e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

ICJP Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Faculdade de Direito Universidade de Lisboa
CIDP Centro de Investigação de Direito Público

OS EFEITOS PUTATIVOS NA NULIDADE DOS ACTOS URBANÍSTICOS: ENTRE A TUTELA DA CONFIANÇA E O INTERESSE PÚBLICO

THE PUTATIVE EFFECTS IN THE NULLITY OF URBAN ACTS: BETWEEN PUBLIC INTEREST AND PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS

Ricardo Neves
Número 2, 2014
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

e-Pública **Vol. I** No. 2, Junho 2014 (539-5...)

OS EFEITOS PUTATIVOS NA NULIDADE DOS ACTOS URBANÍSTICOS: ENTRE A TUTELA DA CONFIANÇA E O INTERESSE PÚBLICO

THE PUTATIVE EFFECTS IN THE NULLITY OF URBAN ACTS: BETWEEN PUBLIC INTEREST AND PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS

RICARDO NEVES[1]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
ricardo.neves.pimentel@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. O regime da invalidade dos actos administrativos; 3. A nulidade no direito do urbanismo; 3.1. Tipologia dos actos administrativos urbanísticos; 3.2. As causas de nulidade no direito do urbanismo; 4. A preservação de efeitos do acto urbanístico; 4.1 O decurso do tempo; 4.2. A compatibilização com os princípios gerais de Direito; 5. Excurso: Só os tribunais podem atribuir efeitos putativos? 6. Conclusões finais.

Abstract: Ao contrário do que acontece no Direito Administrativo Geral, no Direito do Urbanismo a regra geral quanto ao desvalor dos actos administrativos é a nulidade. O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, mas podem existir sempre efeitos de facto, conduzindo a uma necessidade acrescida de tutelar a confiança gerada por esses actos. Perceber em que situações se impõe salvaguardar a situação de facto do particular e atribuir efeitos putativos, desconsiderando assim o princípio da legalidade, é o objectivo do presente artigo.

Palavras- chave: Direito do Urbanismo, Tutela da Confiança, Nulidade, Efeitos putativos, Legalidade;

Abstract: Unlike what happens in the General Administrative Law, in Planning Law general rule concerning worthlessness of administrative acts is void. Once this is characterized by the total lack of productivity of the legal effect of the act, but there may be effects of fact, it is even more necessary to safeguard the confidence generated by these acts. Perceive situations in which it must safeguard the particular factual situation and assign putative effects, thus disregarding the principle of legality, is the purpose of this Article.

Key Words: Planning Law; Protection of legitimate expectations, Nullity; Putative effects; Legality.

1. Aluno do 3º ano da Licenciatura em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Introdução[2]

Filiado dogmaticamente no Direito Administrativo, o Direito do Urbanismo comunga grande parte dos princípios que conformam aquele ramo de Direito. Um dos principais é sem dúvida o princípio da legalidade, com assento no nº1 do artigo 266º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e no artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo(doravante CPA). Fundamento e limite de toda a actuação administrativa, tal princípio apresenta exigências adicionais no Direito do Urbanismo e que explicam certas soluções, aparentemente estranhas aos quadros do direito administrativo geral.[3]

Uma dessas soluções é a cominação da nulidade como desvalor principal dos actos administrativos, afastando assim a regra tradicional do CPA, que é a anulabilidade. Fundada em razões ponderosas, esta opção, com múltiplos aspectos divergentes do regime geral, não deixa de levantar problemas. Neste caso, sendo a nulidade um regime caracterizado pela total improdutividade de efeitos jurídicos do acto, quais as situações em que se impõe admitirem que, em detrimento do estrito cumprimento do princípio da legalidade, possa existir a salvaguarda de situações de facto? Ou, de forma mais ampla, como pode (se é que pode) ser resolvido o conflito entre o princípio da legalidade, subjacente à nulidade, e o princípio da protecção de confiança?

O ordenamento jurídico português contém nesta matéria uma importante norma, o nº3 do artigo 134º do CPA,[4] que permite, mediante apertados condicionalismos, salvaguardar precisamente esses efeitos. Numa tentativa modesta de diálogo com a jurisprudência e a doutrina, procuraremos testar a aplicação desta norma aos actos administrativos urbanísticos, partindo não só da especial configuração da nulidade nesta área do Direito Administrativo, mas também da reconhecida, até pelo legislador, necessidade de tutela da confiança.

Desta forma, dividiremos o presente texto em quatro partes: numa primeira parte, abordaremos de forma sucinta o regime geral da invalidade dos actos administrativos no ordenamento jurídico português; numa segunda parte trataremos da especificidade do regime das nulidades urbanísticas, sobretudo

---

2. O presente texto corresponde, com relevantes alterações, ao trabalho de oral de melhoria apresentado no dia 13 de Fevereiro de 2014 na cadeira de Direito do Urbanismo, perante o Senhor Professor Doutor João Miranda, a quem agradeço o vivo diálogo então mantido e o incentivo para a publicação. Igualmente são devidos os agradecimentos ao Senhor Professor Doutor Paulo Otero, por ter tido a disponibilidade e a atenção para discutir alguns dos aspectos que constam do presente texto. Por último, mas de forma alguma com menor importância, um agradecimento à Patrícia e ao José Luís pelas valiosas críticas e sugestões que sempre foram fazendo.

3. Para uma perspectiva crítica do princípio da legalidade no Direito do Urbanismo, LUÍS COLAÇO ANTUNES**,** *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 261 e ss.

4. De realçar que o nº3 do artigo 134º tem semelhanças quer com o nº4 do artigo 282º da Constituição, que permite ao Tribunal Constitucional modelar efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, quer com o nº5 do artigo 283-Aº do Código dos Contratos Públicos(doravante CCP), que também permite deferir para o futuro os efeitos de uma sentença anulatória.

do ponto de vista substantivo; numa terceira parte, procuraremos focar-nos na aplicabilidade dos efeitos putativos aos actos urbanísticos, realçando os aspectos específicos que esta aplicação pode suscitar. Por fim, questionamos quem tem competência para atribuir efeitos jurídicos a situações de facto ao abrigo de actos nulos.

2. O Regime Da Invalidade Dos Actos Administrativos

A validade de qualquer acto administrativo depende da sua conformidade com o bloco de legalidade vigente. Significa isto, por outras palavras, que só quando estão reunidos determinados requisitos fixados pela ordem jurídica poderá acto administrativo vir a produzir os efeitos estabelecidos na estatuição da norma em que se fundamenta. Sublinhe-se, neste caso, a possibilidade de produção de efeitos jurídicos. O que se afirma quando se atesta a validade de um acto administrativo é que todos os seus requisitos a nível orgânico, formal e material, estão cumpridos.[5]

Bem diferente da validade do acto, embora muitas vezes com ela seja confundida, é a sua eficácia. Na validade, verifica-se se o acto pode produzir efeitos jurídicos, atendendo à sua conformidade relativamente ao bloco de legalidade vigente; na eficácia, pergunta-se se o acto em causa produz os efeitos típicos de qualquer acto administrativo. A eficácia deve assim ser entendida como a efectiva produção de efeitos jurídicos por parte de um acto administrativo, independentemente da sua validade, podendo um acto ser inválido mas eficaz. Além disso, e nesta matéria também com diferenças relativamente à validade, a eficácia de um acto não depende dos seus elementos intrínsecos, mas sim extrínsecos.[6]

Separados os planos da validade e da eficácia, aparece-nos o problema da patologia dos actos administrativos. Embora a administração esteja vinculada à legalidade, pode acontecer que em certos casos os seus actos não sejam conformes à mesma. Perante esta situação, naturalmente que o próprio ordenamento jurídico reage, exprimindo a sua desaprovação perante aquele acto e negando, nos casos mais graves, que o acto possa sequer produzir quaisquer efeitos para o mundo do direito. Existe aí uma situação de potencial invalidade, ou seja, a não aptidão intrínseca do acto para produzir efeitos jurídicos.[7]

---

5. Igualmente neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS/ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Volume II, Dom Quixote, 2010, pp. 38 e ss e 143 e ss. Relativamente a estes requisitos, costumam-se apontar-se o sujeito, o objecto, o procedimento, a forma, o tipo de decisão, o contéudo, o fim e a vontade; para uma caracterização de cada um destes requisitos; JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE, Validade do(acto administrativo), in *Dicionário Jurídico da Administração Pública,* Volume VII, 1992, pp. 581-593.Numa caracterização mais restritiva, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2º Edição, Almedina, 2013, p.381 e ss.

6. JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE, *Formas Principais da Actividade Administrativa: Regulamento, Acto e Contrato Administrativo, Sumário das Lições de Direito Administrativo II*(1º Turma), Ano Lectivo de 2009/2010, p. 41. Disponível on-line em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VAndradeII.pdf.

7. ANDRÉ SALGADO DE MATOS/MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Adminis-*

O ordenamento jus administrativo consagra duas formas de invalidade: a nulidade e anulabilidade. Tal diferenciação pode causar estranheza pois a conduta a que a elas subjaz reconduz-se sempre a uma desconformidade com a ordem jurídica. Todavia, deve ter-se em conta que os interesses públicos que vinculam a Administração não são sempre os mesmos e não podem ser deduzidos sempre de forma abstrata. Para perceber qual a forma de invalidade que está em causa, é sempre necessário um confronto entre o interesse público que uma determinada norma protege e o acto administrativo.[8]Vejamos então como a lei portuguesa configura as diversas formas de invalidade, procurando apreciar o fundamento dessas soluções.

A anulabilidade é a regra geral em termos de desvalores do acto administrativo.[9]O artigo 135º do CPA apoia esta ideia ao estabelecer que *" são anuláveis os actos administrativos praticados com ofensa aos princípios ou normas jurídicas aplicáveis para cuja violação se não preveja outra sanção."* O acto anulável, embora seja inválido, é em regra eficaz, produzindo todos os efeitos jurídicos típicos como se fosse válido. Tal significa no fundo que os interesses públicos protegidos pela norma violada não se revestem de uma importância que justifique uma paralisação total dos efeitos do acto .[10]Embora eficaz, o acto não deixa de ser um ente jurídico precário.[11]

Desde logo, existe sempre a possibilidade de interpor recurso contencioso do acto num tribunal administrativo, sujeita a prazo de caducidade de um ano ou 3 meses, nos termos do nº1 do artigo 50º do Código do Processo nos Tribunais

---

trativo, II, p. 45.

8. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, pp.287 e ss.

9. Nesta matéria, o direito administrativo afasta-se quer do direito civil quer do direito constitucional. No direito civil, em matéria de actos jurídicos, a regra geral é a nulidade, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4º Edição, Almedina, 2014, p. 911 e ss, No direito constitucional, é extenso o debate sobre o desvalor que afecta um acto jurídico público, por exemplo a lei, declarado inconstitucional com força obrigatória geral, ainda que a doutrina actual se incline para nulidade; para um debate com múltiplas referências, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 222 e ss.

