

# A garantia do existente ou a apologia da ruína como edificação

Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 13 de Março de 2009, Processo n.º 03667/08

Inês dos Santos Anastácio <sup>1</sup>

## BREVE ENQUADRAMENTO

O douto acórdão em anotação foi proferido na sequência do recurso interposto pelo Município de Vila do Porto da decisão proferida pelo TAF de Ponta Delgada de anulação da deliberação de indeferimento de licenciamento de obra de reconstrução de prédio, do qual apenas subsistem muros cobertos de vegetação, e que se encontra em zona definida no Plano Director Municipal como Espaço Natural — onde apenas são permitidas obras de manutenção de muros e edificações e pinturas exteriores das edificações existentes, desde que não introduzam alterações cromáticas ou de textura (art. 68.º do PDM).

A sentença recorrida entendeu que a norma do PDM não se poderia sobrepor à garantia da existência prevista na norma constante do art. 60.º, n.º 2, do RJUE, procurando compatibilizar *“por um lado, a chamada garantia de existência activa, da qual é titular o proprietário ou utilizador do prédio; e, por outro lado, a não afectação das finalidades consagradas nos planos que vigoram sobre as áreas em causa, que correspondem, imediatamente, ao interesse público”*, conforme o Ponto III do Sumário do douto acórdão em análise.

Atenta a actualidade e relevância prática subjacente ao instituto da garantia da existência, cumpre proceder ao enquadramento de uma tal matéria, em vista à apreciação e análise crítica do sentido da decisão supra identificada.

## 1. SISTEMA DE GESTÃO TERRITORIAL — O PLANO DIRECTOR MUNICIPAL

Composto por um regulamento, uma planta de ordenamento e de condicionantes e dos demais elementos escritos e gráficos referidos na norma constante do art. 97.º, números 2 e 3, do RGIT, o PDM consiste no *instrumento que estabelece a estratégia de desenvolvimento territorial municipal, a política municipal de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, o modelo territorial municipal, as opções de localização e de gestão de equipamentos de utilização coletiva e as relações de interdependência com os municípios vizinhos,*

<sup>1</sup> Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogada-estagiária.

*integrando e articulando as orientações estabelecidas pelos programas de âmbito nacional, regional e intermunicipal, conforme dispõe o art. 95.º do RGIT.*

No que concerne à sua natureza jurídica, o Supremo Tribunal Administrativo vem ajuizando tratarem-se de regulamentos <sup>2</sup> (art. 135.º do CPA) que, na medida em que classificam o uso e o destino dos solos, acabam por criar *ex novo* disposições normativas.

Não obstante, e conforme ensina Fernando Alves Correia, impõe-se não concluir apressadamente no sentido de se tratarem de regulamentos autónomos, como assim os classificou o STA no Acórdão proferido em 11 de Janeiro de 2001, no âmbito do Processo n.º 45861 <sup>3</sup>, porquanto a Administração Local está constitucionalmente habilitada (atente-se na norma constante do art. 65.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa) para a sua emanação, o que permite afirmar estarmos perante regulamentos autorizados.

Enquanto norma jurídica emanada pela Administração no exercício da função administrativa, os regulamentos são insusceptíveis de produzir efeitos retroactivos, nos termos do disposto no art. 141.º do Cód. de Procedimento Administrativo — o que afasta em definitivo a hipótese de tais normas regulamentares afectarem situações existentes à sua entrada em vigor nos casos em que imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções, que causem prejuízos ou restrinjam direitos ou interesses legalmente protegidos ou afectem as condições do seu exercício <sup>4</sup>.

## 2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Da norma constante do art. 62.º, n.º 1, da Constituição resulta a garantia da propriedade privada, que comporta uma dimensão objectiva e uma outra subjectiva.

A primeira destas dimensões prende-se com a protecção da própria propriedade privada, não podendo o legislador dela dispor no sentido da sua abolição do ordenamento jurídico.

