

A demolição de obras ilegais

Uma medida de reposição da legalidade urbanística de *ultima ratio* vs. Ónus do interessado

Justino Monteiro Strecht ¹

Análise jurisprudencial ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 28 de fevereiro de 2020, processo n.º 02588/12.4BEPRT, e ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de julho de 2018, processo n.º 29/18.2BELLE

1. INTRODUÇÃO

Como sugere o nosso título, o âmbito da nossa análise jurisprudencial, insere o nosso trabalho dentro da dogmática da reposição da legalidade urbanística, mais concretamente no que às medidas de reposição da legalidade urbanística diz respeito. Este expediente, com um regime jurídico específico no quadro legal do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (artigos 102.º a 115.º), diz respeito, por sua vez, à tarefa da gestão urbanística

Atentos à paisagem urbana das cidades e vilas do nosso país, podemos constatar que são muitas as urbes com edificações ou “pré-edificações” abandonadas e devolutas, umas mais concluídas que outras, mas todas constituindo um efeito nefasto para o território envolvente, quer ao nível da sustentabilidade territorial e paisagística, quer ainda ao nível da segurança das pessoas (estes locais potenciam muitas vezes a criminalidade e a delinquência). Na maioria das vezes a origem destes imbróglis deve-se ao facto destas operações urbanísticas estarem feridas de alguma ilegalidade do ponto de vista do direito urbanístico (ainda que claro existam outras razões, mas em menor escala ou de forma mais indireta). Acontece que estas situações estão anos, por vezes décadas à espera de uma solução que as viabilize e permita compatibilizar da melhor forma o interesse público e privado que sobre elas repousa.

Partindo pois da existência destas “cicatrizes”, e de um excessivo compasso de espera ou de abandono, até que estas “obras” vejam a sua legalidade ser reposta e possam satisfazer os fins urbanos a que se destinam ou destinavam, decidimos indagar quais os meios/medidas necessárias para essa mais rápida viabilização, e nomeadamente saber sobre quem recai o ónus ou o dever de avançar e de promover as necessárias soluções (nomeadamente o papel da Administração Pública e dos particulares interessados). Dentro destas questões, algo genéricas, e com a ajuda dos enunciados Acórdãos do Tribunal Central

¹ Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



Administrativo Sul e do Tribunal Central Administrativo Norte, pretendemos responder ainda em específico ao problema que tem sido suscitado tanto no quotidiano das operações urbanísticas como na jurisprudência, de saber como articular a medida mais harmoniosa de reposição da legalidade, a legalização (artigo.102.º-A, do RJUE), a demolição (artigo.106.º do RJUE), e ainda mais concretamente, à questão de saber se existe um ónus de legalização sobre aquele que nela tenha interesse, e se de facto a medida ditada pela ordem de demolição é realmente ou deve ser uma medida de *ultima ratio*, e em que casos, sob pena de se violar o princípio da legalidade, e de se deixar a Administração refém dos, muitas vezes calculados, interesses privados com a protelação destas situações, é que se admite então como proporcional a demolição, e até se é possível que seja proporcional e adequada a adoção desta medida numa situação em que era possível a legalização, mas não se verifica cumprido o ónus do interessado em avançar com esse procedimento e como tal não é expectável que a legalização seja viável.

2. O QUE SÃO E QUAIS SÃO AS MEDIDAS DE REPOSIÇÃO DA LEGALIDADE URBANÍSTICA?

Uma das alterações ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), operadas através do Decreto — Lei n.º 136/2014 de 9 de setembro, diz respeito precisamente às medidas de reposição da legalidade urbanística consagradas na Subsecção III, da V secção, do III capítulo do mesmo diploma, hoje sobre a epígrafe “Reposição da legalidade urbanística”, do artigo 102.º RJUE ². Esta foi uma alteração que aproximou o conceito de “medidas de tutela da legalidade urbanística” da sua finalidade, na medida em que a finalidade deste dispositivo e do conjunto de medidas que este enuncia é precisamente o restauro ou a reintegração da ordem jurídica administrativa que foi violada no caso concreto (e deste, modo o legislador de forma categórica excluiu do âmbito destas medidas qualquer ideia de estas poderiam consubstanciar algum tipo de finalidade de carácter sancionatório em matéria urbanística) ³. Assim as medidas de reposição da legalidade urbanística a conformação do edificado ilegal, com as normas legais em vigor, ou com o próprio projeto que havia sido aprovado, nos casos de o edificado estar desconforme ao licenciamento ou à autorização que lhe tenha sido concedida.