10. A anulabilidade também pode ter como fundamento o próprio sistema de administração executiva que vigora em Portugal. Os actos anuláveis, porque geralmente eficazes, podem ser executados, o que salvaguarda a autoridade da administração e coloca no particular o ónus de pôr em marcha o sistema de garantias, quer em termos administrativos quer em termos contenciosos; neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *et al*. *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 3º edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 655 e ss. Fazendo assentar o desvalor da anulabilidade na proeminência dos valores e interesses protegidos pela norma violada e questionando a solução face ao quadro constitucional vigente; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pp.. 1024 e ss.

11. Com a expressão precariedade do acto, não se tem em vista uma hipotética validade precária. O acto anulável é sempre inválido a partir do momento em que existe uma colisão entre o mesmo e o bloco de legalidade. A precariedade do acto refere-se antes aos efeitos jurídicos produzidos, sempre sujeitos às contingências da anulação ou da revogação administrativa, ROGÉRIO SOARES, *Interesse,* pp. 292.

Administrativos (doravante CPTA) e do nº2 do artigo 58º do CPTA.

Num segundo ponto, e nesta matéria de forma diferente da nulidade, só um acto anulável pode ser revogado, nos termos da alínea a) do nº1 do artigo 139º do CPA, *a contrario*. E isto por uma razão simples. É que embora inválido, o acto é, em princípio, eficaz. Produzindo efeitos jurídicos, a revogação administrativa, nos termos do artigo nº1 do artigo 141º do CPA, vai ter como objecto precisamente a extinção desses efeitos. Mesmo assim, a revogação de actos anuláveis está sujeita ao mesmo prazo de impugnação contenciosa, nos termos nº2 do artigo 141º do CPA.

Por fim, o acto anulável pode ver a sua invalidade sanada, mediante reforma, ratificação ou conversão, nos termos do nº1 do artigo 137º do CPA. Pelo decurso do tempo, nomeadamente pela caducidade da revogação, os efeitos do acto consolidam-se na ordem jurídica, neste caso por homenagem aos princípios da certeza e da segurança jurídica.

Em congruência com o que tem vindo a ser assinalado, a sanção de nulidade no direito administrativo português assenta, por contraposição à anulabilidade, na maior proeminência de interesses e valores que estão subjacentes às normas administrativas.[12]Mas não só. A nulidade, enquanto desvalor do acto, apresenta-se também como consequência de certas desconformidades tão flagrantes e tão evidentes que só por condescendência se poderia admitir a produção de efeitos desse acto.

O regime da nulidade consta dos artigos 133º e 134º do CPA. Desde logo, admite o nº1 do artigo 133º do CPA que sejam nulos os actos aos quais falte um elemento essencial. Na lógica do preceito, estão em causa elementos que inviabilizem sequer o reconhecimento do acto enquanto tal, como sejam a vontade, o autor ou a existência de objecto[13] e conteúdo. Os elementos essenciais são os indispensáveis para que o acto possa ter a pretensão de produzir efeitos jurídicos.[14]

Para além das situações em que falta um elemento essencial, são também nulos os actos viciados por usurpação de poderes, nos termos da alínea a) do nº2 do artigo 133º.Compreende-se porquê. Sendo o acto uma manifestação do exercício da função administrativa, de acordo com o artigo 120º do CPA, não faria sentido reconhecer efeitos jurídicos a uma conduta que não fosse praticada no exercício dessa função. A usurpação de poderes é aliás o único caso em que

12. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 1026 e ss.

13. O exemplo de um acto nulo por falta de um elemento essencial é o acto revogatório de um acto ainda não eficaz(ex: um acto sujeito a condição). A revogação tem por objecto a extinção dos efeitos jurídicos de um acto anterior. No caso do acto ineficaz, não existiram ainda quaisquer efeitos jurídicos. Logo, o objecto do acto revogatório não existe, faltando um elemento essencial ao mesmo, nos termos do nº1 do artigo 133º do CPA.

14. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE,A nulidade administrativa, essa desconhecida, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2011, pp.763-791.

existe uma simetria perfeita entre o vício do acto e o desvalor.[15]Para além dos casos de impossibilidade lógica, como a alínea c), todas as nulidades elencadas no artigo 133º relevam da proeminência do interesse que está em causa, seja ele a protecção dos direitos fundamentais, a inobservância do quórum, a prática de um crime, o desrespeito pelas atribuições de uma determinado órgão ou a ofensa ao valor do caso julgado.[16]Vejamos agora quais os principais aspectos do regime da nulidade.

Em primeiro lugar, o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, nos termos do nº1 do artigo 134º do CPA. Como afirmava MARCELLO CAETANO,[17]num passo que denunciava a aproximação entre inexistência e nulidade: "Nenhuma relação jurídica se constitui, modifica ou extingue por virtude de um acto nulo."Como consequência, a mesma é invocável a todo o tempo, embora não seja necessária para qualquer declaração, nos termos do artigo 134º.Este aspecto do regime carece, no entanto, de algumas precisões.

Se lido literalmente, o nº2 do artigo 134º não se compatibiliza nem com a reserva de jurisdição administrativa nem com a competência para praticar o acto. Deverá, por isso, entender-se que apesar de os tribunais judiciais poderem conhecer de nulidades administrativas, não têm poder para as declarar. No mesmo sentido, se é verdade que todos os órgãos administrativos podem conhecer do acto nulo, só o órgão competente para o praticar pode declarar a sua nulidade.[18]

Os actos nulos não estão sujeitos a prazo de impugnação contenciosa, de acordo ainda com o nº2 do artigo 134º do CPA, conjugado com o nº1 do artigo 58º do CPTA. Para além de todos estes aspectos, o acto nulo, totalmente improdutivo juridicamente, não é susceptível de ser executado. Embora não reconhecida na lei, esta consequência deduz-se do próprio regime legal. A execução administrativa pressupõe a eficácia do acto e a mesma não acontece quando o acto é nulo.[19]

Propositadamente, e pela importância que assume no escopo do texto, deixámos para o fim a as consequências de uma sentença de anulação ou de declaração de nulidade de um acto administrativo. É isso que agora importa aprofundar.

---

15. ANDRÉ SALGADO DE MATOS/MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, II, p 161. Os restantes vícios de um acto administrativo são o desvio de poder, a falta de forma, a violação de lei em sentido estrito e a incompetência.

16. Para uma análise de cada uma destas hipóteses, ANDRÉ SALGADO DE MATOS/ MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, II, pp. 160 e ss.

17**.** MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 10º Edição (10º Reimpressão), Almedina, Coimbra, 1973, p. 516.

18. Neste sentido e em crítica à solução legal, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA "*et alii"*, *Código do Procedimento,* pp. 665 e ss. Igualmente, JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE, Validade, VI, p.590.

19. Neste sentido, ANDRÉ SALGADO DE MATOS/MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Administrativo*, II, p. 172 Para uma contundente crítica e reponderação dos aspectos tradicionais da invalidade dos actos administrativos, veja-se, por todos, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Algumas observações críticas acerca dos actuais quadros legais e doutrinais da invalidade do acto administrativo, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 82, Julho- Agosto de 2010, pp. 55-68.

O objecto de impugnação contenciosa é diferente consoante estejamos perante um acto administrativo nulo ou anulável. Nos actos anuláveis, o objecto dessa impugnação não é o próprio acto, mas sim a pretensão anulatória daquele que dele recorre, existindo igualmente uma negação da posição que a Administração assumiu perante o mesmo, quer em termos formais quer em termos materiais.[20]No caso de estarmos perante um acto nulo, a impugnação do mesmo já não se dirige a anulação; o acto, por expressa cominação legal, é nulo, procurando-se agora a declaração de nulidade do mesmo, mediante a existência de uma sentença como força de caso julgado. Esta sentença deixará claro que aquele acto não pode de uma vez por todas valer perante a ordem jurídica.[21]

Num acto ferido de anulabilidade, uma sentença anulatória tem em primeira linha efeitos constitutivos.[22]Por outras palavras, a negação do poder da administração implica que todos os efeitos que o acto anulável produziu sejam apagados da ordem jurídica, fundamentando-se esta circunstância na sua invalidade. Os efeitos do acto são destruídos, desde o momento da sua emissão, tudo se passando como se o mesmo não tivesse sido praticado. Perante um acto nulo, este modelo explicativo não é naturalmente aplicável, pelo menos no plano jurídico. Como o acto não produziu quaisquer efeitos jurídicos, a sentença limita-se a reconhecer essa circunstância. Não existe pois a necessidade de modificar nada na realidade jurídica. Em ambos as situações porém, e numa evolução do pensamento tradicional, existe ainda um outro efeito associado à impugnação e anulação de actos administrativos. Trata-se do chamado efeito repristinatório,[23]mediante o qual a administração fica vinculada a reconstituir a situação que existiria se o acto inválido não tivesse sido praticado, hoje consagrado nos artigo 173º e ss. do CPTA. Nos actos anuláveis, existe a necessidade de fazer corresponder a verdade jurídica, introduzida pelo alcance da sentença anulatória, à verdade factual e é nessa medida que se impõe o dever à administração de executar a sentença. Nos actos nulos, é certo que não houve efeitos jurídicos, mas poderão certas circunstâncias de facto ter-se consolidado ao abrigo do acto. É precisamente sobre essas realidades de facto que vai incidir o dever da administração de repor a situação de facto que existiria se o acto nulo não tivesse sido praticado. Os limites do efeito repristinatório da anulação são traçados pelos nº3 e 4º do artigo 173º do CPTA[24].

20. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 185 e ss.

21. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 78.

22. JOSÉ C.VEIRA DE ANRDADE, *Justiça Administrativa(Lições*), 10º Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 384 e ss. Matizando a radicalidade do efeito constitutivo da anulação, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos*, pp. 217 e ss.

23. JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, p 385. Para uma brilhante análise sobre o efeito repristinatório, a obra clássica de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A execução de sentenças dos tribunais administrativos*. 2º Edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp.39 e ss.

24. Para uma ampla análise do regime da execução de sentenças, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual*, pp. 523 e ss.

3.A Nulidade No Direito Do Urbanismo

Analisado o regime geral da nulidade, cabe agora indagar os pontos específicos dessa forma de invalidade no Direito do Urbanismo. Uma análise cabal da mesma não pode, porém, ignorar nem a especificidade dos actos administrativos que encontramos no direito do urbanismo, maioritariamente actos permissivos com natureza real, e portanto constitutivos de direitos e conformadores do direito de propriedade privada, nem dos múltiplos interesses públicos que estão em causa na actividade administrativa de natureza urbanística.

