

O DIREITO

DIRETOR: JORGE MIRANDA

ANO
148.º
2016
II

ARTIGOS DOUTRINAIS

Mafalda Miranda Barbosa, *Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida*

Paulo Marques, *Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes*

Rui Marques, *Constituição fiscal, direitos sociais e tributação da Família*

Carlos Filipe Costa, *A execução de julgado anulatório no contencioso administrativo: algumas considerações a partir do Processo 'Shopping do Bom Sucesso'*

Rúben Ramião, *Projeções jusfundamentais do direito à alimentação*

Hugo Luz dos Santos, *O crédito para jogo nos casinos da Região*

Administrativa Especial de Macau: subsídios para a resolução da questão do "side-betting or the multiplier" e para a admissibilidade da figura doutrinal alemã do "contrato com eficácia de protecção para terceiros"

Maria Margarida Acates Candeias, *O Acordo TRIPS e o Direito à Saúde*

NOTA BREVE

Hugo Luz dos Santos, *O requisito de idoneidade dos vip-room contractors e dos seus cooperators (artigo 6.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento Administrativo n.º 6/2002): "culpa de organização"?*



ALMEDINA

*A execução de julgado anulatório no contencioso administrativo:
algumas considerações a partir do Processo 'Shopping do
Bom Sucesso'*

DR. CARLOS FILIPE COSTA

*«Mesmo na noite mais triste
em tempo de servidão
há sempre alguém que resiste
há sempre alguém que diz não.»*

(MANUEL ALEGRE, «Tova do vento que passa»)

SUMÁRIO: *Uma breve resenha histórica dos acontecimentos. As causas legítimas de inexecução. O registo das ações e a tutela de contrainteressados. A "legalização" a posteriori de construções não licenciadas.*

1995. O arquiteto José Pulido Valente, no exercício do direito de ação popular, interpõe recurso contencioso de anulação do despacho que deferiu o licenciamento de construção do centro comercial do Bom Sucesso no Tribunal Administrativo de Círculo do Porto. Principiava, desta forma, uma viagem repleta de aventuras e peripécias, uma antecipação da «Odisséia no Espaço», de Stanley Kubrick. Estaremos a hiperbolizar? Depois de uma leitura reflexiva da sinopse deste filme da vida real, estará apto a extrair uma resposta conclusiva a esta interrogação retórica. Sem mais delongas: que comece a rodar a película!

A execução de sentenças nos tribunais administrativos continua a constituir um parente pobre no tratamento doutrinário nacional. Não obstante a complexidade das questões que a mesma convoca e a relevância por ela assumida na concretização do princípio fundamental da tutela jurisdicional efetiva, a disciplina normativa das formas do processo de execução aplicáveis aos litígios que

opõem um particular exequente à Administração continua a carecer de uma construção dogmática mais intensa e em maior quantidade.

Uma vez percecionada esta realidade, e remetendo-nos à nossa humilde condição de investigador e eterno estudante, decidimos dedicar algum do nosso tempo à elaboração de um estudo monográfico que reúna alguns dos principais contributos da (ainda) exígua literatura portuguesa a respeito, aqui aliados a alguns dos principais arestos da doutrina jurisprudencial nesta matéria, tomando como ponto de partida aquele que será, porventura, o exemplo mais ilustrativo das múltiplas considerações e implicações jurídicas e metajurídicas que a execução de julgamento anulatório encerra nos tribunais administrativos, o Processo do 'Shopping Center Cidade do Porto'.

Pelas querelas que insinua no concernente à disciplina de direito administrativo substantivo, geral e especial, mas igualmente (ou até, em maior medida) pelas dificuldades processuais que sugere, o processo supramencionado deixa um vasto lastro de dúvidas para reflexão dos sacerdotes da justiça, às quais também não permanece indiferente a sociedade civil, não fosse este um caso com ampla repercussão mediática, que promove uma melindrosa ponderação de interesses públicos e privados.