Mas então medidas dispôs o legislador, para a adoção da Administração aquando da verificação de uma operação urbanística ilegal? Da leitura das alíneas do n.º 2 do art.102.º podemos constatar que são medidas de reposição da legalidade urbanística, o embargo

² Doravante os artigos citados, salvo menção em sentido contrário serão dispositivos do RJUE (Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

³ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, “Medidas de reposição da legalidade urbanística: a demolição como uma exceção?”, em Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 120, Novembro/Dezembro 2016, pp. 4

de obras ou de trabalhos de remodelação de terrenos, a suspensão administrativa da 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 e ainda a reposição do terreno nas condições em que este se encontrava antes do início das obras ou trabalhos. Estas medidas tem em comum a *supra* mencionada finalidade de conformação da realidade de facto com as prescrições legais administrativas aplicáveis em cada situação concreta. Ainda assim como nos alerta FERNANDA PAULA OLIVEIRA, nem todas estas medidas cumprem com esta finalidade de um modo imediato, ou de um mesmo modo. Basta para isso que pensemos no caso do embargo de obra (artigos 102.º-B, e 103.º), que não opera por si só uma verdadeira “reposição da legalidade” urbanística, uma vez que tem um carácter meramente provisório, de impedimento do agravamento ou da continuação da ilegalidade, como forma de posteriormente ser mais facilmente possível a reposição da legalidade⁴. Em sentido contrário a ordem de demolição (artigo 106.º), tem um carácter imediato e definitivo no que à reposição da legalidade diz respeito. É precisamente sobre esta medida que a nossa análise jurisprudencial se debruça.

3. QUE SITUAÇÕES/ILEGALIDADES ESTÃO NA ORIGEM DO DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE ADOÇÃO DESTAS MEDIDAS?

De uma forma muito sumária, não poderemos avançar no nosso intento sem que antes contextualizemos em que situações é que os órgãos administrativos (na maioria das vezes, as Câmaras Municipais) vêm recair sobre si um poder-dever de adotar as ditas medidas de reposição da legalidade urbanística. O n.º 1 do artigo 102.º do RJUE, identifica de forma perentória um conjunto de situações que podem consubstanciar situações de ilegalidade urbanística. Podemos assim agrupar as ilegalidades urbanísticas em dois grandes grupos de situações: a) as ilegalidades formais, aquelas em que as operações urbanísticas foram praticadas sem um ato de controlo prévio (seja para essas obras necessária uma licença ou uma autorização), conforme a alínea a) do *supra* citado dispositivo, ou então as ilegalidades provenientes de operações urbanísticas realizadas ao abrigo de um ato administrativo de controlo prévio que seja revogado ou declarado nulo, (alínea c)); b) as ilegalidades materiais, ou seja aquelas que resultam ou de uma desconformidade entre a situação de facto da operação urbanística e os seus respetivos atos de controlo prévio (alínea b)), ou de desconformidades entre a operação urbanística e as condições da comunicação prévia (alínea d)), ou ainda da desconformidade entre a situação de facto e as normas legais ou regulamentos aplicáveis à operação urbanística em causa. De ressaltar que uma

4 Ibidem, pp. 5



mesma operação urbanística pode ser ilegal, apenas no que diz respeito à sua forma ou ao seu conteúdo material, como também pode cumular em si mesma as duas formas de ilegalidade (p.ex. a construção de uma casa sem licença (ilegalidade formal), e que ao mesmo tempo não cumpra com as regras do Plano Diretor Municipal (PDM), que lhe for aplicável (ilegalidade material).

Posto isto, julgamos estar suficientemente introduzidos, podendo desse modo dar início a uma abordagem sucinta das questões “busílis” desta nossa análise.

4. LEGALIZAÇÃO VS. DEMOLIÇÃO: A QUESTÃO DO ÓNUS DO INTERESSADO ENTRE A MEDIDA DE LEGALIZAÇÃO E A ORDEM DE DEMOLIÇÃO DE UMA OBRA ILEGAL

Sem que tenhamos tempo e espaço para um desenvolver aprofundado do quadro das medidas de reposição da legalidade, importa-nos ir de forma objetiva ao encontro das questões materiais que dão corpo ao nosso comentário dos Acórdãos *supra* identificados. Para isso é necessário fazer um paralelismo entre duas medidas alternativas de reposição da legalidade urbanística, a legalização (com sede própria no artigo 102.º-A) e a demolição da obra (artigo 106.º)

A legalização é nos sugerida, quer através de uma interpretação sistemática do preceito onde esta disposta, quer através de uma análise histórica do dispositivo em que se insere, como uma medida a ter em primeira linha de conta aquando da tomada de conhecimento por parte da Administração de uma operação urbanística ilegal. Com a alteração ao RJUE promovida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, o legislador português pretendeu “promover os procedimentos de legalização, não só pela aprovação ou prorrogação da eficácia de diplomas de regularização excecional, como pela definição de vias normais e comuns que se encontram à “disposição” quer da Administração, quer dos particulares ⁵. Ainda assim com isto não estamos a defender que a legalização seja sempre preferencial a outras medidas, nomeadamente em relação à demolição ⁶, só o caso concreto poderá ditar qual é a medida mais adequada. A obrigatoriedade da adoção de medidas de reposição da legalidade está subjacente a um dos princípios fundamentais da ordem jurídica, o princípio da legalidade ⁷, pelo que a medida que for necessária para o cumprimento deste princípio, deverá ser a medida a adotar. Disto resulta uma das primeiras questões que procuramos

⁵ FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES, Regime jurídico da Urbanização e da Edificação..., *obj.cit.*, pp. 658.

⁶ No mesmo sentido, RITA CARVALHO, em “Medidas de tutela da legalidade urbanística e regularização de operações urbanísticas, A legalização”, A revisão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, Coimbra, 2015, pp. 168.