3.1. A tipologia dos actos administrativos urbanísticos

A grande divisão quanto à actividade da administração no domínio urbanístico faz-se separando o domínio do planeamento urbanístico, que se traduz na emissão de normas administrativas conformadoras do solo, nomeadamente planos, e o domínio da gestão urbanística, necessariamente concretizador daqueles normas e no qual a administração, mediante a prática de actos administrativos, regula as pretensões dos particulares relativamente aos solos em geral. Na realidade, trata-se de duas dimensões que não podem ser separadas, pese embora o afastamento conceptual das mesmas.[25]

A gestão urbanística, por vezes também designada execução de planos,[26]vai incidir necessariamente sobre determinadas faculdades de uso, transformação e ocupação do solo integradas no direito de propriedade, nos termos do artigo 1305º do Código Civil(doravante CC), a que a lei, neste caso o Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação(doravante RJUE), dá o nome de operações urbanísticas. Sendo definido no artigo alínea j) do nº2 do artigo 2º do referido normativo, o conceito de operação urbanística abrange praticamente todas as obras e operações elencados no artigo 2º e delimita o critério daquelas que estão submetidas a controlo prévio nos termos do artigo 4º. Apenas algumas operações com escassa relevância estarão excluídas, por força do artigo 6º.

Os principais actos de controlo prévio das operações urbanísticas são a licença administrativa, a comunicação prévia e a autorização de utilização.[27]Vindo na

25. Para uma análise dos conceitos de planeamento urbanístico e gestão, JOÃO MIRANDA, *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 195 e ss.

26. Chamando a atenção para a necessidade autonomizar o conceito de execução dos planos da gestão urbanística pois pode existir gestão e não haver execução de planos, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2010, p. 21. Igualmente, do mesmo autor, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Almedina, Coimbra, 1997, pp.. 127 e ss.

27. Para além destes actos, pode ainda ter-se em conta a informação prévia. Trata-se de um acto prévio, constitutivo de direitos, vinculando a administração a emitir uma licença, num determinado prazo, nos termos do artigo 14º e ss do RJUE. Para mais desenvolvimentos FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, *Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*

decorrência destes actos, e dando-lhes a necessária eficácia, existe também o alvará.

A licença administrativa[28] é o principal e mais exigente acto de controlo prévio, abrangendo as operações urbanísticas elencadas nas alíneas a) a g) do nº 2 do artigo 4º do RJUE. O controlo prévio assim realizado destina-se a averiguar se o poder de transformação que o particular pretende ver exercido se ajusta ao interesse público urbanístico e se é conforme à legalidade urbanística. O procedimento para a emissão de uma licença administrativa, pela relevância que assume no controlo prévio, exige uma ponderação dos diversos interesses públicos e privados em presença, razão pela qual é minuciosamente regulado na lei, nos termos dos artigos 8º a 13º do RJUE e ainda com as especialidades constantes dos artigos 18º e seguintes.

Um segundo acto de controlo prévio das operações urbanísticas, tecnicamente menos exigente, é a comunicação prévia. Apesar de investir igualmente o particular na realização de operações , estão aqui em causa situações em que o interesse público urbanístico não é tão proeminente que exija uma licença e um procedimento tão minucioso. No nº4 do artigo 4ºestão especificadas as situações em que se torna necessária a comunicação prévia. Contudo, existem mais casos em que a mesma é exigível, por exemplo no nº1 do artigo 17º e no nº2 do artigo 14ºdo RJUE.

Outro dos actos que investe o particular no poder de transformação urbanística é a autorização. Com a revisão do RJUE, em 2007, a autorização passou a ter um campo de aplicação praticamente residual, apenas sendo necessária nos casos de utilização de fracções e alterações das operações urbanísticas, nos termos do nº 5 do artigo do 4º do RJUE. O procedimento de autorização encontra-se regulado nos artigos 62º a 66º do RJUE.

Um último acto administrativo, e que vem necessariamente na sequência dos actos acima abordados, é o alvará. Nos termos do nº1 do artigo 74ºdo RJUE, o alvará funciona como um título da licença ou da comunicação prévia e a sua emissão acaba por ser condição de eficácia destes actos. A competência e o procedimento para a emissão de alvará encontram-se elencados nos artigos 75º e 76º do RJUE.[29]

Comentado, 3º edição Almedina, Coimbra, 2012, pp. 248 e ss.

28. Neste sentido e para uma pormenorizada análise das diversas definições do artigo 2º,- FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al*.,*Regime Jurídico*, pp. 45 e ss.

29. É clássica a discussão sobre se devia adotar-se o conceito de licença ou de autorização para especificar os actos prévios conformadores do direito a construir. No plano jurídico dogmático, a noção adoptada prende-se com a configuração que deve ser dada ao direito a construir. Se se entender que o direito a construir não se integra no direito de propriedade privada, sendo uma concessão jurídico pública, então a ideia da licença mostra-se mais adequada já que pressupõe a inexistência do direito na esfera jurídica do particular antes do acto administrativo. Se pelo contrário, o poder de construir for uma faculdade integrada no direito de propriedade do artigo 1305 º do Código Civil, então a ideia de autorização mostra-se mais adequada. Para uma discussão com referências ao direito anterior ao RJUE, FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al., Regime Jurídico,* pp. 97 e ss. Sobre o *ius aedificandi*, com as diversas teses em confronto, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4º Edição, Al-

3.2. As causas de nulidade no direito do urbanismo

O cerne da actuação urbanística exerce-se mediante a emissão de licenças, comunicações prévias e alvarás. Tal como acontece no direito administrativo geral, nem sempre estes actos se mostram conformes às exigências legais. Assim, para além das regras que já resultam do CPA, naturalmente aplicáveis, as especificidades do Direito do Urbanismo implicam a existência de regras específicas, quer quanto aos fundamentos quer quantos às próprias consequências da nulidade. Partindo da ideia, *supra* identificada, de que a nulidade é a regra geral no direito do urbanismo, vejamos então quais as situações em que a mesma se verifica.[30]

Um primeiro caso específico de nulidade ocorre no artigo 103º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (doravante RJGIT)[31]onde se estatui que "*são nulos os actos praticados em violação de qualquer instrumento de gestão territorial aplicável.*"Redigido de uma forma amplíssima, o preceito deve ser alvo de uma interpretação restritiva, tendo em conta sobretudo o elemento sistemático. Neste caso, o preceito cobre um espectro de actos mais reduzido do que aqueles que à partida poderia parecer. Na verdade, actos como as licenças e as comunicações prévias estão submetidos ao artigo 68º do RJUE, em que o fundamento normativo para o deferimento ou indeferimento acaba por se cingir aos planos municipais e especiais do ordenamento do território.

Por outro lado, a noção de qualquer instrumento de gestão territorial aplicável também não é aqui exacta. Com efeito, se os únicos planos dotados de eficácia plurisubjectiva, imediata e directamente vinculativos para os particulares, sãos o Planos Municipais de Ordenamento do Território(doravante PMOT) e Planos Especiais de Ordenamento do Território(doravante PEO) nos termos do artigo 11º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território, apenas estes se constituem como parâmetros normativos para a prática de actos administrativos. Consequentemente, só quando esteja em causa a violação ou de plano director municipal ou de um plano especial de ordenamento do território, será aplicável o artigo 103º do RJIGT.[32]

Uma segunda situação onde a nulidade se apresenta como desvalor dos actos administrativos encontra-se no artigo 68.º do RJUE. Afirma este preceito:

São nulas as licenças, a admissão de comunicações prévias ou as autorizações de utilização previstas no presente diploma que:

---

medina, Coimbra, 2008, pp. 830 e ss.

30. Cingiremos aqui a análise aos casos de nulidade que se encontram no RJIGT e no RJUE. Existem todavia outros regimes jurídicos igualmente ligados ao urbanismo em que a nulidade constitui o desvalor principal dos actos administrativos. Por exemplo, o Decreto -Lei 73/2009 , que incorpora o regime da Reserva Agrícola Nacional(RAN) e o Decreto-Lei 166/2008, referente ao regime da Reserva Ecológica Nacional(REN).

31. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 306 e ss.

32. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico*, pp. 308-309.

a) Violem o disposto em plano municipal de ordenamento do território, plano especial de ordenamento do território, medidas preventivas ou licença de loteamento em vigor;

b) Violem o disposto no n.º 2 do artigo 37.º;

c) Não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis, bem como quando não estejam em conformidade com esses pareceres, autorizações ou aprovações.

Não afastando as regras gerais do CPA, o artigo 68º pode inculcar a ideia de que a nulidade, com o seu típico regime radical, se apresenta como um desvalor homogéneo, uma vez que o legislador decidiu não diferenciar entre as diversas causas de nulidade, aplicando em bloco e sem reservas o mesmo regime. Na verdade, uma análise mais cuidada do artigo 68º acaba por revelar diferenças entre os diversos casos de nulidade, existindo situações em que a nulidade encontra fundamento nos interesses públicos tutelados e noutros em que a existência desse desvalor se apresenta como uma pura opção do legislador. Nas situações do artigo 68º podem assim ser identificados diferentes graus de nulidade.

Na alínea a) do artigo 68, a nulidade existe sobretudo por referência à violação de planos especiais e municipais do ordenamento do território. Determinar, porém, o exacto alcance da nulidade não depende apenas da colisão entre um acto administrativo e o plano. É necessário aqui atender à heterogeneidade das normas dos planos, sobretudo por referência aos interesses que essas mesmas normas visam tutelar.[33]

No caso dos planos especiais do ordenamento território,[34]estamos perante instrumentos de natureza regulamentar, elaborados pela Administração Central, no sentido de intervir na protecção de certos bens e interesses nacionais, como sejam água ou o solo, nos termos do artigo 42º do RJGIT. Podendo consistir em planos das áreas protegidas, de ordenamento das orlas costeiras ou de albufeiras de águas públicas, a sua relação com os planos municipais do ordenamento do território é regida pelo princípio da hierarquia, como de resto parece resultar do nº4 do artigo 24º do RJGIT. Todavia, a hierarquia tem neste caso uma especial configuração já que não basta ao município não contrariar as opções do plano especial de ordenamento do território; o mesmo deve expressamente consagrá-las no regulamento do plano municipal. A hierarquia existe aqui sobre a forma de conformidade e não já de compatibilidade.[35]No que toca às normas dos planos

33. Neste sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.,Regime Jurídico*, pp. 503 e ss. Igualmente, neste sentido, PEDRO GONÇALVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, O regime da nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística que investem o particular no poder de realizar operações urbanísticas, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e Ambiente*, Ano II,1999, pp. 15-37.

34. Para mais desenvolvimentos, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico*, pp. 178 e ss.

35. Para uma análise da relação entre planos especiais e municipais, com especial enfoque nas relações de conformidade e de compatibilidade, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual*,

especiais de ordenamento do território, podemos dizer que as mesmas se destinam primacialmente a fixar o regime de salvaguarda dos recursos naturais, com vista a uma utilização sustentável do território, não fixando directamente regras de uso e ocupação do solo, nos termos do artigo 43º do RJGIT. Podem, no entanto, estes planos indicar as actividades permitidas e proibidas nessa área.[36]Tendo em conta os valores tutelados, um acto que viole uma norma de um plano especial parece consubstanciar uma nulidade com carácter gravoso.