A dimensão subjectiva caracteriza-se pela salvaguarda da posição do titular do direito de propriedade, não permitindo medidas que atinjam, de forma injustificada e desproporcional, a propriedade dos particulares, sendo certo que parece ser de aceitar que esta garantia não se reporte apenas ao direito real maior, mas a todas as posições jurídico-patrimoniais dos cidadãos <sup>5</sup>.

<sup>2</sup> A título de mero exemplo, vejam-se os Acórdãos de 17 de Outubro de 1995, Proc. n.º 035829 e de 8 de Abril de 1997, Proc. n.º 038998.

<sup>3</sup> Vd. OLIVEIRA, Fernanda Paula, Anotação ao Acórdão, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 29, 2009, pp. 47 e ss.

<sup>4</sup> Não se rejeitando, contudo, a retroactividade nos casos em que as normas regulamentares definam um regime mais favorável para os seus destinatários.

<sup>5</sup> Assim, MONTEIRO, Cláudio, A garantia constitucional do direito de propriedade privada e o de faculdades urbanísticas in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 91 (jan.-fev.2012), p. 4.

Tudo o que exceda o objecto da dimensão objectiva e subjectiva da garantia constitucional, designadamente o conteúdo e limites da propriedade privada, é definido pelo legislador ordinário, que estabelece as condições, mais ou menos limitadas, do seu exercício em função das concretas condições económicas e sócio-políticas.

Imanente à própria estrutura do direito de propriedade, coloca-se ainda um outro limite resultante da sua função social. Dir-se-ia: a propriedade privada não é unicamente privada, é também social na medida em que “ordenada ao bem comum da sociedade que a reconhece”<sup>6</sup>. Isto é, gozando embora o proprietário de liberdade para decidir sobre a sua utilização, esta utilização impõe-se ser socialmente justa.

Não pode, pois, deixar de se reconhecer e admitir que a lei possa estabelecer restrições às faculdades de uso e utilização dos solos. Ora, na medida em que os planos municipais classificam os solos e estabelecem os tipos de utilização do terreno, verifica-se uma clara ingerência destes no direito de propriedade, conformando um tal direito.

Não estranha, por isso, que a doutrina alemã sustente que a propriedade do solo é uma propriedade concretizada pelo plano — posição que, não obstante, não permite inferir um entendimento segundo o qual os planos, e designadamente o PDM, se situam num nível necessariamente oposto ao do direito de propriedade. A concepção do objecto do direito de propriedade é que se alterou: efectivamente, o “objecto do direito de propriedade já não é hoje mais o solo em si, mas, em certo sentido, o solo «planificado»”<sup>7</sup>.

Ou seja, estamos perante uma garantia constitucional que assegura o reconhecimento da propriedade privada no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que salvaguarda as posições jurídicas dos titulares de direitos de propriedade, que não podem ser privados, sem mais, da sua propriedade. Contudo, é esta uma “garantia enfraquecida, exposta ao poder expropriatório do Estado, e que a todo o momento pode ser transformada numa garantia de valor, que apenas assegura ao proprietário uma compensação pelo sacrifício que lhe é imposto em nome da colectividade”<sup>8</sup>.

### 3. A GARANTIA DO EXISTENTE

#### a) Considerações iniciais

Ultrapassada a querela sobre a compreensão do *jus aedificandi* na garantia constitucional do direito de propriedade<sup>9</sup>, admitindo-se que o direito de construir não é uma faculdade

<sup>6</sup> CORREIA, Fernando Alves, Manual de Direito do Urbanismo, vol. I, Almedina, 2008, p. 810

<sup>7</sup> V. GOTZ *apud* CORREIA, Fernando Alves, Manual (...), p. 825

<sup>8</sup> MONTEIRO, Cláudio, A garantia constitucional (...), p. 9

<sup>9</sup> Sobre o tema, vd. CORREIA, Fernando Alves, Manual (...), pp. 830-856

inerente ao direito de propriedade, não permitindo a circunstância da propriedade *per si* a edificação sem observância das regras legais e, mesmo, da devida autorização administrativa para o efeito.