⁷ Cf. o Acórdão a ser analisado, do Tribunal Central Administrativo Sul, de 11 de julho de 2018 (Paulo Pereira Gouveia).

desvendar com a nossa análise: Quem deverá dar início ao procedimento de legalização? Será que existe um ónus de legalização sobre Administração ou sobre os particulares interessados? A resposta carece da nossa análise aos referidos acórdãos, pelo que a remeteremos para as nossas conclusões.

Ainda em relação à legalização devemos acrescentar que esta envolve um conceito muito genérico, na medida em que a legalização pode assumir várias formas a adequar a cada caso concreto, e na maioria das situações de operações urbanísticas ilegais, devem ser desencadeadas ou tem que ser desencadeadas várias das medidas previstas nesta subsecção (medidas de reposição da legalidade urbanística), antes da medida de legalização poder ser de facto adotada (p.ex. a legalização pode-se iniciar com um pedido de alteração à licença ou comunicação prévia (artigo 105.º, n.º 5), ou com um pedido de realização de trabalhos de correção ou alteração da obra (artigo 105.º, n.º 1)). Esta conclusão leva-nos a considerar que a possibilidade de legalização deve ser aferida em vários momentos, e sempre que em cada caso concreto se perspetivar como viável a conformação da operação ilegal com as condicionantes legais e regulamentares que lhe são aplicáveis e que a enfermam de ilegalidade, deve nesse caso então a Administração proceder à suspensão de qualquer outro procedimento de adoção de medidas de reposição da legalidade mais restritivas como é caso da demolição. Este entendimento é corroborado pelo princípio que assiste todo o procedimento Administrativo, mas em especial a declaração de uma ordem de demolição, como de resto assim o indica o próprio artigo 106.º, n.º 2 («a demolição pode ser evitada se a obra for suscetível de ser licenciada ou objeto 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 correção ou de alteração»), neste sentido o princípio da proporcionalidade, sobretudo na sua vertente da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que a Administração deverá fazer sempre, em concreto, um juízo sobre a viabilidade ou inviabilidade da legalização, só devendo concluir pela ordem de demolição como uma medida de *ultima ratio*. Não obstante concordemos com a necessidade desta ponderação, cremos, sustentados pelas decisões dos Acórdãos *supra* mencionados, que este princípio da proporcionalidade deve ser interpretado em concreto e não em abstrato. O que queremos dizer e que nos leva à questão fundamental que pretendemos esclarecer com a nossa análise, é que o princípio da proporcionalidade que orienta e limita a adoção da medida de demolição não pode ser conformado de forma abstrata ou como regra definitiva, pelo que deve ser objetivamente viável e legítima a expectativa de que a operação urbanística ilegal está realmente em vias de ser regularizada⁸, e que isso é possível sem o recurso à medida mais gravosa (demolição). Isto é por demais relevante na medida em que na maioria das vezes entre o contraponto do poder-dever da

⁸ Acórdão do Tribunal Central Administrativo de Lisboa, de 11 de julho de 2018, (Paulo Pereira Gouveia).



Administração, de adoção de medidas de reposição da legalidade (decorrente do princípio da legalidade) e o ónus de legalização ⁹ que recai sobre os particulares interessados (que cremos vincular o interessado na legalização, num prazo razoável), surgem inúmeras situações de operações urbanísticas ilegais que se vão perpetuando no tempo, dentro dos nossos perímetros urbanos, à espera de uma “solução”. Esta espera tem origem, do lado da Administração, na existência de um interesse público a salvaguardar que a impede de legalizar a obra ilegal (o princípio da legalidade urbanística) e ao mesmo tempo na existência de um interesse público e particular que a impede de ordenar a medida de demolição (princípio da proporcionalidade), e ainda em função dos particulares que não estão interessados no avanço da legalização, porque não conseguem ou não querem muitas vezes suportar investimentos dispendiosos com obras de alteração ou correção das obras ilegais. A questão a que chegamos é a de saber se o ónus de legalização dos interessados não constituirá por certo uma limitação própria do princípio da legalidade confrontado com o princípio da proporcionalidade, na medida em que esse ónus possa ser decisivo na formulação do juízo sobre a viabilidade em concreto da conformação legal da obra ilegal e desse modo retirar alguma excecionalidade à medida da demolição. Isto é, poderão ser ordenadas demolições em situações em que abstratamente a legalização das obras ilegais era possível, mas os seus interessados não demonstram vontade de operar essa conformação, e como tal, a legalização mostra-se objetivamente, em concreto, inviável? Ou terá a Administração que ficar “amarrada” a uma só abstrata viável legalização, ficando por isso impedida de ordenar nesses casos a demolição da obra ilegal? Claro que este quesito tem como inerente a si a conclusão que podemos já avançar de que em qualquer circunstância e apesar da existência de um verdadeiro ónus dos interessados na reposição da legalidade urbanística, a Administração tem o poder-dever de aferir a possibilidade de legalização, e é ela que deve iniciar esse procedimento mesmo que os particulares interessados não requeiram a legalização da obra ilegal. Ao mesmo tempo concluímos que nas situações em que se formule um juízo de que a legalização é concretamente inviável, mesmo que fosse abstratamente possível, a Administração tem o dever de adotar uma medida mais gravosa, nomeadamente a medida da demolição, não como *ultima ratio* como por vezes pode ser entendida, mas antes como medida adequada à reposição da legalidade urbanística, em obediência ao princípio da legalidade e desse modo assegurando uma tutela efetiva sobre os instrumentos de gestão urbanística.

