, só após a declaração de nulidade que goze de força de caso julgado é que a Administração desencadeia os devidos procedimentos de legalização — no caso procedimentos de planeamento — pois só aí fica, as mais das vezes convencida ou vencida (...) sobre a existência de uma situação de ilegalidade. A verdade é que caso tal não ocorra, isto é, caso o Município decida conformar antecipadamente os seus instrumentos de planeamento com pronúncias administrativas de Entes públicos com poderes de tutela ou com decisões judiciais ainda passíveis de recurso, corre sempre o risco de a sua anterior solução de planeamento vir a ser considerada perfeitamente legítima.”.

Ora, admitindo-se a não execução da ordem de demolição na sequência da declaração judicial da ilegalidade da edificação (em consequência ou não da anulação ou declaração de nulidade do ato licenciador), por maioria de razão se terá que admitir a mesma conduta, por parte dos mesmos órgãos autárquicos, ou seja, a não emissão de uma mera ordem administrativa de não demolição ou a não execução dessa mesma ordem administrativa

Em suma, conclui DULCE LOPES, “Ora, conhecendo as contrições legais que incidem sobre a ordem de demolição, designadamente a sua estrita vinculação ao princípio da proporcionalidade, é adequado que o procedimento de execução de obras de demolição, possa, em situações bem recortadas, ser suspenso por um determinado período de tempo, tendo por fundamento os procedimentos de planeamento que se encontram em tramitação (elaboração, alteração, revisão ou, mesmo, suspensão)” ³¹.

Uma ressalva, no entanto, se impõe, porquanto “deve ser afastada a uma decisão genérica de suspensão de todos os procedimentos tendentes à demolição (ou à suspensão genérica ou à prorrogação imediata de todas as ordens de demolição já determinadas) (...): os procedimentos suspensos (ou as execuções de demolição prorrogadas ou suspensas) devem ser apenas aqueles em relação aos quais já se tenha concluído pela viabilidade da operação em causa e, por isso, pela desnecessidade de demolição” ³².

Resumindo e concluindo, a pendência de um processo de revisão de um instrumento de ordenamento do território, com um PDM, não constitui, por si só, motivo bastante para impedir a legalização de uma operação urbanística, em particular quando esta se encontre conforme aos ditames da versão revista do instrumento de ordenamento em causa.

³⁰ *Ob. cit.*, pág. 66.

³¹ *Ob. cit.*, pág. 68.

³² Fernanda Paula Oliveira, *ult. ob. cit.*, págs. 114 e 115.

Uma nota final para realçar que, mesmo quando o proprietário de um terreno no qual se verifique a existência de edificações ilegais seja condenado pela prática do crime previsto e punido no art. 278.º-A do Código Penal, a ordem de demolição e de restituição do solo ao estado anterior, prevista no n.º 4 do mesmo preceito como consequência da sua violação, “sendo um poder-dever funcional do tribunal, dependerão da verificação de pressupostos que a justifiquem (v. g. impossibilidade de legalização da obra ilícita, mesmo fazendo trabalhos de correcção ou de alteração — cfr. artigo 106.º, n.º 2, do RJUE) ³³”.

Da localização do terreno onde se situem edificações ilegais em zona de REN

Um outro potencial óbice à aplicação da figura da legalização reside na eventual localização das obras, edificações ou construções em terreno integrado em zona de REN (ou, em termos análogos, de RAN).

Com efeito, as restrições ao potencial edificativo que caracterizam tais zonas podem tornar, logo à partida, inviável qualquer possível legalização.

Não se ignora que alguma jurisprudência conclui que a mera localização do terreno em zona de RAN ou de REN obsta, a priori, à possibilidade de legalização (Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 4/3/2010, Processo n.º 02152/06); e do Supremo Tribunal Administrativo de 22/11/2011, Processo n.º 0576/11). Contudo, no segundo dos Acórdãos citados, a razão da recusa de legalização assentou na circunstância do regime da REN então vigente apenas consentir “(como excepção à interdição de construção) a “ampliação de edificações existentes destinadas ...”. Ora, não ficou provado que já existisse alguma edificação anterior à feitura da piscina em causa, nomeadamente, algum tanque de rega ou uma piscina de menor dimensão”.