No caso dos planos municipais de ordenamento do território, a realidade é substancialmente diferente. As normas são aqui mais heterogéneas, atendendo sobretudo à variedade de aspectos que as mesmas têm que regular. Ao mesmo tempo, a heterogeneidade justifica-se pelo facto de os planos municipais do ordenamento do território serem o principal padrão de conformidade dos actos de gestão urbanística. Assim, para poder identificar o alcance da nulidade de actos urbanísticos, parece-nos possível recorrer a dois critérios: a existência de discricionariedade de planeamento na norma do plano violado e a preponderância do interesse público que essa norma visa tutelar.

Com efeito, certas normas dos planos foram emanadas ao abrigo de uma autêntica discricionariedade de planeamento,[37]não sendo ao mesmo tempo possível identificar a partir delas um interesse público de relevo, que expressa uma opção estruturante por parte do município. A maior parte delas são normas de carácter técnico, destinadas a estabelecer uma certa homogeneidade e regularidade das edificações ou estabeleçam determinado tipo de potencialidades para o solo. Alguns exemplos poderão ser dados: as normas que impõe um determinado alinhamento, as que estabelecem um determinado índice de ocupação do solo[38] ou que vinculam a cércea dominante. Ainda, por exemplo, uma norma do plano que classifique determinado solo como destinado a uma área industrial, quando essa mesma área podia ser urbanizável. Neste sentido, um acto que viola uma destas normas do plano será nulo; trata-se no entanto de uma nulidade de baixo-relevo, podendo inclusive questionar-se se não deveria ter existido, nestes casos,

---

I, pp. 496 e ss.

36. Embora muitos planos especiais acabem por fixar regras de uso e ocupação do solo: neste sentido e para maior aprofundamento, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico*, pp. 183.

37. No âmbito da discricionariedade de planeamento, estamos perante uma autêntica discricionariedade normativa, em que Administração tem o poder de definir um determinado modelo de ocupação territorial. Assim, a discricionariedade do planeamento, enquanto discricionariedade normativa não envolve simplesmente um prosseguimento de fins que são postos a cargo dos municípios; existe na actividade de planeamento uma autêntica discricionariedade quanto aos fins; neste sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa,* Almedina, Coimbra, 2011, pp. 123 e ss e ainda 468 e ss. Igualmente nos mesmos termos, JOÃO MIRANDA, *A dinâmica jurídica do planeamento territorial: A alteração, revisão e suspensão de planos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 91 e ss.

38. O índice de ocupação do solo expressa a relação entre a área do solo ocupada com a edificação e a área total do solo. A definição deste e de outros conceitos de caracter técnico-urbanístico consta do Decreto Regulamentar 9/2009. Para uma síntese dos mesmos, veja-se a explicitação relativa a este decreto-regulamentar: http://www.dgotdu.pt/docs/DR_9_2009Ff.pdf.

uma opção pela anulabilidade.[39]

Noutros casos, as normas são totalmente vinculadas, não gozando o município de qualquer liberdade na fixação do conteúdo do plano. Em virtude da preponderância de certos interesses nacionais, o legislador considerou que os mesmos deviam necessariamente estar presentes na actividade de planificação dos municípios. Assim, os municípios estão obrigados por lei a respeitar certos *standards urbanísticos*. Ao mesmo tempo, as relações de hierarquia que existem entre um Plano Especial e um Plano Municipal impõem que o município respeite as opções do Plano Especial, se naturalmente a área de ambos coincidir. Por fim, cite-se a obrigação dos municípios abrangidos por área da REN de respeitar as proibições que esta impõe.[40] Neste segundo tipo de normas, coincidem a inexistência de qualquer discricionariedade normativa e a importância dos interesses públicos tutelados. A sua preponderância dos interesses em causa é aliás o que explica a vinculação dos municípios aos mesmos. Em congruência com os interesses em causa, a nulidade por violação de uma destas normas parece ter um carácter mais gravoso.

Por fim, podem ainda existir situações em que se verifique uma autêntica discricionariedade normativa, mas mesmo assim seja ainda possível encontrar um interesse público municipal de relevo por detrás da norma do plano. Embora a generalidade da doutrina se baste com a existência ou não de discricionariedade normativa para avaliar a gravidade da nulidade, não pode ignorar-se que os municípios também são protagonistas da definição dos interesses públicos próprios. Este reconhecimento da capacidade aos municípios para definir o interesse público resulta aliás do nº2 do artigo 235º Constituição. Ora, podem existir situações em que estejam em causa necessidades e valores municipais de relevo que acabam por se consubstanciar em normas dos planos que irão conformar a gestão urbanística. Poderão ser casos limitados, é certo. Todavia, olhar apenas para a existência de discricionariedade normativa enquanto critério para avaliar a gravidade da nulidade implicaria um juízo de prevalência do interesse nacional sobre o interesse público municipal desconforme, em nossa opinião, com o papel das autarquias locais no quadro da organização político administrativa.

Alguns exemplos poderão ilustrar esta realidade: se um município decidir classificar um determinado imóvel como de utilidade pública, atendendo às suas características históricas e proibir a existência de edificações no espaço circundante, o acto que viole esta prescrição do plano é naturalmente nulo. Todavia, parece-nos que não pode dizer que estamos aqui perante uma nulidade de baixo-relevo. Existe um interesse forte do município, de cariz cultural, que justifica a restrição operada. Do nosso ponto de vista, mesmo na ausência de discricionariedade normativa, a violação de certas normas dos planos pode acarretar que a nulidade assuma um carácter mais grave. Abaixo serão tiradas as devidas consequências da caracterização das nulidades urbanísticas.

39. Neste sentido, FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, *Regime Jurídico*, pp. 505 e ss.
40. FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al.*, *Regime Jurídico*, p. 506.

A parte final da alínea a) do artigo 68.º sanciona ainda com a nulidade os actos que violam as medidas preventivas dos planos. Neste caso, aliás o único, existe uma afastamento da regra geral de que o critério de conformidade dos actos urbanísticos é o próprio plano. Vejamos, por ora e com mais pormenor, o conceito de medidas preventivas[41]para avaliar o alcance da nulidade.

Os planos municipais, enquanto manifestações da actividade administrativa, vivem num constante limbo: se por um lado, existe uma necessária vinculação dos mesmos à ideia de permanência e de segurança jurídica, por outro a dinâmica sempre variável do interesse público impõe a sua necessária atualização.[42]Nesta lógica, as medidas preventivas, elencadas a partir do artigo 107º do RGIT, tem precisamente por função acautelar que durante o procedimento de revisão ou alteração dos planos[43]as situações de facto e direito não se alterem, inviabilizando a execução do plano futuro.

Tendo como pressuposto base a existência de uma decisão prévia de alteração ou revisão dos planos, as medidas preventivas não são, contudo, obrigatórias, como expressamente admite o nº1 do artigo107º. Contudo, se adoptadas, as mesmas podem implicar, nos termos do nº4 do referido artigo, a proibição, limitação ou sujeição a parecer vinculativo da maior parte das operações urbanísticas. Limitadas em termos temporais e territoriais e sujeitas ao princípio da proporcionalidade, as medidas preventivas têm uma função substitutiva dos planos, uma vez que durante o tempo em que vigorarem são o padrão de conformidade dos actos de gestão urbanística. Aliás, numa tentativa de equiparação, o legislador expressamente concede que as medidas preventivas têm carácter de regulamento administrativo, nos termos do artigo 109º do RJGIT. No artigo 115º do RJGIT, estabelece-se, numa duplicação algo inútil, que são nulos actos que violarem as medidas preventivas. Qual será, porém, o efectivo alcance da nulidade por violação das medidas preventivas?

Tendo as medidas preventivas um carácter limitado no tempo, e sendo substituídas pelos planos aprovados, seria tentador considerar que não existira qualquer problema com as mesmas, desde que supervenientemente o novo plano viesse a permitir aquilo que tinha sido proibido pelas medidas preventivas. Porém, o artigo 67º do RJUE vem expressamente afirmar, baseando-se no princípio *tempus regit actum*, que a regularidade e validade das licenças ou outros actos emitidos se afere pelas normas legais em vigor ao tempo em que o acto foi emanado.

41. Sobre as medidas preventivas, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual*, I, pp. 531 e ss. Especificamente sobre as medidas preventivas, e ainda que face ao direito anterior, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *As medidas preventivas dos Planos Municipais do Ordenamento do Território, Alguns aspectos do seu regime jurídico*, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra,1998, pp. 33 e ss.

42. Para uma análise desta questão, JOÃO MIRANDA, *A dinâmica jurídica*, pp.71 e ss.

43. De realçar que a alteração e revisão de planos não são, embora pareçam, exactamente a mesma coisa. Enquanto a revisão se consubstancia numa reponderação global das regras de uso, ocupação e transformação dos solos, a alteração implica uma reponderação meramente parcelar e necessariamente incompleta dessas regras. Para uma distinção nestes termos, JOÃO MIRANDA, *A dinâmica jurídica,* pp 209 e ss. No mesmo sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual,* I, pp. 567 e ss.

Quid iuris então? A resposta não se mostra simples, mas acaba por demonstrar que a nulidade por violação das medidas preventivas não configura qualquer caso especial e nem sequer encontra uma razão plausível e justificativa. Assim, após a caducidade das medidas preventivas, e desde que os novos parâmetros urbanísticos o permitam, o município não está impedido de praticar um novo acto, desta vez conforme às exigências legais. Existe, pois, nestes casos, a possibilidade de legalização da operação urbanística. Nos restantes casos, em que as proibições ou limitações transitem das medidas preventivas para o plano, será aplicável, *mutatis mutandis*, o que dissemos sobre as diferentes nulidades no plano.

Por fim, na alínea c) do artigo 68.º, estão em causa vícios de natureza procedimental, sobretudo a ausência de parecer quando ele era legalmente exigido ou a não conformidade do acto com um parecer que era, nos termos legais, vinculativo. Neste caso, o legislador teve em conta a extrema procedimentalização de toda a actividade urbanística, orientada para uma concertação dos múltiplos interesses públicos[44]que nesta área têm relevância. O alcance da nulidade por vício procedimental deverá ser aferido não em abstrato mas sim em função do interesse público prosseguido pela entidade cuja falta ou inobservância de parecer gerou a nulidade. Todavia, a nulidade por este tipo de vícios pode efectivamente ser ultrapassada, não pela sanação, mas pela prática de um novo acto administrativo que cumpra todos os parâmetros de legalidade procedimental. Este último aspecto leva inclusive a doutrina a perguntar se não se deveria abdicar de um regime tão radical como a nulidade, substituindo-o pela anulabilidade.