É esta questão, acerca da relação entre estas duas medidas de reposição da legalidade, dos princípios que as orientam (legalidade e proporcionalidade) e ainda este ónus dos interessados, que norteia a nossa análise dos Acórdãos supra mencionados.

⁹ No sentido deste contraponto também, FERNANDA PAULA OLIVEIRA/MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES/DULCE LOPES, Regime jurídico da Urbanização e da Edificação..., obj.cit., pp. 660.

5. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL, DE 11 DE JULHO DE 2018 PROCESSO N.º 29/18.2 BELLE (PAULO PEREIRA GOUVEIA)

Neste Acórdão da 1.ª secção de contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul, está em causa um recurso de apelação de uma decisão do T.A.C de Loulé (1.ª instância) que absolveu o Município de Lagoa, numa ação em que este foi demandado por um particular que pedia a anulação de um despacho do Presidente da Câmara Municipal de Lagoa que determinou a demolição de um muro. Com o mesmo pedido, o recorrente (o particular x¹⁰) formulou na sua alegação algumas conclusões, das quais destacamos: “c) *O exercício administrativo do poder de demolição está condicionado pelo necessário respeito do princípio da proporcionalidade (...), que impõe que a demolição só se possa materializar após a verificação prévia das possibilidades de conformação da obra não licenciada com os cânones da legalidade urbanística e apenas na hipótese de se concluir pela total inviabilidade da respetiva legalização, ou seja, que não é possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis, designadamente mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração (...), lógica do menor sacrifício dos particulares, erigindo-se a demolição em ultima ratio* (Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 14.06.2013, processo n.º 02260/04.BEPRT, relator: Maria Duarte Brandão) ”.

Ao que o recorrido (Município da Lagoa) contra-alegou com as conclusões ora destacadas:

8. Atenta a realização das obras, (...), por inexistir procedimento administrativo para o efeito, foi o aqui Recorrente notificado.

10. (...), a 28 de março de 2017 o agora Recorrente pronunciou-se, em síntese, pediu o arquivamento do processo contraordenacional e, em consequência, da medida de tutela da legalidade urbanística — (a demolição).

11. Após ter sido ouvido em sede de audiência prévia e, por não ter aditado ao processo qualquer facto novo, foi notificado, (...), e ainda para terminado o prazo proceder à reposição do espaço nas condições em que se encontrava antes das ilegalidades praticadas, nos termos da alínea e) do n.º 2, do artigo 102.º ... fixando-se para o efeito o prazo de 60 dias.

13. Sem se pronunciar, sem providenciar pela reposição da situação originária e sem aportar novos factos ao processo deu entrada de ação administrativa.

14. (...), a 1 de junho de 2016 foi elaborado parecer pela Divisão de Obras, no qual se sublinha que, apesar de devidamente notificado em 2015 e 2016 o ora Recorrente

¹⁰ Doravante o particular que intentou a ação a impugnar o despacho que determinou a demolição do muro será representado por “x”.

não promoveu a legalização do muro pelo que deveria ser aplicada medida de tutela de legalidade urbanística e determinar-se a obrigação de se proceder à demolição e desmontagem do muro erigido (...).

15. (...), o ora Recorrente erigiu um muro com 3,80 metros, (...), em área urbana classificada pelo PDM de Lagoa como UPI e que integra a Rede Natura 2000.

16. Fê-lo sem obter previamente licenciamento por parte da Câmara Municipal de Lagoa.

17. Nos termos do disposto na alínea d), do n.º 2. do artigo 4.º do RJUE, a obra realizada pelo aqui Recorrente está sujeita a obtenção de prévia licença administrativa.

20. Um ano após a notificação o ora Recorrente nada fez ou disse. A possibilidade de legalização da obra só não foi apreciada atento o silêncio/inércia do aqui Recorrente.

21. Obviamente não pode o Recorrente beneficiar da sua própria inércia, alegando agora a necessidade de prévia formulação de juízo de impossibilidade de legalização da obra. Até porque tal formulação não resulta da Lei.”

Na sua apreciação o coletivo da 1.ª Secção de contencioso administrativo do TCAS ¹¹, definiu como questão a resolver contra a decisão jurisdicional impugnada neste recurso, a questão do eventual erro de direito, por violação do princípio da proporcionalidade quanto à decisão de mandar demolir.