Em sentido contrário, contudo, podemos citar o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7/4/2011 (Processo n.º 44-A/03), no qual estava em causa um terreno desafecto da RAN por PDM entretanto revisto “e pelo qual foi retirado da RAN a zona em que se situa o terreno em que a construção ilegal foi erigida, a Administração está vinculada a emitir o juízo de viabilidade de legalização da construção não licenciada”, concluindo que “Tendo a construção ilegal sido erigida em terreno integrado na RAN segundo o PDM aplicável então em vigor, e tendo a zona em que tal terreno se situa sido retirado da RAN com a aprovação e publicação do Regulamento da 1.ª Revisão do PDM, a Administração está vinculada a emitir o juízo de viabilidade de legalização da construção não licenciada, juízo esse que, a ser positivo, traduzindo a viabilidade da conformação da obra com o bloco de legalidade actual, afastará a hipótese da demolição.”

³³ Maria do Carmo Saraiva de Meneses da Silva Dias, “O direito penal e o direito administrativo : a propósito dos novos crimes previstos nos artigos 278.º-A (violação de regras urbanísticas) e 382.º-A (violação de regras urbanísticas por funcionário) do Código Penal” Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente. — Coimbra : Almedina, pág. 185.

No mesmo sentido e em termos mais genéricos, DULCE LOPES afirma que mesmo nos casos, como acontece em terrenos abrangidos por REN, “em que as ocupações de uso, ocupação e transformação do solo não competem, em sentido estrito, ao município mas sim a outras entidades públicas (...) mesmo neste caso, as situações de ilegalidade podem ser de magnitude tal (...) ou de reduzido ou quase inexistente efeito lesivo para os interesses públicos tutelados por estas entidades externas (...) que o próprio procedimento de planeamento pode servir como veículo para a alteração das restrições heterónomas ao uso do solo, precisamente aquelas que inviabilizaram *prima facie* aquela legalização”³⁴.

Em conclusão, se o terreno, originariamente integrado em zona de reduzida ou nula capacidade construtiva³⁵, designadamente por integrar a RAN ou a REN, passa, por via da alteração de instrumento de ordenamento de território, a deter aquela capacidade, não só nada obstará à legalização, desde que o edificado cumpra (ou seja, suscetível de cumprir) os ditames do instrumento revisto, como a apontada subsidiariedade da demolição face à legalização imporá tal solução.

34 *Ob. cit.*, pág. 64.

35 Assinale-se que conforme brotou dos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 329/99 e 517/99 “(.) o direito de edificar, mesmo entendendo-se que é uma faculdade inerente ao direito de propriedade, para além de ter de ser exercido nos termos desses planos, acaba, verdadeiramente, por só existir nos solos que estes qualifiquem como urbanos (.) o direito de edificar vem, assim, a ser inteiramente modelado pelos planos urbanísticos.” Assinale-se o entendimento de Fernanda Paula Oliveira que postula in “A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa”, Teses, Almedina/2011, págs. 411/412, e em “O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo plano?”, CJA n.º 43, págs. 49 e ss., que a conceptualização do plano como o instrumento jurídico pelo qual a Administração faculta o direito de edificar, se revela pouco avisado “(.) em face dos dados normativos vigentes e da realidade fáctica com relevo neste matéria, muito dificilmente se poderá afirmar, em especial tendo presente o carácter essencialmente estratégico dos planos directores municipais, que são estes o “acto” pelo qual aquele direito é conferido. (.) Esta solução — do não reconhecimento às disposições de determinado tipo de planos municipais de uma capacidade definidora e atributivo do direito de edificar — é a única adequada, por um lado, ao tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal — um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respectivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu. — e, por outro lado, ao conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos directores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura.