Porém, quando as construções hajam sido realizadas em conformidade com as normas legais em vigor ao momento da construção, as edificações incorporam-se no ordenamento jurídico, recaindo sobre elas a protecção que resulta da garantia constitucional do direito de propriedade.

O que serviu de base ao desenvolvimento da figura da *garantia da existência* (*Bestandsschutz*) pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão, que visa precisamente a protecção das situações de preexistência de um edifício legalmente construído em face das novas regras que um plano venha a instituir, prevendo a salvaguarda do edifício “cuja legalidade material originária não sofra contestação”<sup>10</sup>, não se permitindo a sua demolição desacompanhada da correspondente indemnização, ainda que não esteja em conformidade com o novo plano.

### **b) Dinâmica dos planos**

Não podemos perder de vista que estamos perante planos que produzem efeitos imediatos e directamente vinculativos para os particulares, pelo que importa especialmente que se pautem por uma certa estabilidade, sem a qual a segurança jurídica fica comprometida.

No entanto, não pode o respeito pelo princípio da segurança jurídica permitir que subsistam no ordenamento jurídico planos desfasados da realidade urbanística e que não se coadunam com as actuais condições económicas, sociais, culturais e ambientais<sup>11</sup>, pelo que a “*alterabilidade do plano é um elemento que lhe é natural*”<sup>12</sup>.

Face ao que uma questão de não desprecianda relevância prática se coloca inevitavelmente — quando um novo plano entra em vigor, com normas que contrariam as que decorriam de plano anterior, quais as consequências jurídicas que daí decorrem?

Vejamos, a validade de um acto administrativo respeita à aptidão intrínseca desse acto para a produção de efeitos. Efectivamente, o ordenamento jurídico apresenta um modelo normativo de formação de actos administrativos, fazendo depender a produção de efeitos jurídicos desse acto da sua observância, pelo que, quando no acto administrativo se encontrar tal conformidade, pode a sua validade ser afirmada.

Ora, esta validade é apurada por referência às normas legais e regulamentares em vigor à data da prática do acto, de acordo com a regra *tempus regit actum*, consagrada

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 678

<sup>11</sup> Identificando a desadequação à realidade física, económica, social e urbanística como um dos problemas que determinaram a revisão dos PDM de 1.ª geração, CORREIA, Fernando Alves, Problemas Actuais do Direito do Urbanismo em Portugal, in Rev. CEDOUA, ano 1, n.º 2, 1998, p. 13

<sup>12</sup> CORREIA, Fernando Alves, Manual (...), p. 564

no disposto no art. 67.º do RJUE que, referindo-se, embora, expressamente aos actos de licenciamento e autorizações de utilização, tem como objectivo a fixação de uma regra geral de aplicação das normas urbanísticas no tempo<sup>13</sup>, quando estas não determinem noutro sentido<sup>14</sup>.

A que acresce que, atenta a natureza regulamentar do PDM, sempre daí resultaria a produção de efeitos exclusivamente para o futuro atento o disposto na norma constante do art. 141.º do CPA.

O que tudo configura uma imposição normativa no sentido de as situações criadas ao abrigo de normas anteriores serem salvaguardadas, ainda que se hajam tornado, com a entrada em vigor de planos posteriores, desconformes com as normas regulamentares constantes desses planos. E, saliente-se, que será assim na ausência de disposições específicas constantes dos planos sobre as situações preexistentes, sem prejuízo de as poderem conter, conforme se depreende do disposto no art. 171.º, n.º 2, do RJIGT, que prevê a possibilidade de o plano afectar direitos preexistentes e juridicamente consolidados que determinem a caducidade, revogação ou a alteração das condições de licença, da comunicação prévia<sup>15</sup>.