Por todas as incidências que marcaram (e ainda marcam, ao fim de vinte anos!) o comumente designado 'Caso do Bom Sucesso', sobretudo para todos quantos residem no distrito do Porto, servir-nos-emos dele para iniciar, *lit et in fine*, um roteiro por alguns aspetos cirúrgicos, geradores de controvérsia, em torno de uma forma de processo que, ao contrário das demais previstas no contencioso administrativo, não assume natureza estruturalmente executiva, mas fundamentalmente declarativa.

Uma breve resenha histórica dos acontecimentos

Em 1984, o consórcio construtor liderado pela Soares da Costa, S.A. apresenta o projeto de obra de uma grande superfície comercial junto da Câmara Municipal do Porto. Não obstante um primeiro indeferimento do mesmo em 1985, e uma posterior proposta no mesmo sentido da Direção de Serviços de Urbanismo pelo facto do índice de ocupação volumétrica do empreendimento desrespeitar o Plano Geral de Urbanização, em 1989, o executivo camarário acaba por aprovar, por maioria, o projeto do Shopping Center Cidade do Porto.

O início da construção do centro comercial tem lugar em Outubro de 1992 e, desde logo, motivou um aceso braço-de-ferro entre o então presidente da autarquia local, Dr. Fernando Gomes, e os presidente e vice-presidente da

Comissão de Coordenação da Região Norte (CCRN), a qual emitiu parecer vinculativo desfavorável e determinou o embargo administrativo das obras em execução, desprovidas do competente licenciamento. Além de não ser sido consultada para o procedimento de licenciamento do centro comercial e de ter suscitado, pela primeira vez, a inobservância da vinculação situacional daquela parcela de solo, determinada pelo Regulamento do Plano Diretor Municipal do Porto, a CCRN viu-se confrontada com o desrespeito pela determinação de suspensão imediata dos trabalhos de execução da obra, a qual, na sequência de impugnação judicial, foi confirmada por decisão que julgou improcedentes os fundamentos alegados pelos requerentes. Paralelamente foi também instaurado procedimento contraordenacional por realização de obras no território confinante a sul, sem prévia autorização para o efeito¹.

E foi neste contexto de duvidosa observância dos parâmetros legais e regulamentares aplicáveis que, a 19 de Julho de 1994, sensivelmente a quatro meses da inauguração do novo espaço comercial do centro da urbe, o vereador do Urbanismo e Reabilitação Urbana, Arq.º José Gomes Fernandes, assinou o despacho da licença de construção do edifício em fase final de construção.

Se a discussão mais acalorada na imprensa, em torno da legalidade da construção, foi perdendo o vigor que se lhe conhecia até então, a verdade é que a mesma apenas tinha percorrido os seus primeiros episódios. Em 1995, José Pulido Valente, indignado com as alegadas ilegalidades que estiveram na base da edificação do Shopping do Bom Sucesso, interpôs ação de impugnação da licença de construção, advogando a verificação de vícios de violação de lei, decorrentes da inobservância dos artigos 59.º corpo e § 4, 60.º corpo, 62.º corpo e §§ e 73.º, todos do RGEU, do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 e dos artigos 2.º, n.ºs 4 e 8, e 21.º RPDMP.

Por decisão de 14 de Dezembro de 2000, no Processo 678/A/95, o Tribunal Administrativo de Círculo do Porto conferiu parcial provimento ao autor, por verificação de vícios de violação de lei, nomeadamente do artigo 59.º, corpo, do RGEU, do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 e do artigo 2.º, n.ºs 4 e 8 do RPDMP, sendo o ato de licenciamento declarado nulo e de nenhum efeito. Sentenciou o TACP: «O ato recorrido, ao permitir a construção de um edifício que apresenta um índice de ocupação volumétrica

¹ Em face da polémica instalada em torno do empreendimento urbano, as partes em conflito procuraram alcançar uma solução de consenso, mediante a constituição de um grupo de trabalho, composto por técnicos do município e da própria CCRN, tendente à elaboração de um Plano de Pormenor para a zona abrangida pelo Shopping, que alteraria o Plano Diretor Municipal, o qual, contudo, não chegou a ser aprovado. Esta solução voltou, desde finais de 2013, a ser equacionada e já está curso em relação ao Empreendimento «Dallas», também na zona da Boavista.

de 12 m³/m², como bem acentuou o senhor perito do recorrido no seu esclarecimento adicional, viola o regulamento do PDM em qualquer das suas versões [a versão mais recente, à época, datava de 1993], pelo que é nulo nos termos do artigo 52.º, n.º 2, alínea b) do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20/11. E também o viola por ter permitido a construção de um edifício de escritórios e comércio numa zona verde, à data, e atualmente numa zona cultural.»