Defender, por isso, que tais planos conferem o direito de construir e que há direito a indemnização nas situações em que, numa sua modificação, se diminui ou subtrai uma modalidade de utilização admitida por eles, (.) não parece o mais adequado a esta realidade. (.) Assim, embora alguma doutrina afirme serem os planos os instrumentos jurídico-públicos que conferem o *ius aedificandi*, a verdade é que reconhecem, em regra, ser necessário, para que tal suceda, que o plano em causa corresponda a um instrumento que delimite, com rigor, os tipos, as intensidades e parâmetros de ocupação dos solos, isto é, que seja um plano de pormenor. (.) (n)os solos inseridos numa zona urbana que, para além do mais, se encontrem servidos por todas as infra-estruturas necessárias à edificação (viárias, de saneamento, de fornecimento de água, de electricidade, etc.), neste caso entendemos que a vocação edificativa se encontra implícita no direito de propriedade, havendo lugar a indemnização sempre que um plano venha a impedi-la, por exemplo, destinando aqueles solos (dotados de vocação edificatória) para espaços verdes privados. Com efeito, nestas circunstâncias, aos referidos solos deve ser reconhecido um status de edificáveis, independentemente das disposições dos instrumentos urbanísticos (.)”.

Da possibilidade de legalização oficiosa

A possibilidade de legalização do edificado em contravenção com os normativos legais e regulamentares aplicáveis não carece de qualquer manifestação de vontade dos responsáveis pela construção, antes podendo resultar (e resultando normalmente) de uma decisão oficiosa dos órgãos competentes das autarquias locais, como se infere do n.º 1 do art. 102.º-A e dos n.ºs 2 e 3 do art. 106.º do RJUE.

Esta mesma constatação é sublinhada pela jurisprudência, seja em face do atual regime jurídico da urbanização (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24/09/2009 — Processo n.º 0656/08), no qual se afirma que “A emissão desse juízo de viabilidade de legalização de construção não licenciada tem de anteceder a prática do acto de demolição, mesmo no caso de o interessado não ter formulado pedido de legalização, situação em que a ponderação conducente a esse juízo dever ser feito”, seja à luz do anterior (vide, por todos, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 16/1/2008 — Processo n.º 0962/07; e de 14/12/2005 — Processo n.º 0959/05). Abordando ainda a questão da legalização com base em regimes excepcionais uma nota final para ressaltar a possibilidade de a legalização não ter que se estribar, forçosamente, na conformidade do edificado com os instrumentos tradicionais de ordenamento de território, mormente nos planos directores municipais, podendo radicar igualmente em regimes excepcionais periodicamente aprovados pelo legislador.

Neste contexto, assume especial relevância o Decreto-Lei n.º 165/2014, de 5 de Novembro, que estabelece, com carácter extraordinário, o regime de regularização e de alteração e ou ampliação de estabelecimentos e explorações de atividades industriais, pecuárias, de operações de gestão de resíduos e de explorações de pedreiras incompatíveis com instrumentos de gestão territorial e ou condicionantes ao uso do solo.

Para determinar a subsunção de uma determinada indústria no âmbito de aplicação do diploma aludido no parágrafo anterior, importa recorrer ao conceito de atividades industriais plasmado no art. 3.º, n.º 1 e Anexo I do Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de Agosto (alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 73/2015, de 11 de Maio), por remissão do art. 1.º, n.º 3, alínea a) do Decreto-Lei n.º 165/2014, de 5 de Novembro).

Da não arrecadação de receita, potencialmente geradora de responsabilidade financeira, decorrente da não obrança de taxas de emissão de licenças urbanísticas

Vejamos agora, em breves linhas os casos em que o Presidente da Câmara poderá abstractamente, incorrer em

- a) responsabilidade reintegratória, pela não liquidação, cobrança ou entrega de receitas com violação das normas legais aplicáveis (art. 60.º), se, por um lado, não foram cobradas as taxas relativas aos licenciamentos das edificações seguintes (por

- exemplo construção de uma garagem com o pavimento em betão coberta com estrutura metálica em chapa zincada sem alvará de utilização e construção de um tanque sem licença), ou, não foram aplicadas, ao mesmo proprietário, as coimas previstas para a violação de normas urbanísticas; e, ou,
- b) responsabilidade sancionatória, pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas (art. 65.º, n.º 1, alínea a)), pelos mesmos motivos alegadamente passíveis de gerar responsabilidade reintegratória.