#### **c) O instituto da garantia do existente**

O PDM conforma a propriedade dos solos, numa relação que não só não implica uma diminuição da salvaguarda do direito de propriedade como se encontra marcada por um certo mutualismo: se o plano condiciona o direito de propriedade, também a propriedade dos solos acaba por influir nas opções que os planos encerram, uma vez que estes têm que respeitar determinadas situações que lhe são anteriores e que, por assim ser, carecem de protecção.

Trata-se da consagração da garantia do existente, que encontra os seus fundamentos na garantia constitucional da propriedade privada, assim como no princípio de Estado de Direito Democrático, designadamente nos seus corolários da não retroactividade das normas e da protecção da confiança.

A garantia do existente consubstancia uma modalidade passiva e uma outra activa, vertidas, respectivamente, nas normas constantes dos n.ºs 1 e 2 do art. 60.º do RJUE<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula, NEVES, Maria José Castanheira, LOPES, Dulce, MAÇÃS, Fernanda, Regime Jurídico da Urbanização e Edificação — Comentado, Almedina, 4.ª edição, 2016, p. 499.

<sup>14</sup> Sobre a admissão de normas sobre preexistências pelos PDM's, OLIVEIRA, Fernanda Paula, A Regulação de situações intertemporais pelos Planos Directores Municipais, in Revista de Direito Público e Regulação, n.º 2, CEDIPRE, 2009, pp. 45-55

<sup>15</sup> Existindo lugar a justa indemnização.

<sup>16</sup> Também o disposto no art. 145.º, n.º 4, do RJIGT, consagra um reflexo da garantia da existência, prevendo que os procedimentos de informação prévia, de comunicação prévia e de licenciamento não se

A existência passiva confere acolhimento ao princípio *tempus regit actum*, impondo que as edificações levadas a cabo com respeito pelas disposições normativas então em vigor, bem como as utilizações previstas, não sejam atacadas pelas novas regras, ainda que, se submetidas a um exame actual de conformidade com as normas legais e regulamentares em vigor, não pudessem ser licenciadas.

Para aplicação do instituto da garantia do existente na vertente passiva, impõe-se que (i) estejamos perante uma edificação pré-existente ao novo plano; e que (ii) a edificação em causa tenha sido construída em conformidade com as exigências formais e materiais decorrentes das normas legais e regulamentares aplicáveis à data da sua prática <sup>17 18</sup>.

Conforme entendimento da jurisprudência alemã, o princípio da garantia da existência passiva não tem por objecto apenas as edificações, antes estendendo a sua protecção também às utilizações de terreno, “desde que sejam originariamente conformes ao direito” <sup>19</sup>.

#### **d) Existência activa e âmbito de aplicação**

O preceito que consagra o princípio da garantia de existência na sua modalidade activa refere-se expressamente às obras de reconstrução e de alteração <sup>20</sup>, admitindo que este tipo de obras possa ser realizado sem obediência estrita às disposições normativas em vigor no momento da sua realização em edificações existentes e com a condição de que as obras em causa não originem ou agravem a desconformidade com as normas legais e regulamentares em vigor ou, ainda, que visem a melhoria das condições de segurança e salubridade da edificação.

Vejamos, a protecção conferida pela vertente passiva da garantia da existência não permite aos interessados levar a cabo quaisquer obras de reparação, restauração ou reconstrução no edifício preexistente — uma faculdade que apenas é conferida mediante o reconhecimento da protecção activa.

---

suspendam nas hipóteses em que o pedido seja feito ao abrigo de normas provisórias ou tenha por objecto obras de reconstrução ou de alteração em edificações existentes, desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação.

<sup>17</sup> Esta obrigatoriedade de conformidade com o Direito anterior afasta a categorização da garantia do existente enquanto medida de tutela da legalidade, conforme aponta LOPES, Dulce, Medidas de tutela da legalidade urbanística, in Rev. CEDOUA, n.º 14, 2004, p. 60

<sup>18</sup> Defendendo que a garantia do existente passiva deva também proteger as edificações que, embora ilegalmente construídas, impõem à Administração que as tolere, vd. MONTEIRO, Cláudio, O Domínio da cidade, policopiado, p. 282.