4. A Preservação De Efeitos Do Acto Urbanístico Nulo

Analisado o regime da nulidade, chegamos finalmente ao fulcro do trabalho a que nos propusemos: analisar em que situações se impõe salvaguardar efeitos de facto originados por actos urbanísticos nulos, sobretudo face à especificidade do direito do urbanismo e à facilidade com que, nesta área, actos ilegais originam situações em que os particulares legitimamente confiam.

A análise desta melindrosa questão parte do artigo 134º do CPA, em particular o nº3, tentando interpretá-lo à luz das situações que surgem no direito do urbanismo. Afirma aquele preceito:

Artigo 134º

1- O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade.

2- A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por

44. Sobre esta temática, CLÁUDIO MONTEIRO, Urbanismo e Interesses Públicos diferenciados, *Direito Regional e Local*, nº 4, Outubro- Dezembro de 2008, pp. 12-19.

qualquer tribunal.

3- O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito.

Antes de analisar os pressupostos do nº3 do artigo 134, é necessário reconhecer que a sua aplicabilidade ao direito do urbanismo não é isenta de dúvidas nem de alguma desconfiança. Num sentido histórico, tais dúvidas encontram fundamento. É que embora hoje seja reconhecido que o nº3 artigo 134º do CPA aflora um princípio geral,[45]a sua origem está ligada aos agentes putativos.[46]No passado, em que o princípio da legalidade não tinha a força que hoje apresenta, aconteciam algumas situações em que funcionários do Estado eram nomeados com base em actos nulos, mas a nulidade dos mesmos não era arguida durante longo tempo. Nesses casos, a declaração de nulidade, tendo efeitos retroactivos, afectava posições jurídicas consolidadas durante vários anos ou mesmo décadas, levando a doutrina e a jurisprudência a admitir que o estrito cumprimento do princípio da legalidade podia conduzir a situações chocantes.[47]Terá sido essa aliás a base original de introdução do preceito no CPA de 1991 e de uma outra legislação em matéria de funcionalismo público.[48]

Para além desta questão, suscita-se também o problema de delimitação do âmbito de aplicação dos efeitos putativos no quadro dos actos urbanísticos. Na verdade, a juridificação de situações de facto é apenas uma alternativa possível face à ilegalidade e à consequente destruição dos efeitos de um acto urbanístico nulo.

No direito do urbanismo, a principal consequência da ilegalidade do acto é a demolição[49] da operação urbanística, nos termos do artigo 106º do RJUE. Em certos casos, pode esta demolição resultar de uma decisão do presidente da Câmara, visando salvaguardar a legalidade urbanística. Noutros, a demolição da operação urbanística consolidada será uma consequência necessária da execução da sentença que declarou a nulidade do acto, nos termos do artigo 173º do

45. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública,* p. 1032.

46. Sobre esta matéria, já MARCELLO CAETANO*, Manual*, I, p.. 421.

47. Para uma análise histórica da doutrina dos agentes putativos e para uma diferenciação com os funcionários de facto , JORGE SILVA MARTINS, *Os efeitos putativos como instrumento de protecção da confiança no quadro dos actos administrativos nulos: contributo para a sua compreensão dogmática,* Tese de Mestrado(policopiada), Faculdade de Direito de Lisboa, 2011, pp. 133 e ss.

48. Relativamente aos agentes putativos , veja-se, por exemplo, e mais recentemente, Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 07.03.2008, pesquisável em www.dgsi.pt. Trata-se do Decreto –Lei 413/91.

49. Sobre a demolição e outras medidas de tutela de legalidade urbanística, DULCE LOPES, Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística*, Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e Ambiente*, Ano VII, 2004, pp. 49-90. O texto pode ser encontrado através do link: http://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/8679/3/3.pdf . Especificamente sobre a demolição, CLÁUDIO MONTEIRO, *O Embargo e a Demolição de obras no Direito do Urbanismo*, Tese de Mestrado (Policopiada), Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, pp. 162 e ss.

CPTA. Em ambos os casos, porém, a demolição surge limitada pelo princípio da proporcionalidade, que está aliás expresso no nº2 do artigo 106º do RJUE.

No quadro das alternativas que podem existir à demolição de uma operação urbanística, a primeira via a considerar é a legalização. Embora admitida pela doutrina, a legalização do acto, ou seja a prática de um novo acto conforme às exigências impostas pelo ordenamento jurídico, apenas poderá acontecer em casos de vícios procedimentais[50]como seja a falta de parecer ou de autorização prévia. Como não estão em causa características estruturais da habitação nem sequer uma situação de vinculação situacional dos solos, pode iniciar-se um novo procedimento de controlo prévio, tendente à prática de um novo acto administrativo, expurgando-o de ilegalidade procedimentais.

Mantendo-se os parâmetros legais em vigor, e estando em causa já características da operação urbanística, outras soluções são possíveis. Caso esteja em causa, por exemplo, um acto que licenciou uma construção com uma cércea superior à permitida pelo PDM, a regularização da operação poderá implicar uma demolição parcial.

No limite, o acto nulo pode não estar ligado a características estruturais da habitação, mas sim ao sítio em que ela se encontra. Será o exemplo de uma licença que autorizou a construção de uma habitação numa área industrial que o PDM classificava como solo não urbanizável. Nestas situações, a alteração da situação de facto não será possível, restando a possibilidade de modificação do direito aplicável, mediante alteração ou revisão do plano. Mesmo assim, trata-se de uma via particularmente difícil, que leva o seu tempo e que, no caso da revisão e alteração dos planos, comporta até uma certa "entorse" a um princípio basilar de direito administrativo: a inderrogabilidade singular dos regulamentos administrativos. Com efeito, está-se a tentar a moldar um plano inteiro em virtude de uma simples licença. Por isso, entende a doutrina,[51]a utilização da alteração de planos para legalizar operações urbanísticas apenas deverá ser utilizada em situações excepcionais. Para além destes casos, a legalização através da modificação do direito aplicável estará vedada nos casos em que o plano se limite a consagrar opções fixadas previamente num diploma legal. Aí joga o princípio da hierarquia.

Traçado este quadro, a possibilidade de atribuição de efeitos por via do nº3 do artigo 134 acontecerá sobretudo naquelas situações em que devido à vinculação situacional dos solos se mostre difícil ou mesmo impossível alterar a situação de facto e ainda mais complexo modificar o direito aplicável. A juridificação permitida pelo artigo 134, nº3 também será uma alternativa face a demolições parciais, ainda que uma outra se apresente cumpridoras do princípio da proporcionalidade. Posto isto, é tempo de analisar o artigo o nº3 do artigo 134º e a sua aplicabilidade ao direito do urbanismo.

---

50. Naturalmente que a legalização é possível nos casos em que o direito aplicável seja alterado. A existência de vícios meramente procedimentais é o caso paradigmático em que sem alteração do direito aplicável a operação urbanística pode ser legalizada.

51. FERNANDA PAULA OLIVEIRA *et al*. *Regime Jurídico*, p.509.

4.1. O decurso do tempo

Para além da nulidade do acto,[52]questão que no direito do urbanismo não coloca grandes problemas, o primeiro pressuposto para a juridificação de situações de facto é a passagem de um certo decurso do tempo. Da referência ao tempo, podem imergir um conjunto de questões importantes. A primeira delas, e a mais relevante, é a seguinte: Delimita o tempo a possibilidade de atribuição de efeitos, de tal forma que se um determinado *quantum t*emporal não estiver cumprido, não será mais possível juridificar situações de facto ? Admitindo que o tempo é aqui decisivo, de que tempo estamos a falar?

Relativamente à questão de o tempo ser ou não um elemento essencial para a atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto, parece-nos, com o devido respeito por posições contrárias, que a resposta deve ser afirmativa.

Do ponto de vista jurídico, está em causa estabelecer uma derrogação aos princípios da legalidade e da prossecução do interesse público. Igualmente, não pode ignorar-se que a nulidade existe em função de ofensas a valores essenciais do ordenamento jurídico, razão aliás pela qual o legislador expressamente admite que o acto nulo é totalmente improdutivo juridicamente. Neste sentido, o legislador não exige apenas que esse afastamento seja conforme aos princípios gerais de direito; exige também que um certo lapso de tempo tenha passado. Na nossa humilde opinião, existe aqui uma tentativa de garantir uma certa exigência que compense a desconsideração da total improdutividade jurídica do acto nulo e por essa via do princípio da legalidade. Uma interpretação no sentido de abdicar do tempo para juridificar situações de facto implicaria, em nossa opinião, uma

52. Ponto que se mostra discutível é se apenas os actos nulos admitem efeitos putativos ou se os mesmos podem ser admitidos face a situações de inexistência e de mera anulabilidade. Quanto à inexistência, e não obstante o legislador por vezes ir no sentido contrário, parece que os mesmos deverão ser negados. Estão em causa na inexistência ofensas gravíssimas ao ordenamento jurídico, relacionadas com falhas estruturais do acto administrativo, não havendo espaço para os efeitos putativos; neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, p. 1029. Relativamente à anulabilidade, uma leitura literal do artigo 134, nº3 excluiria os efeitos putativos, nestes casos. Todavia, no plano mais importante em que questão se pode por, a destruição dos efeitos, não existem diferenças substanciais entre nulidade e anulabilidade. Existe sempre uma lógica de reposição da legalidade violada que contende com os efeitos já produzidos pelo acto, sejam eles jurídicos ou simplesmente fácticos. Assim, à luz da unidade do sistema jurídico, concordamos aqui inteiramente com PAULO OTERO, quando o autor estende a possibilidade efeitos putativos aos actos anuláveis, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 565 e ss. Em sentido diverso, com argumentos interessantes, JORGE SILVA MARTINS, *Os efeitos putativos,* pp. 160 e ss. Num último ponto, mostra-se também discutível se todos os actos administrativos nulos, no domínio urbanístico, podem comportar efeitos putativos. Parece-nos, neste caso, e não obstante a importância dos valores a tutelar, que a negação dos efeitos putativos só pode ser feita mediante a avaliação de todos os interesses e valores relevantes no caso concreto. Deve existir pois uma lógica ponderativa que reforce, além do mais, o ónus de argumentação por parte da Administração e dos Tribunais. Em sentido diverso, admitindo que certos actos estarão em qualquer caso excluídos da possibilidade de juridificação em abstracto, PEDRO GONÇALVES/FERNANDA PAULA OLIVEIRA, A nulidade dos actos administrativos de gestão urbanística in *Revista do Centro de Estudos de Ordenamento do Território, Urbanismo e Ambiente,* Ano III, 1999*,* pp. 17- 38.

excessiva ampliação do âmbito de aplicação da norma em causa, incompatível com os interesses e os valores protegidos pela improdutividade jurídica do acto nulo.