Conforme resulta do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º P000142000, de 31-05-2001, as responsabilidades financeiras deverão ser apuradas “independentemente de eventuais responsabilidades de outra natureza, emergentes dos mesmos factos, que devam ser apuradas nas jurisdições competentes: responsabilidade civil nas relações externas; responsabilidade penal; responsabilidade disciplinar”.

Considera-se infracção financeira “Todo o facto culposo, punido com multa e podendo gerar a obrigação de repor, praticado em violação da disciplina dos dinheiros públicos por aqueles que devem concorrer para que aquela seja observada ³⁶”, constituindo responsabilidade financeira “a situação jurídica em que se coloca o agente que, investido do dever de observância da disciplina dos dinheiros ou valores públicos, pratica, por acção ou omissão, um facto culposo em violação daquela disciplina, ficando sujeito quer a sanções pecuniárias quer à obrigação de reposição de quantias ao património público ³⁷”.

O apuramento de eventuais responsabilidades financeiras é efectuado tendo por base, no essencial, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto) — LOPTC ³⁸.

Contudo, a lei prevê duas modalidades distintas de responsabilidade financeira:

- a) a responsabilidade reintegratória: “quando o responsável deva repor as importâncias abrangidas pela infracção, e ocorrerá quando se tenha apurado que ao mesmo, culposamente, foi imputada uma acção ou omissão que tenha determinado alcances, desvios de dinheiros ou valores públicos ou pagamentos indevidos (art. 59.º) ³⁹.”
- e
- b) responsabilidade financeira sancionatória, cuja finalidade é “a punição de um comportamento desconforme com o ordenamento jurídico-financeiro e violador

³⁶ Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes, O julgamento da responsabilidade financeira no Tribunal de Contas, in Revista de finanças públicas e direito fiscal, Ano IV, n.º 2, págs. 146.

³⁷ Aut. e ob. cit., pág. 148.

³⁸ Alterado pela Lei n.º 87-B/98, de 31/12, Declaração de Rectificação n.º 1/99, de 16/01, Lei n.º 1/2001, de 04/01, Lei n.º 55-B/2004, de 30/12, Declaração de Retificação n.º 5/2005, de 14/02, Lei n.º 48/2006, de 29/08, Declaração de Rectificação n.º 72/2006, de 06/10, Lei n.º 35/2007, de 13/08, Lei n.º 3-B/2010, de 28/04, Lei n.º 61/2011, de 07/12, Lei n.º 2/2012, de 02/01, Lei n.º 20/2015, de 09/03 e Lei n.º 42/2016, de 28/12.

³⁹ Aut. e ob. cit., pág. 149.

de uma norma de natureza financeira, independentemente da produção de dano ⁴⁰”.

A principal diferença entre esta responsabilidade e a responsabilidade financeira reintegratória consiste na diferença de objetivo, pois enquanto a primeira pressupõe a avaliação concreta da culpa, enquanto nesta última, para além da punição do infrator, está em causa o ressarcimento do prejuízo causado ao erário público, mediante a imputação dos danos sofridos, aos agentes responsáveis, sendo certo que “Em regra, a responsabilidade sancionatória ocorre sempre que se evidenciam factos susceptíveis de responsabilidade reintegratória ⁴¹”.

Haverá que frisar que “A responsabilidade financeira pressupõe, sempre, um facto ilícito porque violador da norma financeira, e que se estabeleça o nexo de imputação do facto à acção ou omissão de um determinado sujeito ⁴²” e, ademais, “Para que exista responsabilidade financeira é necessário que haja culpa na prática dos respectivos factos ⁴³”, ou seja, “não pode haver responsabilidade sem culpa ⁴⁴”.