<sup>19</sup> CORREIA, Fernando Alves, *Manual (...)*, p. 678

<sup>20</sup> Atente-se na definição dos referidos tipos de obras urbanísticas avançada no artigo 2.º do RJUE.

O preceito não refere as obras de ampliação <sup>21</sup>. Contudo, considerada a redacção da norma, mais concretamente a disjunção que encerra (*“desde que tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a melhoria das condições de segurança e de salubridade da edificação”*), constata-se que não se estamos perante critérios cumulativos. Por outro lado, importa referir que a melhoria das condições de segurança e salubridade não se alcançará com meras obras de alteração, ou sequer de reconstrução, pelo que se deve admitir a inclusão das obras de ampliação <sup>22</sup>.

A jurisprudência alemã reconhece uma garantia de existência *extensiva ou excepcional*, que permite o alargamento ou modificação, bem como determinadas alterações de utilização, nos casos em que tais obras sejam imprescindíveis para salvaguardar a capacidade funcional do edifício, pois que, a não serem admitidas tais obras, a construção ficaria sem objecto <sup>23</sup>.

Diversamente, quando o edifício objecto de protecção desapareça ou deixe de existir enquanto *entidade utilizável* <sup>24</sup>, a garantia do existente decai, porquanto *“o regime especial previsto para edifícios existentes parte do pressuposto da impossibilidade fáctica de cumprir novas exigências, o que não sucede no caso”* <sup>25</sup>.

#### 4. O CASO EM APREÇO

O Município de Vila do Porto, inconformado com a douta decisão do TAF de Ponta Delgada, intentou recurso, porquanto entende que o pedido devia ser indeferido, uma vez que o prédio se situa num local que foi definido pelo PDM como Espaço Natural, aplicando-se-lhe a norma constante do art. 68.º do PDM.

Para tanto, alega a desconformidade entre a matéria de facto dada como assente na sentença recorrida e a que resulta da prova documental constante do processo administrativo, uma vez que a edificação em causa não *“mantem parte das paredes”*, mas apenas uns *“pequenos muros cobertos de vegetação”*. A que sempre deveria crescer, no seu entendimento, que o PDM não prevê a realização de obras de reconstrução nos espaços naturais.

<sup>21</sup> Cujá definição consta do art. 2.º, alínea e) do RJUE.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Fernanda, Neves, Maria José Castanheira, LOPES, Dulce e MAÇÃS, Fernanda, Regime Jurídico (...), pp. 462-463. Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal Administrativo no Acórdão de 01 de Março de 2005, Processo n.º 0291/04, e no Acórdão da mesma data, proferido no âmbito do Processo n.º 0421/05. De resto, trata-se de uma solução que está consagrada, entre nós, no Regime Jurídico de Reabilitação Urbana na norma constante do art. 52.º, n.º 2.

<sup>23</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves, Manual (...), p. 679

<sup>24</sup> Ibid., p. 678

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula, NEVES, Maria José Castanheira, LOPES, Dulce, MAÇÃS, Fernanda, Regime (...), p. 465

### a) Da submissão dos factos à garantia do existente

O douto acórdão ora em análise admite que a matéria de facto dada como assente pelo TAF de Ponta Delgada carece, efectivamente, de correcção, já que da construção originária do edifício se mantêm, não uma parte das paredes, mas antes *“pequenos muros cobertos de vegetação”*.

Não obstante, entendeu este Tribunal que a sentença “não carece de ser corrigida, já que a realidade que se pretendeu ter por demonstrada é, no essencial, a mesma, para além de não ser susceptível de influir na determinação do regime jurídico aplicável ao caso”.