De outro ponto de vista, a consideração do tempo como relevante para juridificar situações de facto também parece ser a melhor opção do ponto de vista interpretativo. Vejamos o nº1 e nº2 do artigo 9º do CC:

> 1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
>
> 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal ainda que imperfeitamente expressa
>
> 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais adequadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Tendo em conta estas directrizes metodológicas que nos são dadas pela lei civil, a consideração do tempo como relevante resulta também de o intérprete não poder considerar um pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal. Neste caso, o legislador expressamente colocou como requisito o decurso do tempo, mostrando-se também difícil ilidir a presunção do nº3 do artigo 9.º Com o devida vénia, parece-nos que uma interpretação em sentido contrário realizar aqui uma extensão teleológica,[53]sendo a consideração do tempo sacrificada em função da tutela de certos valores como a proporcionalidade ou a tutela da confiança. Todavia, cremos que a extensão teleológica apenas deve ser utilizada em situações excpecionais, nomeadamente quando a não extensão do âmbito de aplicação de uma norma conduza a resultados ilógicos.[54]

Relativamente à segunda questão, reconhecemos que não é possível formular um critério rígido, que oriente a solução em todos os casos. Não parece ter sido esse o objectivo da norma, não cabendo igualmente ao intérprete tentar retirar dela um sentido que a mesma não comporta. Todavia, e como expressamente admite o nº1 do artigo 9º do Código Civil, na interpretação deve ter-se em conta a unidade do sistema jurídico.[55].Na questão que aqui estamos a analisar, tal implica averiguar se existem outras manifestações legais em que a passagem de um determinado tempo predefinido seja essencial para salvaguardar situações de

53. Sobre a extensão teleológica, KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito,* Fundação Calouste Gulbenkian, 3º Edição, 1997, pp. 535 e ss.

54. Para uma leitura ampla do artigo 134 , nº3, relativizando a exigência de decurso do tempo, JOSÉ C. VIEIRA DE ANDRADE, A nulidade administrativa*,* pp. 778 e ss Em sentido contrário, com argumentos ponderosos, JORGE SILVA MARTINS, *Os efeitos putativos,* pp. 173 e ss.

55. Sobre a unidade do sistema jurídico e o elemento sistemático, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 359 e ss.

facto. E na verdade, existe pelo menos uma situação em que isso se verifica.[56]

A situação em causa encontra-se no Decreto-Lei 413/91, relativo aos agentes putativos. Apontam os artigos 1º e 2º deste diploma, que se mantém em vigor:

> Artigo 1.º O presente diploma define o regime de regularização da situação do pessoal do quadro dos serviços de municípios que tenha sido admitido para lugares de ingresso ou de acesso ou promovido com violação de disposições legais geradora de nulidade ou inexistência jurídica.

Art. 2.º - 1 - O pessoal que tenha sido admitido para lugares de ingresso ou de acesso há mais de três anos, à data da entrada em vigor do presente diploma, e desempenhe funções em regime de tempo completo, com sujeição à disciplina, hierarquia e horário do respectivo serviço, e de forma pacífica, pública e ininterrupta, considera-se provido nos respectivos lugares, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

Este decreto-lei, apesar de formulado para os agentes putativos,[57]acaba por ser valioso na interpretação e complementação do nº3 do artigo 134º do CPA. No mesmo, o legislador fez uma ponderação legal entre os interesses em presença e decidiu que 3 anos poderiam ser suficientes para salvaguardar a situação dos funcionários públicos. Nitidamente, a situação afasta-se das questões que são colocadas no direito do urbanismo. Todavia, uma questão se impõe: Se em matéria de funcionalismo público, o legislador considera que 3 anos são suficientes, não fará sentido reconhecer que o mesmo prazo é aplicável ao direito do urbanismo, embora não de forma rígida?

A resposta é, quanto a nós, afirmativa. No direito do urbanismo, colocam-se imbricados problemas relativos a situações de confiança gerada por actos nulos.

---

56. A solução tradicionalmente admitida nesta matéria passava por uma analogia com a norma do Código Civil que prevê a usucapião ao fim de 10 anos, neste caso a alínea b) do nº1 do artigo 1298. A solução foi adoptada pela jurisprudência, baseando-se em Marcello Caetano, ainda que o insigne mestre nunca tivesse proposto que o prazo em causa fosse aplicado de forma rígida, como os tribunais acabaram por fazer; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, Almedina, Coimbra, 10º Edição, 1973, pp. 645 e ss. Com o devido respeito, parece-nos que esta analogia não pode hoje ser admitida, não só porque é duvidoso que o artigo 134, nº3,comporte uma lacuna e por essa via uma analogia mas também porque 10 anos nos parece um prazo desproporcional; neste sentido JORGE SILVA MARTINS, *Os efeitos putativos*, pp. 185 e ss. De realçar que 10 anos foi igualmente o tempo admitido pelo legislador para a caducidade da impugnação de actos urbanísticos, nos termos do artigo 69, nº4, do RJUE, provavelmente inspirado na referida na analogia com a usucapião. A norma que contém este prazo coloca um conjunto amplo de dúvidas interpretativas, relacionadas sobretudo com a questão de saber se o prazo é vinculante para o Ministério Público ou também para os particulares interessados. Para uma ampla análise desta questão, PAULO DIAS NEVES, *Ministério Público e Urbanismo, Sobre a impugnação contenciosa de actos de gestão urbanística pelo Ministério Público*, Principia, Cascais, 2013, pp. 78 e ss.

57. A consideração do Decreto-Lei 413/91 não é, quanto a nós, prejudicada pelo facto de o mesmo ser anterior ao CPA. Na verdade, a norma que regulariza a situação dos agentes putativos parece encontrar-se numa relação de especialidade face ao nº3 do artigo 134. De acordo o nº3 do artigo 7º do Código Civil, *"a lei geral não revoga lei especial, excepto se outra for a intenção inequívoca do legislador."*

Aliás, o legislador sentiu necessidade de reforçar isso mesmo ao impor um prazo de caducidade da acção de impugnação de actos urbanísticos, nos termos do nº4 do artigo 69º do RJUE. Igualmente, do ponto de vista empírico é possível observar que as situações de facto geradas por actos urbanísticos tendem a ser especialmente importantes do ponto de vista da tutela da confiança, por estar em causa a conformação do direito de propriedade e pelo facto de as licenças e comunicações prévias nulas originarem construções que acabam por entrar no comércio jurídico e ser alvo de múltiplos negócios jurídicos. Sendo assim, parece ser possível inferir que se a passagem de 3 anos é, do ponto de vista do legislador, suficiente para admitir a tutela da confiança face a actos administrativos de nomeação, muito mais assim será face a actos urbanísticos, onde a tutela da confiança assume especial preponderância.[58]

Concluímos assim, que embora exista no nº3 do artigo 134º uma margem de discricionariedade quanto à consideração do tempo relevante para atribuição de efeitos, 3 anos se mostram com um prazo tendencial para considerar a tutela jurídica de situações de facto. Todavia esse tempo não deve ser lido de forma totalmente rígida e pode ser maleabilizado no caso concreto[59].

4.2. A compatibilização com os princípios gerais de Direito

Para além da nulidade do acto e da passagem do tempo, o final do nº3 do artigo 134º fala em princípios gerais de direito[60]devendo o reconhecimento de efeitos jurídicos na nulidade fazer-se de harmonia com esses princípios.

De uma primeira leitura da norma, parece ser possível inferir que, na margem de discricionariedade atribuída, o legislador pretende garantir que nenhum dos

58. Em sentido divergente, apontando para uma série de critérios para uma solução no caso concreto, CLARA SERRA COLEHO, A preservação de efeitos na nulidade do acto administrativo de gestão urbanística nulo, *in O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*(coord. de Fernanda Paula Oliveira), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 241-294, em especial 259 e ss. Igualmente, rejeitando a fixação de um prazo, mas propondo todavia a procura de lugares paralelos específicos para a solução no caso concreto e salientando as diferentes situações em que se poderá lançar dos efeitos putativos, JORGE SILVA MARTINS, *Os efeitos putativos,* pp 188 e ss. Fixando os 3 anos como prazo para a possibilidade da tutela da confiança mas com argumentos diversos, PAULO DIAS NEVES, *Ministério Público e Urbanismo,* pp. 132 e ss.

59. Em todo o caso, parece-nos que a margem de discricionariedade tem como limite a passagem de 1 ano, uma vez que esse é o prazo de caducidade da impugnação de actos anuláveis para o Ministério Público, nos termos do nº1 do artigo 58º do CPTA. Ainda neste âmbito, o requisito temporal apontado deverá ser contado entre o momento da prática do acto e a eventual execução da sentença que declara a sua nulidade, ou em casos excepcionais, no momento do processo de impugnação em que a nulidade for declarada. A jurisprudência portuguesa tem feito uma interpretação curiosa nesta situação, considerando que a passagem do tempo deverá ser aferida entre o momento da prática do acto e a respectiva impugnação, obstando a que muitas situações em que se justificariam os efeitos putativos não mereçam tutela.

60. Sobre os princípios gerais de Direito, veja- se ARTUR KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 72 e ss Igualmente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Princípios gerais de Direito, in *Enciclopédia Polis*, Volume IV, Lisboa, 1986, pp. 1490-1492. Especificamente sobre os princípios gerais de direito e a sua importância para o Direito Administrativo, AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, pp. 291 e ss.

princípios e valores seja totalmente desconsiderado numa eventual decisão sobre a atribuição de efeitos jurídicos a um acto nulo. Acontece, porém, que subjacentes a uma norma como o nº3 do artigo 134º estão realidades que são na verdade conflituantes e em que se mostra difícil, na maior parte dos casos, descortinar com absoluta certeza qual o princípio, interesse ou valor prevalecente. Se por um lado o princípio da legalidade aponta para a reposição da legalidade violada e consequente destruição da edificação, a confiança dos particulares aponta para a manutenção da mesma. Existe aqui, em nossa opinião, uma colisão de princípios.

Ora, sabendo-se que os princípios não obedecem à lógica binária das normas, antes cada princípio ordena que algo seja realizado na maior ou menor medida possível, consoante as possibilidades fácticas e jurídicas existentes,[61]a resolução da antinomia entre princípios deve basear-se numa ponderação. Neste sentido, a ponderação afirma-se como um tipo de discurso jurídico capaz de fundamentar as circunstâncias em que um princípio tem maior peso, podendo assim prevalecer sobre outro.[62]Todavia, e para que revista verdadeiro sentido, é necessário que a ponderação se afirme como um processo racional[63]cuja estrutura se mostre controlável nas suas premissas e também nas suas consequências. Nesta lógica, começaremos por identificar as realidades conflituantes que poderão estar em causa na remissão para os princípios gerais de direito, para posteriormente valorar e pesar cada uma dessas realidades e decidir, finalmente, se poderemos ou não atribuir efeitos jurídicos a uma situação de facto criada ao abrigo de um acto nulo.

Sem prejuízo de outras classificações dogmáticas, o primeiro princípio que está em causa, e que aliás justifica em parte a existência da norma aqui em apreço, é o princípio da tutela da confiança.[64]Inspirado numa certa ideia material de direito,[65]tal princípio impõe-se hoje como conformador de toda a actuação dos poderes públicos, quer no domínio constitucional, onde se ancora no artigo 2º da CRP, quer no domínio administrativo onde se deduz da cláusula mais geral da boa fé, nos termos a alínea a) do nº2 do artigo 6º CPA.