Mais ainda, incumbe à acusação provar os factos integradores do tipo de ilícito imputado ao infrator, inexistindo qualquer presunção de culpa que recaia sobre este, pelo que, como defende ANTÓNIO CLUNY, demandar alguém por responsabilidade financeira “obriga à prova dessa mesma responsabilidade ⁴⁵”.

No voto de vencido aposto por João Aveiro Pereira no Acórdão n.º 1/2016 da 3.ª Secção do Tribunal de Contas, consignou-se que “O tipo de ilícito é integrado normativamente por factos objectivos, ligados à materialidade da conduta, e por factos subjectivos, atinentes ao elemento intelectual e ao elemento volitivo da culpa (a consciência, a liberdade e a voluntariedade da conduta). Provando-se aqueles e não estes, falta base factual para se condenar ou sancionar qualquer pessoa.” (...) da simples materialidade da conduta não é lícito presumir ou ficcionar automaticamente a verificação da negligência. Esta, como o dolo, não se presume, antes tem de ser provada, mas antes têm os visados de ser devidamente notificados para que se possam defender, com todas as garantias legais e constitucionais, num processo jurisdicional, como é o presente.”

O art. 61.º, n.º 2, da LOPTC, na versão vigente até 1 de Janeiro de 2017, consagrava que o dever de reposição dos montantes decorrente da responsabilidade reintegratória recaía “sobre os membros do Governo nos termos e condições fixados para a responsabilidade civil

40 Joaquim Freitas da Rocha e Noel Gomes in “Da responsabilidade financeira”, Revista Scientia Iuridica, Tomo LXI, n.º 329, maio/agosto 2012, pág. 315

41 Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes, *ob. cit.*, pág. 155

42 Carlos Alberto Lourenço Morais Antunes, *ob. cit.*, págs. 150 e 163.

43 Veja-se a Sentença do Tribunal de Contas n.º 11/2014 (3.ª Secção).

44 Acórdão do Tribunal de Contas, 3.ª Secção, de 28/1/2016 (Recurso ordinário n.º 9 RO-SRA/2015).

45 Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas, Coimbra Editora, 1.ª ed., Coimbra, 2011, págs. 133 e 134

e criminal no artigo 36.º do Decreto n.º 22257, de 25 de Fevereiro de 1933”, dispendo este diploma de 1933 que “São civil e criminalmente responsáveis por todos os actos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contractos ou quaisquer outros assuntos sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado:

1.º Os Ministros quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adaptado resolução diferente.

2.º Todas as entidades subordinadas à fiscalização do Tribunal de Contas, quando não tenham sido cumpridos os preceitos legais.

3.º Os funcionários que nas suas informações para os Ministros não esclareçam os assuntos da sua competência em harmonia com a lei.”

Ora, considerando o teor literal desta versão do n.º 2 do art. 61.º da LOPTC, os mencionados preceitos do diploma de 1933 apenas se aplicavam aos ministros, mas não aos autarcas, sendo tal solução criticada pois “não se vislumbra motivo atendível e justificável que determine uma diferenciação de tratamento entre titulares de cargos políticos tais como, *verbi gratia*, ministros (que não são eleitos directamente, ao contrário dos eleitos locais) e titulares de órgãos autárquicos podendo até especular-se se tal diferenciação é admissível do ponto de vista constitucional ⁴⁶.”

Contudo, a redacção do mencionado n.º 2 do art. 61.º da LOPTC foi alterada pela Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro (art. 248.º), passando agora a dispor que “A responsabilidade prevista no número anterior recai sobre os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, nos termos e condições fixadas para a responsabilidade civil e criminal nos n.ºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de Fevereiro de 1933” (sublinhado nosso), pelo que, em face desta nova redacção, dúvidas não restam da aplicação daquele diploma de 1933 também aos autarcas. (sublinhado nosso).