Ora, não nos parece que seja de todo indiferente a realidade material para o caso.

Efectivamente, numa primeira apreciação, parece estarmos perante uma situação de garantia do existente, mas importa, pois, analisar com maior atenção.

Sendo certo que as obras vão ser realizadas num edifício preexistente ao PDM em vigor, há que ultrapassar outro crivo — o de tais edificações não originarem ou agravarem desconformidade com as normas em vigor ou visarem a melhoria das condições de segurança e salubridade.

O projecto apresentado pela proprietária visa a reconstrução do edifício, em termos idênticos aos que existiam antes da ruína, o que, e à semelhança do que foi considerado pelo Tribunal, não nos parece que possa originar ou agravar desconformidades ou ilegalidades construtivas — *“De todo o modo, afigura-se-nos que teria de ser a recorrente jurisdicional a concretizar, no próprio acto de rejeição do pedido, que ilegalidades seriam essas, e por que forma sairiam agravadas através da pretendida reconstrução”*, conforme se pode ler no douto acórdão. Ademais, é inegável que a reconstrução do edifício visa a melhoria das condições de segurança e salubridade, pois sempre oferecerá um edifício reconstruído melhores condições de segurança e salubridade que as ruínas ao momento existentes.

É precisamente por se tratarem de meras ruínas que sempre deveria o Tribunal indagar sobre se o facto de apenas terem sobrado *“pequenos muros cobertos de vegetação”* nos permitia afirmar a subsistência do objecto da garantia. Isto é, o objecto da garantia continua a existir enquanto entidade utilizável?

A norma constante do art. 60.º do RJUE refere expressamente *“edificações”*, ou seja, resultados da construção, reconstrução, ampliação, alteração ou conservação de um imóvel destinado à utilização humana, bem como de qualquer outra construção que se incorpore no solo com carácter de permanência, conforme decorre da noção avançada pelo mesmo diploma no disposto no art. 2.º, alínea a).

Por outro lado, impõe-se atentar no escopo deste mesmo preceito legal. Do que se trata é de preservar as situações de existência de edifícios que não podem cumprir as novas normas em vigor <sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Neste sentido, *ibid.*, p. 465

Assim, a partir do momento em que o edifício deixa de existir, quando já não pudermos sustentar a sua existência enquanto *entidade utilizável*, implicando uma reconstrução integral, parece deixar de fazer sentido a aplicação da garantia da existência, pois não há uma razão suficientemente plausível para que esta reconstrução não siga as normas legais em vigor.

Restando do edifício originário nada mais para além de ruínas, “*pequenos muros cobertos de vegetação*”, consideramos que o instituto da garantia da existência não deveria ser, no caso em apreço, de aplicar, porquanto não existe qualquer “*impossibilidade fáctica*”<sup>27</sup> na reconstrução do edifício em conformidade com as normas que vigoram, uma vez que o edifício originário já deixou de existir, não sendo possível identificar a *res* preexistente naquelas ruínas.

Assim sendo, afastamo-nos da solução preconizada pelo douto Acórdão, pois que não nos parece que a situação dos autos pudesse ser enquadrada na protecção da garantia de existência activa.

#### **b) Do enquadramento das obras de reconstrução no leque de obras admitidas pela norma constante do art. 68.º do PDM**

Considerando que as obras a realizar eram de reconstrução, a Câmara Municipal entendeu não se poder interpretar a norma constante do art. 68.º do PDM no sentido de permitir a sua inclusão nas obras que o preceito admite em espaços naturais e que se consubstanciam em trabalhos de manutenção de muros e edificações existentes.

Não acompanhou o Tribunal este raciocínio e, quanto a nós, muito bem.

A Câmara sustentou que reposição da edificação em ruínas não poderia ser classificada enquanto obra de manutenção (conjunto de operações preventivas destinadas a manter em bom funcionamento, quer uma edificação como um todo, quer cada uma das suas partes constituintes, conforme esclarece o Vocabulário do Ordenamento do Território), mas sim enquanto obra de reconstrução.