Para a fundamentação da sua decisão começou o tribunal de recurso por lembrar que o exercício da função administrativa da Administração Pública (A.P.) deve ter em conta para além da legalidade administrativa, os princípios gerais da atividade da A.P., (Cf. os artigos 3.º e ss. do Código do Procedimento Administrativo (CPA)), para desta forma esclarecer o preceituado no artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente a articulação entre o “pode” e o “deve” do exercício da função administrativa, “a A.P. está vinculada à lei e, no caso da existência de margem de livre decisão administrativa, (...), também está vinculada aos princípios fundamentais, (...) — nomeadamente — (...) o dever de proporcionalidade”. Continuado com a interpretação do artigo 102.º do RJUE, o tribunal conclui que a tutela e as medidas de “restauro” da legalidade urbanística preveem um dever que recai sobre a A.P. de reposição da legalidade urbanística, numa manifestação clara do princípio geral da legalidade. Em causa neste caso concreto estariam as medidas de demolição (artigo 106.º, e a medida que de facto foi utilizada pela A.P., para repor a situação original e com isso a legalidade urbanística) e a medida imposta pelo princípio da proporcionalidade antes da demolição propriamente dita, a legalização da obra ilegal (artigo 102.º-A). Do preceito relativo a esta última esclarece o Tribunal que não decorre que a A.P. se deva substituir ao interessado,

¹¹ Tribunal Central Administrativo Sul.

ou ao requerente (Cfr. o artigo 102.º-A, n.º 6 e n.º 2 — “O procedimento de legalização deve ser instruído com os elementos exigíveis em função da pretensão concreta do requerente, (...)”). Prossegue a fundamentação no sentido de que “o que resulta do artigo 102.º-A, não contrariado pelo artigo 106.º, é que a A.P deve aferir, à luz do Direito atual, se é possível a legalização”, bastando para tal, a “notificação do interessado na legalização eventual”, como de resto decorre no n.º 1 do artigo 102.º-A, e como também já tínhamos avançado anteriormente.

Posto isto, o TCAS, afirma que o então interessado não pode ficar passivo, cabendo-lhe um verdadeiro ónus de legalização, devendo desse modo “iniciar e fazer prosseguir o procedimento administrativo tendente à legalização”. Caso o interessado não cumpra com este verdadeiro ónus jurídico, e após o exercício do n.º 1 do artigo 102.º-A (notificação do interessado), “não pode o artigo 106.º do RJUE ser omitido, (...), haverá que passar à demolição no caso de o interessado se desinteressar da legalização ou no caso de o edificado ser ilegalizável, (...)”. Se é verdade que o n.º 2 do artigo 102.º-A diz que a demolição não deverá acontecer caso a obra seja legalizável, não deixa de o ser também que o “respetivo ónus da prova caberá ao interessado como este tribunal já decidiu várias vezes” — referência ao Acórdão do TCAS de 26/04/2012, processo n.º 08452/12. Deste modo concluiu o Tribunal que, a medida da demolição só deverá ser adotada se estiverem esgotadas as vias regulares de legalização atuais, a concluir por duas circunstâncias: a) a impossibilidade de legalização a todo o tempo, e a b) impossibilidade objetiva/concreta de legalização, decorrente do não cumprimento do ónus de interessado. “Ou seja, a norma da proporcionalidade jurídica não pode ser aqui utilizada em abstrato e como regra definitiva. É necessário que seja objetivamente legítima e fundada a expectativa de que a operação urbanística ilegal está realmente em vias de ser regularizada, (...) assim, não é a legalização em si que tem de ser aferida pela A.P, é sim a possibilidade objetiva e atual dessa legalização.” Considera o Tribunal na sua fundamentação que a A.P tem o poder-dever de aferir a possibilidade de legalização, mas o interessado tendo interesse nisso e como forma de evitar a medida mais gravosa da demolição deverá cumprir com o ónus de interessado na legalização daí decorrente, a cumprir num prazo que seja razoável. “É pois, o particular que, sem prejuízo do dever de a A.P despoletar a situação — juízo sobre a possibilidade de legalização e consequente notificação do particular interessado —, tem o ónus de promover e obter a legalização da situação ilegal, dentro de um prazo razoável e dentro do regime jurídico vigente no momento atual, sob pena de demolição, (...), é, pois, imprecisa e enganadora a afirmação comum segundo a qual não haveria lugar à demolição da obra ilegal se se concluir que ela é legalizável, — abstratamente — terá sido essa imprecisão que substanciou o presente recurso, (...), com efeito não há sempre desproporção num ato administrativo pelo simples facto de mandar demolir uma obra ilegal que, no presente momento, se constata legalizável, (...), uma obra ilegal pode ser legalizável no momento presente e, ainda assim, ser demolida, (...), para tal bastará que a A.P. pondere o caso à luz do princípio fundamental da



legalidade e da máxima metódica da proporcionalidade, e que o dono da obra ilegal não atue depois no sentido dessa legalização.”.

Para terminar o TCAS conclui que a decisão do T.A.C de Loulé ora recorrida, não se limitou a dizer que o ato administrativo impugnado não postula a impossibilidade de legalização da obra ilegal, a sentença recorrida diz que não tendo a A.P. — Município da Lagoa — concluído pela impossibilidade de legalização, a mesma, notificou o interessado sobre essa possibilidade de legalização. Após essa notificação o interessado (particular x), nada fez para dar seguimento ao procedimento de legalização, tendo mostrado desinteresse na mesma. Ou seja o que o tribunal *a quo* considerou (e cujo entendimento é partilhado pelo TCAS, Tribunal de recurso), é que não está aqui em causa uma ponderação ou não da demolição ou da legalização *“nos termos da máxima metódica da proporcionalidade”, mas estamos antes perante* (com o ato administrativo — demolição), *o adotar de uma medida de tutela da legalidade urbanística, num caso concreto em que “a edificação é ilegal e o interessado, apesar de notificado para tal, não promoveu a sua legalização nos termos referidos”,* pelo que neste caso concreto o TCAS considera que *“(..), é logicamente imposto pela legalidade administrativa e pelos artigos 102.º-A e 106.º do RJUE”* que se reponha a legalidade urbanística e não se exija *“à A.P. que espere eternamente ou que se substitua ao interessado para defesa dos interesses deste”,* concluindo finalmente que *“(..), o ato administrativo impugnado — ordem de demolição — e a sentença recorrida não desrespeitam o princípio da proporcionalidade administrativa.”.* O Tribunal Central Administrativo Sul, fundamentou deste modo a sua decisão de negar provimento ao presente recurso.