Nesta conformidade, a responsabilização financeira de titulares de cargos políticos locais e nacionais passou a guiar-se pelos mesmos critérios, pelo que “apenas procede quando sejam devidamente informados pelos serviços e actuem de forma diversa ⁴⁷”, solução esta cuja teleologia pode ser enunciada do seguinte modo: “Ora, apesar de ser inquestionável o princípio *ignorantia iuris neminem excusat*, previsto no artigo 6.º do Código Civil, é da

⁴⁶ Nuno Cunha Rodrigues, Responsabilidade financeira reintegratória, responsabilidade financeira sancionatória, titulares de cargos políticos / eleitos locais: comentário integrado aos acórdãos do Tribunal de Contas n.º 11/2012, de 2 de Julho — 3.º secção e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 635/2011, in Revista de finanças públicas e direito fiscal, Ano V, n.º 2, pág. 296.

⁴⁷ Nuno Cunha Rodrigues, *ob. cit.*, pág. 297.

experiência comum que os titulares de cargos políticos devem ser aconselhados no exercício das suas funções ⁴⁸”.

C. CONCLUSÃO

A demolição de obras ilegais afigura-se, à luz do ordenamento jurídico vigente (cfr. arts. 102.º-A e 106.º, n.º 2, do RJUE) como medida de reposição de legalidade urbanística apenas convocável em caso de impossibilidade de legalização do edificado. A tal legalização não obsta a circunstância de a mesma ser viável em face de um projecto de revisão do PDM ainda não concluído, desde que tal projecto tenha já sido aprovado pela Assembleia Municipal e obtido parecer favorável da CCDR. A tal legalização também não obsta a circunstância de as construções se encontrarem erigidas, total ou parcialmente, em zona de REN, desde que a revisão do PDM em vigor preveja a desafecção de tais áreas, passando as mesmas a deter potencialidade edificativa. A legalização poderá ainda estribar-se, alternativamente, em regimes excepcionais de regularização, tais como o aprovado pelo Decreto-Lei n.º 165/2014, de 5 de Novembro. Sendo possível a legalização do edificado, um eventual acto administrativo ⁴⁹ ordenando a demolição será ilegal, por violação dos princípios constitucionais (art. 266.º, n.º 2, da Constituição) e legais (arts. 3.º e 7.º do Código do Procedimento Administrativo — CPA) da legalidade e proporcionalidade, vinculativos para qualquer órgão administrativo. A conduta do Presidente de Câmara que, no cumprimento das normas urbanísticas, ordena a legalização de edificações ilegalmente erigidas, sustando ou não emitindo uma ordem de demolição, não representa qualquer violação das normas de responsabilidade financeira, previstas na Lei de Processo e Organização do Tribunal de Contas.

Palavras-chaves: Presidente de Câmara Municipal, medidas de reposição da legalidade urbanística, demolição de obras ilegais, procedimento de legalização, emissão de licenças urbanísticas, responsabilidade financeira.

⁴⁸ *Ult. aut. e ob. cit.*, pág. 297.

⁴⁹ Na substância do acto administrativo, e na síntese de Pedro Costa Gonçalves e Bernardo Azevedo, in *Cadernos de justiça Administrativa* n.º 90, Novembro/Dezembro 2011, pág. 5, “está sempre, em última instância e no fundo, a definição unilateral, autoritária e inovadora, por um sujeito de direito administrativo e ao abrigo de normas de direito público (essencialmente normas de competência), dos efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos, relativos a uma determinada situação individual e concreta”, Vejam-se dos ilustres Autores, “Impugnabilidade dos actos praticados ao abrigo do art. 128.º, n.º 2 do CPTA e inconstitucionalidade da norma habilitante”. Sobre a configuração da acção de impugnação de actos administrativos na sequência da reforma gizada pelo DL n.º 214-G/2015 de 02/10 veja-se Nuno Monteiro Amaro “Do recurso contencioso de anulação à nova acção administrativa. Em especial, a impugnação de actos administrativos. Breve excuro panorâmico”, in *O Direito*, ano 151.º, 2019, p. 671-697, Veja-se também Ricardo Pedro e António Mendes Oliveira, *Código de Processo dos Tribunais Administrativos — anotação à lei 118/2019, de 17 de Setembro*, Almedina, 2019.