Vejamos, de acordo com o disposto no art. 9.º do CC, não nos parece sustentável, do ponto de vista da unidade do sistema jurídico, e atenta a disciplina constante dos diversos diplomas de legislação urbanística, uma interpretação tão restrita como a propugnada pela Câmara, sob pena de, na sequência de um tremor de terra ou de uma tempestade, uma edificação situada em zona de espaço natural ruir, não ser possível a recuperação da mesma por a obra a efectuar ser de reconstrução, conforme se refere no douto acórdão.

Concluiu o Tribunal que o legislador disse menos do que queria aquando da redacção da norma constante do art. 68.º do PDM, pelo que, para o apuramento do conceito de obras de manutenção, deve também considerar-se as “*obras de construção subsequentes à demolição total ou parcial de uma edificação existente, das quais resulte a manutenção ou*

<sup>27</sup> Ibid., p. 465

a reconstrução da estrutura das fachadas, da cêrcea e do número de pisos, desde que as mesmas não originem nem agravem a desconformidade com as normas em vigor”.

### c) Da conclusão

Considerou o douto acórdão que a situação dos autos configurava um desvio ao princípio *tempus regit actum*, ou seja, perante a garantia da existência activa, do que resulta que as licenças para obras de reconstrução ou alteração de edifícios preexistentes não devem ser recusadas com fundamento em norma regulamentar superveniente.

Por outro lado, impunha-se considerar que a norma constante do PDM determina que apenas se podem realizar obras de manutenção naquele espaço.

Refere o douto acórdão que, dada a natureza regulamentar do PDM, não pode este estabelecer uma disciplina que contrarie preceitos de valor normativo hierarquicamente superior, tendo necessariamente de se conformar com as normas legais, mormente com a garantia de existência activa — que contempla um âmbito mais alargado de tipos de obras a realizar que as previstas na norma constante do art. 68.º do PDM, pelo que se impunha interpretar a norma regulamentar no sentido de serem permitidas também aquelas obras de reconstrução, sob pena de inconstitucionalidade da disposição regulamentar, já que a garantia da existência é corolário da garantia constitucional de propriedade privada. Efectivamente, e como se escreve no douto acórdão, o art. 68.º do PDM não pode “esgotar o quadro normativo susceptível de ser convocado”, devendo soçobrar perante o disposto no art. 60.º do RJUE.

Em face do que se negou provimento ao recurso intentado pelo Município, por não enfermar a douta sentença do TAF de Ponta Delgada de qualquer das violações apontadas pela entidade recorrente. Consequentemente, foi anulada a deliberação de indeferimento do pedido de licenciamento de obras de reconstrução do prédio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Creemos que a circunstância da subsistência do edifício sobre o qual incide a protecção desta garantia deveria ter sido objecto de debate, ao invés da consideração de que a mera existência de ruínas ou paredes do edifício era indiferente.

O douto acórdão parece aderir, ainda que não explicitamente, a uma compreensão do instituto em moldes similares aos definidos por Cláudio Monteiro, que defende que o que se pretende proteger com esta garantia não é o edifício enquanto realidade material, o bem jurídico sobre o qual incidem direitos privados<sup>28</sup>. Assim, o edifício não deixa de existir pelo

<sup>28</sup> “Não é a matéria do edifício que aquele regime legal pretende salvaguardar, mas a sua identidade jurídica e urbanística. Num certo sentido, aquilo que é objecto da protecção do existente é ainda

facto de se encontrar em ruínas, como acontecia na situação dos autos, pelo que estavam verificados os pressupostos para a afirmação da garantia da existência.

Como já se referiu, não entendemos que a garantia da existência possa afirmar-se quando o edifício originário já não existe do ponto de vista material. Desaparecendo este, decai a protecção, porquanto se deixa de verificar o escopo de protecção da norma, não nos parecendo existir fundamento para a aplicação do instituto nestes casos.