A tutela da confiança exige, em termos gerais, previsibilidade na actuação

---

61. ROBERT ALEXY**,** *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp 86 e ss.

62. LUIS ARROYO JIMENEZ, Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo, in *Indrenet, Revista para el Analisis del Derecho*, Universidade Pompeu Fabra, 2009, nº2, pp. 1-32. O texto pode ser encontrado através do link :http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf

63. KARL LARENZ, *Metodologia*, pp. 574 e ss.

64. Sobre esta temática e distinguindo-a criteriosamente da boa fé, LUÍS CABRAL S. DE MONCADA, Boa fé e Tutela da Confiança no Direito Administrativo, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.573-613.

65. Como sintetizava brilhantemente João Baptista Machado: "Do exposto podemos também concluir que o princípio da confiança é um princípio ético jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima na conduta de outrem. Assim tem de ser pois, como vimos, poder confiar é logo condição básica de toda a convivência pacífica e de cooperação entre os homens"; JOÃO BAPTISTA MACHADO, Tutela da Confiança e *Venire Contra Factum Proprium*, in Obra Dispersa, Volume I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pp. 345-423, em especial pp. 345-352.

administrativa. Após uma primeira manifestação de uma conduta num determinado sentido, criadora da convicção na esfera jurídica do particular de que essa conduta se irá manter, a administração não deve, de forma excessiva e arbitrária, conformar a sua actuação de maneira totalmente diversa daquela que seria expectável.[66]No domínio dos actos administrativos, a consideração da congruência entre uma primeira actuação da administração e a sua actuação posterior implica por exemplo a revogabilidade limitada dos actos administrativos constitutivos de direitos. Reportando-nos agora ao nº3 do artigo 134º, a tutela da confiança surge aqui em consideração aos seguintes dados: emanado um acto urbanístico nulo, e também por referência aos poderes de autoridade que Administração exerce, um particular confia que esse acto constitui título habilitante para o exercício do poder de transformação urbanística. Nesse sentido, aquilo que com o acto era apenas um *quid* normativo vai necessariamente materializar-se no mundo dos factos. Por sua vez, uma eventual declaração da nulidade vem colidir com as expectativas legítimas que o particular adquiriu com esse acto, sobretudo se as mesmas forem mediadas por um lapso de tempo considerável.

A tutela da confiança, sendo importante, tem no entanto que ser encarada com cuidado, sob pena de se transformar numa cláusula vazia e inoperante. Neste sentido, a consideração da confiança exige que a mesma, à luz dos valores essenciais do sistema jurídico, se mostre legítima, ou de acordo com outras sensibilidades doutrinárias, razoável. É assim necessário que essa confiança se funde num comportamento do sujeito conforme às regras da boa-fé em sentido ético- subjectivo.[67] Aquele que pretende ver reconhecidos efeitos jurídicos à situação de facto deve encontrar-se numa situação de desconhecimento não culposo face à nulidade do acto em causa, tendo exercido todos os deveres de diligência que seriam necessários para se inteirar da situação que deu origem a essa mesma nulidade.[68]Como salienta PEDRO MONIZ LOPES,[69]a tutela da confiança não pode funcionar perante situações em que alguém acredite na manutenção de uma conduta futura relativamente a outra que razoavelmente não lhe deu azo.[70]Igualmente, salienta o mesmo autor, a tutela da confiança encontra-se excluída nas situações em que o particular conhece da ilegalidade na qual se baseia a sua posição jurídica, mas mesmo assim iniciou o processo causal

66. Para uma análise dos requisitos do princípio da tutela da confiança e de forma desenvolvida, PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa-fé e Decisão Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011 pp. 256 e ss

67. Com base neste entendimento decidiu o STA num acórdão de 2003 não conceder relevância aos efeitos putativos: "*Os denominados efeitos putativos, para além de deverem decorrer, em princípio, da necessidade de estabilidade das relações jurídico-sociais, dependem, em grande parte, de períodos dilatados de tempo em que tais situações se verificam, não podendo, por razões de coerência do próprio instituto, beneficiar aqueles que directa, ou mesmo dolosamente, a elas deram causa;* Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 16.01.2003, pesquisável em www.dgsi.pt.

68. Sobre a boa-fé em sentido ético subjectivo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984, pp.407 e ss

69. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa-fé*, pp. 274 e ss.

70. Ex: Um particular que confia no deferimento de uma licença de construção em pleno Parque Natural de Sintra. Naturalmente, atendendo a um padrão médio de razoabilidade, era pouco crível que o particular não soubesse que era proibido construir numa área desse tipo.

tendente a que mesma se materializasse, visando posteriormente fazer-se valer de uma hipotética situação de confiança.[71]

Para além do princípio da prossecução do interesse público no direito do urbanismo, que analisámos sumariamente quando vimos as diversas causas de nulidade dos actos urbanísticos, um segundo princípio relevante em sede de efeitos putativos é o da proporcionalidade. Directamente relacionado com a ideia de direito justo[72]tal princípio encontra hoje acolhimento quer no domínio constitucional quer no domínio administrativo, ainda que existam algumas dúvidas sobre o seu real fundamento. De acordo com a doutrina maioritária, o princípio da proporcionalidade pode desdobrar-se em três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.[73]A adequação exige em termos gerais que a adopção de determinada medida seja adequada ao fim a que se propõe atingir; no princípio da necessidade, o centro de gravidade desloca-se para a indispensabilidade ou não daquela medida no confronto com outras medidas possíveis e igualmente idóneas capazes de salvaguardar o mesmo fim. Por fim, o princípio do equilíbrio ou da proporcionalidade em sentido estrito impõe que um juízo comparativo entre os benefícios e os custos de uma medida que tenha sido considerada adequada e necessária. No caso da nulidade dos actos urbanísticos e na possibilidade de juridificação, o princípio tem essencialmente uma função permissiva e de controlo. Uma vez que a declaração de nulidade de um acto tem como consequência a destruição dos seus efeitos de facto, a proporcionalidade é convocada para controlar se essa consequência se mostra adequada, necessária e equilibrada. Sendo a conclusão negativa, a transformação de efeitos de facto em efeitos jurídicos perfilha-se como uma opção válida. Igualmente, em situações em que se mostre duvidosa a possibilidade de atribuir efeitos jurídicos, a proporcionalidade pode ser convocada para fundamentar uma opção num ou noutro sentido.

Chegados a este ponto, já estamos em condições de tentar formular um critério que se mostre passível de resolver a questão a que nos propusemos. Todavia, para melhor enquadramento, importa ter em conta algumas decisões dos tribunais portugueses relevantes para o tema em análise.

---

71. Ex: No quadro dos actos urbanísticos, o particular que, conhecedor do PDM, apresenta um requerimento à administração para a implantação de uma construção de uma área do PDM onde apenas são admitidos edifícios industriais. Se essa pretensão vier a materializar-se na emissão de uma licença e posteriormente a nulidade for declarada, o particular não se encontra naturalmente protegido.

72. Derivando este e outros princípios administrativos do princípio da justiça, DIOGO FREITAS DO AMARAL*, Curso de Direito Administrativo*, II, pp. 139 e ss.

73. Neste sentido, JOSÉ J.GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição***,** 7º edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 269 e ss. Em sentido substancialmente diverso, associando ao princípio da proibição de excesso, cinco subprincípios, JORGE REIS NOVAIS, Os *princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra,2004, pp. 159 e ss .Para uma interessante análise do princípio da proporcionalidade no Direito do Urbanismo, DULCE LOPES, Proporcionalidade: um instrumento fraco ou forte ao serviço do direito do urbanismo? ***in*** *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume IV, BFDUC, STUDIA IURIDICA, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 307-334.

Uma primeira decisão interessante podemos encontra-la num acórdão de 09.12.2009.[74]Tinha sido emitida uma licença administrativa, em 1999, que autorizava uma construção com um número de pisos superiores ao PDM. Erigidas as construções, um particular constitui um direito de real de garantia, *in casu* uma hipoteca, sobre essa construção. Todavia, como o acto era nulo, vem a ser interposto recurso contencioso para os tribunais, apenas em 2003. Tecendo longas considerações sobre os efeitos putativos, chegando a afirmar que o direito do urbanismo não impõe uma especial configuração dos mesmos, o acórdão acaba por concluir que não seria possível reconhecer efeitos putativos, porque apenas tinham passado 4 anos entre a emissão do acto e o momento em que ele era impugnado.

Num segundo acórdão,[75]estava em causa a execução de uma sentença que tinha declarado a nulidade uma licença camarária, violadora do plano. Enquanto este normativo exigia que todas as construções fossem alinhadas com a cércea dominante, a licença acabou por ser deferida em desobediência a este parâmetro. No caso, e num acórdão bem fundamentado, o juiz ponderou as alternativas à demolição, nomeadamente a legalização e considerou inclusive a possibilidade de efeitos putativos, não tendo todavia sido essa a solução no caso. Entre a nulidade do acto e o momento em que se deu a execução do julgado, tinham passado 6 anos.

Num terceiro acórdão,[76]discutia-se a execução de uma sentença que tinha declarado a nulidade de uma acto camarário que tinha permitido a construção de uma habitação em área do plano destinado à Reserva Ecológica Nacional. O particular era detentor de um prédio rústico nessa mesma reserva e a licença veio a ser diferida, em 1998. Num aresto a todos títulos modelar, e não obstante terem sido invocados os efeitos putativos e causa legítima de inexecução, o juiz ordena a execução da sentença e a demolição total do edificado. Admitiu-se in *casu* a indemnização dos particulares afectados. Num trecho decisivo do acórdão pode ler-se: *" Os interesses subjacentes à execução da sentença que declarou nula a licença de construção, por violar a área da REN, são interesses colectivos, cristalizados pela lei geral da República e importados para o PDM de Castelo de Vide, de tal forma que a inexecução da mesma contende, de alguma forma, com a efectivação do próprio Estado de Direito."*

Reconhecidamente, existem diferenças substanciais entre as situações analisadas, sendo possível a partir delas desenhar um quadro de solução face a actos administrativos de natureza urbanística.