6. ANÁLISE AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO NORTE, DE 28 DE FEVEREIRO DE 2020, PROCESSO N.º 02588/12.4BEPRT (RICARDO DE OLIVEIRA E SOUSA)

Este Acórdão da 1.ª Secção de contencioso administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte (TCAN), aborda ainda outras questões cujo âmbito não se insere na problemática do nosso estudo, pelo que só destacaremos uma parte específica dele, como veremos. Em causa está um recurso jurisdicional de uma sentença promanada pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, de 08/07/2018, no âmbito da Ação administrativa especial intentada por “B.,Lda” (Particular), contra o agora Recorrente (Município x), que julgou procedente o pedido do recorrido, e que conseqüentemente anulou o despacho do Vereador do pelouro da proteção civil, (...), da Câmara Municipal x, de 23/05/2012, que ordenou a realização de trabalhos de correção/alteração da obra executada no imóvel “y”.

Na sua alegação, o Recorrente (Município “x”), formulou algumas conclusões das quais devemos destacar no âmbito dos nossos quesitos:

B. *“(..), A sentença enferma dos vícios de erro de julgamento — quanto aos dois referidos erros nos pressupostos —, bem como de errónea interpretação e aplicação das*

normas jurídicas — nomeadamente do artigo 1422.º, n.º 3 do Código Civil e do artigo 106.º do RJUE (e do princípio da proporcionalidade que lá consta).”

N. “Se a lei é clara e a Recorrida — “B., Lda” — bem sabia que necessitava de prévia autorização da assembleia de condóminos, —Limitação ao exercício de direitos do artigo 1422.º, n.º 3 do Código Civil — (...), e não a tinha obtida, deveria o Recorrente — Município “x” — ter apreciado um pedido para o qual sabia que a Recorrida não tinha legitimidade e ao qual não podia dar sequência? A resposta é necessariamente negativa, sob pena de os serviços municipais não cumprirem o princípio da legalidade.”

Q. “Seguindo o raciocínio acima expandido, não restava outro caminho ao Recorrente que não fosse ordenar o ato administrativo que a Recorrida colocou em crise — com a ação administrativa especial que levou à anulação do despacho do Município “x” — uma vez que se verifica a existência de obras ilegais e que tal informação “desperta” as suas competências fiscalizadoras no que se refere à reposição da legalidade urbanística.”

R. “Na verdade, a situação em apreço implica essa demolição, prevista no artigo 106.º do RJUE, tratando-se, reitera-se, do único caminho que a Recorrente podia tomar no caso em apreço.”

S. “Não existe assim qualquer violação do artigo 106.º do RJUE, nem do princípio da proporcionalidade que lá se encontra contido.”

Como alertamos, não nos interessa aqui tanto a resposta à questão da articulação das medidas de reposição da legalidade (nomeadamente a medida da legalização do art.102.º-A), com a interpretação e conteúdo do art.1422.º, n.º 3 do Código Civil, relativo a obras que modifiquem a linha arquitetónica em prédios em propriedade horizontal. Ainda assim e uma vez que a A.P. (Município “x”) fundamenta o indeferimento do pedido de legalização e a decisão pela demolição das obras visadas, com a falta de “documento comprovativo de que os condóminos, que representem dois terços do valor do prédio, autorizam a modificação da linha arquitetónica”, torna-se necessário ainda que de forma sucinta que tomemos em linha de conta as conclusões com que este Tribunal de recurso fundamentou a sua decisão nesta precisa questão. Assim o TCAN considera (citando para isso a sentença recorrida) que “ (...), a legitimidade a considerar no ato de apreciação liminar de um pedido de licenciamento de obras particulares é a legitimidade em termos meramente formais, (...), verificar se formalmente foi apresentado documento que comprove que a requerente é dona da fração onde pretende levar a cabo as obras. E não averiguar se o espaço onde se pretende construir é parte comum, (...), ou não, e, assim, se é necessária a autorização dos restantes condóminos ou não, e em que termos, pois isso é uma questão que releva do ponto de vista do direito civil, num domínio de eventual litígio privado (...)”. E conclui que “ (...), a Administração não pode rejeitar liminarmente um pedido de licenciamento de obras com fundamento na falta de apresentação do documento comprovativo de que os condóminos, (...), autorizam a modificação da linha arquitetónica”.