Porém, ao contrário do defendido no douto acórdão, não nos parece que a norma constante do art. 60.º do RJUE tenha um carácter imperativo que não permita ser contrariada por uma norma do PDM. Considerou o Tribunal estarmos perante uma ilegalidade, pois que o PDM, ao estabelecer normas relativas a preexistências, cria um regime especial.

Ora, o preceito do RJUE consagra como que uma salvaguarda genérica, que deve ser accionada quando os planos nada refiram sobre as situações preexistentes, o que em nada impede que o plano estabeleça um regime específico e concreto para estes casos — tal *“mais não é do que o cumprimento da imposição constitucional e legal da ponderação de todos os interesses públicos e privados coenvolvidos no planeamento”* <sup>29</sup>.

E atente-se no disposto no art. 101.º, alínea f) do RJIGT que, ao prever expressamente a possibilidade de demolição de construções existentes, deixa claro que a garantia da existência pode soçobrar em face das concretas disposições dos planos.

Não vemos, por esta razão, fundamento que impunha uma necessária subordinação do PDM à garantia da existência activa, uma vez que tal garantia não é imperativa, pelo que pode o PDM estabelecer em sentido diverso daquele a que conduziria o accionamento da garantia da existência. Ademais, ao plano, enquanto norma regulamentar, sempre se há-de reconhecer que possa estabelecer disposições específicas quanto à sua aplicação no tempo.

Havendo considerado que a situação dos autos se enquadrava no instituto da existência activa, o Tribunal deveria ter procurado averiguar da verificação *in casu* das condições que permitem que um plano derogue aquela garantia.

Admitindo-se a hipótese extrema de demolição dos edifícios (nos termos do disposto no art. 101.º, alínea f) do RJIGT), também será de admitir que os planos possam estabelecer medidas que visem a restrição ou limitação ao aproveitamento de edifícios existentes (e, em *ultima ratio*, a demolição dos edifícios).

Na medida em que tais opções implicam ingerência no direito de propriedade privada, impõe-se o respeito pelo princípio da proporcionalidade, demonstrando-se que uma tal opção será menos onerosa para o particular que para o interesse urbanístico que se prossegue com as definições do plano — como refere Gonçalo Reino Pires, a *“ efectiva protecção ou não do existente deve estar sujeita preferencialmente não a uma maior ou menor*

---

o direito de construir materializado ou consolidado como direito de propriedade”, MONTEIRO, Cláudio, *O Domínio (...)*, p. 288.

29 OLIVEIRA, Fernanda Paula, *A Regulamentação (...)*, p. 45

*possibilidade de ruptura com o plano urbanístico anterior, mas sim ao crivo da ponderação de interesses que caracteriza toda a actividade de conformação do território”* <sup>30</sup>.

Mais deve, ainda, o plano dispor no sentido da derrogação da garantia do existente, prevendo expressamente um regime transitório de direito material <sup>31</sup>, individualizando os edifícios afectados e prevendo correspondente indemnização.

Não assim o PDM em análise, pelo que, como refere Cláudio Monteiro, “a disposição em causa do PDM de Vila do Porto não parece preencher os requisitos que consideramos indispensáveis para permitir a derrogação” — fundamento que poderia justificar a prevalência da garantia da existência activa sobre a norma constante do art. 68.º do PDM.

Pelas razões expostas, não acompanhamos a posição adoptada no douto acórdão, reconhecendo-lhe o mérito de, não sendo, contudo, inédito nestas andanças de preexistências, ter identificado pertinentes questões que se colocam em face da aplicação do instituto, ponderando os interesses coenvolvidos.

---

<sup>30</sup> PIRES, Gonçalo Reino, A Classificação e a qualificação do solo por Planos Municipais de Ordenamento do Território, Edições Alumni FDL, 2015, p. 259

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Fernanda Paula, A Regulamentação (...), p. 47.