Os dois primeiros casos parecem enquadrar-se, quanto à nulidade, nas situações assinaladas como nulidade de baixo-relevo em 3.2. Trata-se de nulidades

74. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo(STA)de 09.12.09, pesquisável em www.dgsi.pt

75. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte(TCAN) de 06.09.07, pesquisável em www.dgsi.pt

76. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul(TCAS) de 05.06.08, pesquisável em www.dgsi.pt

estabelecidas em consequência de violação de normas emanadas no exercício de uma autêntica discricionariedade de planeamento e são igualmente normas de carácter técnico, destinadas a proteger uma certa regularidade e homogeneidade das edificações. Não existe, igualmente, um interesse público preponderante que possa identificar-se a partir delas. Uma tentativa de contraposição do interesse que está por detrás dessas normas à tutela da confiança revela, em nossa opinião, que pode atribuir-se maior peso a esta última. Todavia, deverão encontrar-se cumpridos os demais requisitos, nomeadamente a existência de boa-fé por parte dos particulares e a passagem de um certo decurso do tempo que admitimos que seja de 3 anos. Por esta razão, merecem a nossa crítica os dois acórdãos assinalados, onde não se tiveram em conta o tipo de nulidades que estavam em causa nem que o tempo para poder juridificar efeitos não se deverá mostrar excessivo.

O terceiro acórdão em que focámos a nossa atenção merece uma análise diferente. Aí parece já estar em causa o segundo tipo de nulidades que elencámos em 3.2. A norma violada não era mais uma norma afecta à protecção de interesses contingentes, antes consagrava uma obrigação imposta por lei a todos os municípios, nos termos do Regime Jurídico da REN. Igualmente, na restrição operada pela área da REN, o objectivo é proteger os recursos naturais, a água e os solos. A base da confiança do particular era aqui manifesta, tendo passado cerca de 10 anos entre o momento em que acto foi emitido e o momento em que é declarada a execução da sentença. A colisão entre o interesse público e a tutela da confiança atinge aqui o seu grau máximo.

Num quadro ponderativo e tendo em conta que os valores tutelados pela norma do plano proibitivo da construção encontram inclusive amparo constitucional, cremos que será aqui possível formular uma prevalência do interesse público e da legalidade sobre a tutela da confiança. Não se nega a importância de tutelar as expectativas do particular na manutenção de uma determinada situação jurídica. Em situações como a assinalada, protegendo a norma violada interesses públicos relevantes, a tutela da confiança cede perante a consideração desse interesse, não sendo possível atribuir efeitos jurídicos a situações de facto. Igualmente, a destruição da situação de facto, à luz do princípio da proporcionalidade, mostra-se a melhor solução. Do ponto de vista da adequação, e tendo em conta os interesses tutelados, a destruição é apropriada ao fim que aqui está em causa. Na necessidade, a questão também não é duvidosa. Em casos como os assinalados, não existem outras soluções possíveis para salvaguardar o interesse público que não passem pela destruição da situação de facto. Por fim, relativamente ao princípio do equilíbrio, parece-nos que a solução também vai no sentido positivo. Face ao fim que se tem em vista atingir, o meio utilizado não se mostra excessivo, nem arbitrário, sendo aqui de notar, como já acima referimos, que o particular pode responsabilizar civilmente a administração pelos prejuízos que tenham tido com uma declaração de nulidade, nos termos do artigo 70º do RJUE. Em casos como este, em que a norma que serviu de parâmetro à nulidade seja totalmente vinculada e afecta à protecção de interesses públicos relevantes, deve existir, em nossa opinião, uma prevalência do interesse público sobre a tutela da confiança. A mesma solução se imporá quando o acto em causa viole uma norma de um

plano especial do ordenamento do território ou quando seja possível identificar um interesse público municipal de relevo.

Procurando agora concluir esta parte, somos da opinião de que o critério delimitativo da possibilidade de atribuição de efeitos, para além do tempo, deverá ser o tipo de nulidade e os interesses que a mesmo visa proteger. Contrapondo-os à tutela da confiança e pesando os dois, será possível, em tese, obter uma decisão que seja justa e que além disso se mostre cumpridora do princípio da proporcionalidade. No entanto, sabendo-se que a vida é infinitamente mais rica do que uma norma ou um critério jurídico, pode a solução falhar em certas situações, cabendo aí ao princípio da proporcionalidade uma função de controlo e correctiva face à ponderação obtida.

5. Excurso: Só Os Tribunais Podem Atribuir Efeitos Putativos?

Até agora, na análise dos efeitos putativos, partimos do pressuposto que tanto os tribunais como a administração pública tinham poder para modelar efeitos de um acto nulo, em nome dos princípios da tutela da confiança e da proporcionalidade. Nas parcas linhas que nos restam, importa agora questionar esse postulado, tentando averiguar quem tem efectivamente competência em sede de efeitos putativos.

Quanto aos tribunais, e com o devido respeito, a questão é, quanto a nós, pacífica. É certo que numa lógica formalista se poderia dizer que a actividade dos tribunais administrativos se devia reconduzir simplesmente à anulação de actos, eventualmente cumulável com outras pretensões. Tudo o que fosse num sentido diverso seria já uma questão de mérito, não sindicável jurisdicionalmente.[77]Contudo, do ponto de vista material, os tribunais administrativos não estão simplesmente vinculados à lei; estão também vinculados aos princípios jurídicos que conformam à administração pública e, ainda, à Constituição. Assim, mesmo na ausência de uma cláusula expressa, os tribunais administrativos não estão impedidos de avaliar as consequências das suas decisões e de as fixar com efeitos mais restritivos do que aqueles que resultariam do estrito cumprimento do princípio da legalidade.[78]Em nome do interesse público, da tutela da confiança e da proporcionalidade, justifica-se que assim seja.[79]Contudo, nunca pode esquecer-se que a base habilitante dessa modulação de efeitos é sempre o nº3 do artigo 134.º[80]

Demonstrada a admissibilidade de uma decisão dos tribunais poder modelar efeitos da anulação de um acto, coloca-se naturalmente a questão de saber qual o momento processual adequado para que tal aconteça. Sem prejuízo de um maior aprofundamento, que aqui seria naturalmente descabido, parece-nos que o momento processual idóneo para o reconhecimento de efeitos se reporta à

77. Argumentação formalista que peca por não se adequar inclusive à Constituição. Se o nº4 do artigo 282º da CRP permite ao Tribunal Constitucional modelar efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, parece fazer sentido que, em situações similares, os tribunais administrativos também o possam fazer.

78. JOSÉ C.VIEIRA DE ANDRADE, *A nulidade administrativa*, pp. .780-781.

79. Sobre a modulação judicial de efeitos na invalidade, PAULO OTERO, *Manual*, I, pp. 565 e ss.

80. Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública* , pp.1032.

fase de execução da sentença, elencada a partir dos artigos 173º e seguintes do CPTA. Normalmente, é nesse momento que são fixados as operações materiais e jurídicas destinadas à reposição da legalidade violada, podendo também ser apreciadas eventuais alterações de facto e direito que ocorrem entre a emissão da sentença e a sua execução.[81]De outro ponto de vista, será igualmente neste momento que se mostrará mais fácil avaliar os requisitos do nº3 do artigo 134º nomeadamente o decurso do tempo. Todavia, não excluímos que mesmo em sede de acção administrativa especial de impugnação do acto, o juiz possa atribuir efeitos jurídicos à situação de facto, desde que os requisitos que acima elencámos se encontrem cumpridos, em particular o decurso do tempo.[82]

Quanto à questão de saber se a Administração pode modelar efeitos de uma conduta sua inválida, podemos dizer que estamos numa zona de quase penumbra. Em geral, a análise desta questão basta-se com a referência ampla do nº 3 do artigo 134º que remete sem mais para o nº1 e nº2. Afirma-se igualmente que se Administração tem competência para declarar a nulidade, também, por maioria de razão, deveria ter para modelar efeitos.[83]Com o espaço reduzido que nos resta, e com a devida vénia, parece-nos possível assinalar um ponto passível de contribuir para um debate futuro sobre esta questão.

Uma eventual declaração de nulidade acompanhada de salvaguarda de efeitos mostra-se sempre uma conduta totalmente precária. Na verdade, se a juridificação da situação de facto se faz sempre mediante a prática de um novo acto administrativo, nada impede que o mesmo seja impugnado. Ora, se esse acto visava salvaguardar as situações de facto e garantir a segurança jurídica dos particulares, tratando o acto como se fosse válido, uma eventual pronúncia anulatória do acto que atribuiu efeitos implica, por via da vinculatividade das decisões dos tribunais para todas as entidades públicas e privadas, que esses efeitos sejam destruídos. Se assim é, e se o nº3 do artigo 134º existe por razões de tutela da confiança, não faria sentido, em nome desses princípios, reservar a possibilidade de atribuição de efeitos putativos aos tribunais administrativos? A segurança jurídica seria sempre muito maior através de uma sentença com força de caso julgado do que através de um acto administrativo.[84]É todavia um ponto que consideramos discutível.

---

81. Neste sentido, Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 6.09. 07, pesquisável em www.dgsi.pt, onde pode ler-se: "*Impõe-se ao julgador, no plano de execução coerciva de uma sentença, que declarou nula a licença de construção de um prédio, construído e habitado, que preste atenção aos contornos da situação de facto que foi gerada por esse acto nulo e que pondere a possibilidade executiva de extirpar a causa dessa declaração de nulidade, revertendo a situação de facto ilegal.*"No sentido do texto, CLARA SERRA COELHO, A preservação de efeitos, pp. 270 e ss.

82. No mesmo sentido, CLARA SERRA COELHO, A preservação de efeitos, p.274.

83. Fundamentalmente neste sentido, PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa-fé*, pp. 409 e ss.

84. Admitimos, com dúvidas é certo, que o lugar paralelo do nº5 do artigo 283º-A do CCP também poderia militar nesse sentido, uma vez que aí a fixação de efeitos com alcance mais restritivo apenas pode ser feita pelo tribunal judicial ou arbitral. Sobre a comparação entre a força de um acto administrativo e de uma sentença, JOSÉ C.VIEIRA DE ANDRADE, ***As** formas principais da actividade administrativa*, pp. 45 e ss. O texto encontra-se disponível online: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VAndradeII.pdf.

6. Conclusões Finais.

Ao longo das páginas precedentes, procuramos traçar o regime dos efeitos putativos na nulidade dos actos urbanísticos. Impõem-se agora algumas conclusões.

Num primeiro ponto, concluímos que os efeitos putativos face a actos urbanísticos estão limitados pelo decurso do tempo e pelo tipo de nulidades que estão em causa. O tempo tendencial para atribuir efeitos jurídicos a situações de facto deverá ser de três anos, em nossa opinião. A consideração do tipo de nulidades revelou, com base num juízo de ponderação, que certos valores e interesses tutelados por esse desvalor cediam perante a consideração da situação de confiança mantida pelo particular. Em sentido inverso, como certas nulidades se destinavam a proteger valores e interesses considerados pelo legislador como preponderantes, os mesmos teriam que prevalecer sobre a situação de confiança do particular.

Num segundo ponto, foi também possível observar que a competência para atribuir efeitos putativos deverá ser, em primeira linha, atribuída aos tribunais, em nome dos princípios da tutela da confiança e da proporcionalidade. Já a admissibilidade de administração poder modelar efeitos de uma conduta inválida é quanto a nós discutível, sobretudo em nome da ideia de segurança jurídica.

***