Quanto à questão que nos fez considerar o presente Acórdão, relativa à interpretação do princípio da proporcionalidade e a sua articulação entre as medidas de reposição da legalidade urbanística, da legalização (art.102.º-A), e da demolição (art.106.º), torna-se pertinente destacar algumas conclusões que o TCAN formulou na fundamentação da sua decisão. Ainda que o Tribunal do recurso não ignore *“a dificuldade dos serviços camarários”*, em muitas vezes descobrirem quem é que é responsável pela realização das obras irregulares e outras *“destas realidades”*, tal dificuldade *“não faz paralisar a atuação do Réu — Município “x”, ora Recorrente — no domínio da tutela da legalidade urbanística, (...), desde que a Administração não assuma algo que não corresponde à verdade material dos factos, sob pena de incorrer em erro nos pressupostos de facto.”*

Da interpretação que se faz do princípio da proporcionalidade do art. 106.º, decorre que *“ (...) não se descortina, (...), quaisquer razões legais sustentáveis para sustentar o erro de julgamento da decisão recorrida”*, e fundamenta o TCAN, que o art.106.º que se pauta pelo princípio da proporcionalidade, *“numa lógica de impor ao executado o menor sacrifício possível, o que se traduz na impossibilidade de ordenar a demolição de obras que, apesar de ilegais, cumprem os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade, ou são suscetíveis de os vir a cumprir.”* Prossegue o TCAN no sentido de que a ordem de demolição deve ser precedida de um juízo relativo à possibilidade de legalização de tais obras — o juízo objetivo que já foi referido no 1.º Acórdão — e de resultar de tal juízo, que a legalização é impossível. Como tal, formula este Tribunal, que o regime dos arts. 102.º-A e 106.º, *“não elege, assim, nos casos de construção ilegal, a demolição como a única medida capaz de satisfazer interesses públicos, (...), visto prever o aproveitamento da obra quando a Administração reconheça que a mesma é suscetível de vir a satisfazer os requisitos legais.”*, e ainda citando alguns Acórdãos ¹², afirma que esta solução legislativa, *“é informada pelo princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de necessidade e da proporcionalidade propriamente dita. A primeira a proclamar que só deve lesar-se a posição do particular se não houver outro meio para realizar o interesse público. A segunda a ditar 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.”*. Disto resulta a conclusão pela qual a Administração não pode avançar para a medida de reposição da legalidade urbanística mais gravosa (a demolição), sem que antes formule um juízo, *“independentemente de requerimento”* do interessado, sobre a viabilidade objetiva da legalização da obra ilegal. Conclui ainda o Acórdão citado, que o que acabamos de dizer não implica que a Administração não possa ordenar a demolição de obras ilegais, que sejam abstratamente legalizáveis,

¹² Cf. o Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Administrativo, de 29/11/2006 (rec. n.º 633/04), e ainda no mesmo sentido os Acórdãos de 9/04/2003 (rec. n.º 9/03), de 14/12/2005 (rec. n.º 959/05), e de 16/01/2008 (rec. n.º 962/07).

na medida em que a A.P deve pautar a sua "(...)atividade pelo princípio da legalidade (art.3.º do CPA)", competindo-lhe cumprir com a reparação da (...)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 dificultar, (...)".

Importa ainda aferir a conclusão deste Tribunal em relação ao que nós apelidamos de "processo cronológico de reposição da legalidade", operando um juízo de proporcionalidade entre o preceito do artigo 102.º-A e o artigo 106.º. Quando verificada a existência de uma obra ilegal, deverá a A.P. formular um juízo em relação à possibilidade desta vir a ser concretamente legalizada ou não, "admitindo-se que esta poderá vir a ser legalizada cumprirá — depois — em primeiro lugar, ao interessado diligenciar nesse sentido, e na falta de iniciativa deste, à administração impulsioná-lo a dar origem ao respetivo procedimento" — o que nós pensamos ser suficiente através da notificação para tal — e (...), se tal não acontecer ou se se verificar que o particular procura protelar essa legalização não resta à Administração outra alternativa senão a de mandar demolir a construção ilegal (art.106.º). A não ser assim, isto é a considerar-se que a falta de iniciativa do particular na regularização da obra, que sendo ilegal é suscetível de legalização, não legitimaria a ordem da sua demolição, seríamos forçados a concluir que a Administração ficaria refém daquele, permitindo que a persistência da sua inércia — muitas vezes calculada — eternizasse situações de flagrante ilegalidade, (...), o que se traduziria numa inaceitável violação do princípio da legalidade".

Com esta fundamentação, e concluindo que "o Recorrente, ao ordenar a realização dos trabalhos de correção/alteração/demolição das obras visadas nos autos sem previamente proferir decisão sobre o pedido de legalização das obras, (...), violou o disposto no artigo 106.º do RJUE, (...), não se divisa, portanto, qualquer erro de julgamento na sentença recorrida no domínio em apreço.", decidiu o TCAN que " (...), im procedem todas as conclusões de recurso em análise, (...), mercê de tudo o quanto ficou exposto, deverá ser negado provimento ao presente recurso jurisdicional".

7. CONCLUSÃO

Da análise conjunta dos Acórdãos, podemos de forma assertiva obter as respostas lógicas aos quesitos que indagamos no início do nosso comentário. Estamos plenamente de acordo com as duas decisões de ambos os Tribunais Centrais Administrativos, e não se conclua, mesmo que através de uma análise breve, que apesar de decisões em sentido contrário há entre estes Acórdãos alguma contradição. A verdade é que ambos solidificam o entendimento jurisprudencial, acerca da necessidade imposta pelo princípio da proporcionalidade, de uma análise concreta e uma avaliação da concreta viabilidade da legalização das operações urbanísticas ilegais, antes da adoção de qualquer medida de reposição da legalidade. Ao mesmo tempo ambos os Acórdãos são perentórios em definir o que nós



cremos ser uma delimitação entre o campo abrangido pelo juízo sobre a legalização, próprio do princípio da proporcionalidade, e o dever de reposição da legalidade urbanística (e a promoção da solução mais adequada à dinâmica urbana concreta) imposto pelo princípio da legalidade. O *supra* mencionado ónus do interessado ou como preferimos o ónus de legalização do interessado, que tendo em conta a nossa interpretação dos ditos Acórdãos, não aparece como um limite ao princípio da proporcionalidade, porquanto a proporcionalidade atua somente ou revela-se, no dever da administração formular um juízo sobre a possibilidade ou não de uma obra ilegal poder ser legalizada, correspondendo o procedimento posterior a fim da legalização, a ação ou inércia dos intervenientes e ou interessados ao respeito pelo princípio da legalidade.

Relativamente ao dever da Administração, de formulação de um juízo de proporcionalidade, podemos concluir que este deve ser formulado mesmo que o interessado na legalização não tenha ainda requerido a mesma ou apresentado alguma proposta para tal. Mais podemos acrescentar pela interpretação conjunta destes acórdãos, que o *supra* citado juízo, em torno da possibilidade concreta de legalização, deve ser formulado pela A.P., a todo o tempo, ou seja, quer no momento da verificação da obra ilegal, antes de dar impulso ao particular para o avanço do procedimento ou aceitando a sua proposta de legalização quando este a tenha requerido, quer depois de o particular estar notificado e mesmo assim permanecer inerte, e até mesmo durante o procedimento de demolição propriamente dito.

Por forma a consolidar as conclusões julgamos ser benéfico a construção de um “procedimento cronológico de reposição da legalidade”, pós verificação de uma operação urbanística ilegal. Num primeiro momento deve a A.P., formular um juízo em relação à possibilidade da obra ilegal poder ser legalizada ou não. Admitindo que esse juízo é positivo em relação à possibilidade de legalização, deve ser iniciado o procedimento de legalização, e é aqui que aparece em primeira instância a possibilidade do particular interessado avançar ele com uma proposta de legalização. Ainda assim, como refere o 2.º Acórdão analisado, na falta de iniciativa do privado, deverá a A.P. impulsionar este procedimento de legalização, nomeadamente notificando o interessado no mesmo, dessa possibilidade. É precisamente neste momento que nasce um verdadeiro ónus na esfera do interessado na legalização da obra, que se vai manter até à efetivação da legalização. Quer isto dizer que depois da notificação a informar o interessado da possibilidade de legalização da obra ilegal, deve o mesmo fazer um esforço por concertar com a A.P. a solução mais conveniente para o interesse público e para o seu, a fim de tornar aquela possibilidade de legalização que ainda é abstrata, numa verdadeira expectativa objetiva e concreta de que aquela obra ilegal vai ser legalizada num prazo razoável. Desta forma a A.P. cumpre o dever que sobre ela recai-a, por força do princípio da proporcionalidade. Contudo a A.P. continua a estar vinculada ao dever de reposição da legalidade urbanística, pelo que se o interessado não cumprir com o seu ónus de legalização, porque pretende deliberadamente ou não protelar a situação da obra ilegal, a A.P. não terá como não avançar para uma medida mais gravosa, como por exemplo a demolição da obra ilegal (artigo 106.º). Como

nos diz ainda o 2.º Acórdão se assim não fosse a A.P. ficaria refém da inércia, muitas vezes calculada dos particulares, o que permitiria que se eternizassem as “cicatrices” urbanas de que falávamos no início, e a conseqüente violação da legalidade urbanística. Somos neste ponto, da opinião que por vezes os prazos para estes procedimentos deviam ser de forma mais realística fixados, por forma a evitar a perpetuação de tantas obras sem solução nas nossas cidades e vilas.

Para terminar podemos então tecer duas grandes conclusões finais e responder aos nossos ensejos iniciais. Por um lado, constatamos que a demolição será admissível sem ferir o princípio da proporcionalidade em duas situações. A primeira quando o juízo sobre a viabilidade da legalização for negativo — este juízo deve ser formulado a todo o tempo —, e portanto sendo impossível a legalização, a A.P. deverá adotar uma outra medida adequada ao restauro da legalidade urbanística (maioria das vezes terá mesmo que ser a demolição). A segunda é que também é possível a adoção da medida da demolição, sem por em causa o princípio da proporcionalidade, e mesmo numa situação em que a legalização era abstratamente possível, sempre que o interessado nela não cumpra com o ónus de legalização que sobre si recai, ou seja sempre que a inércia do interessado demonstre que em concreto não é viável a legalização.