Inconformados com a decisão tomada em 1.ª instância, o ex-vereador do Urbanismo da autarquia e a Soares da Costa, S.A. interuseram o recurso de agravo n.º 47701, em que esta última adere às alegações do arquiteto Gomes Fernandes. De acordo com a argumentação aduzida pelo edil, no regulamento do PDM do Porto inexistiria qualquer limitação das possibilidades de aproveitamento urbanístico decorrente de uma destinação da parcela de terreno à existência de uma zona verde. Sem sucesso, todavia. Por decisão de 7 de Fevereiro de 2002, o Supremo Tribunal Administrativo confirmou a sentença recorrida que determinou a nulidade do ato contenciosamente impugnado. Note-se que os magistrados do tribunal superior da jurisdição administrativa não só rejeitaram as alegações da autoridade agravante e do contrainteressado, como salientaram o facto de estes não terem questionado, nas suas conclusões, outros segmentos decisórios da sentença do TACP que davam por violados preceitos legais do RGEU e do diploma que regulava a distância mínima a salvaguardar de terrenos para a construção de edifícios escolares, aqui aplicável?

Em conclusão, e não olvidando o recurso extraordinário de revisão movido por proprietários de frações autónomas³, a douda decisão dos senhores juízes conselheiros declarou, com força de caso julgado, a nulidade do ato de licenciamento municipal do edifício do Shopping Center Cidade do Porto, por violação do artigo 59.º, corpo, do RGEU (relativo à altura do edifício), do artigo 2.º, n.ºs 4 e 8 do RPDMP (coeficiente de ocupação do solo superior ao limite permitido) e do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 (distância inferior à legalmente exigida por servidão administrativa em relação à Capela de Nossa Senhora do Bom Sucesso e escola circundante).

Uma vez proferida esta decisão favorável, e ainda no quadro da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, José Pulido Valente move processo de exe-

cução de julgado anulatório⁴⁻⁵, mediante petição inicial autuada por apenso ao processo da ação popular (*reitis* processo principal declarativo), junto do tribunal que, em primeiro grau de jurisdição, proferiu sentença⁶, e depois de assegurado

⁴ Como bem salienta PEDRO MACHETE em *Processo Executivo*, in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, ICJP, 2.ª edição revista e atualizada, p. 174, «O CPTA consagra duas formas de processo executivo em sentido próprio (à execução para prestação de facto e a execução para pagamento de quantia certa) e uma forma de processo que, embora designada «execução de sentença», na realidade é uma *ação declarativa que pode redundar em processos executivos*. Esta natureza mista jurídica uma análise autónoma da execução de sentenças proferidas em processos impugnatórios – que concretizam uma tutela objectiva e meramente cassatória, correspondente ao tradicional contencioso de anulação» [itálico nosso]. Eis uns dos principais motivos para que o tratamento dourinário desta modalidade atípica de execução seja mais rico e abundante. Uma advertência para o facto de o artigo 173.º CPTA, quer na redação em vigor, quer no projeto de revisão, não contemplar a declaração de nulidade ou inexistência de ato administrativo. Contudo constitui entendimento unânime e pacífico que deve proceder-se a uma interpretação extensiva neste sentido. Daí que, sempre que nos referirmos a «execução de julgado anulatório» deve entender-se a mesma neste sentido amplo.

⁵ Nos termos do artigo 96.º, n.º 1 LPTA, na falta de execução espontânea, o requerimento de execução podia ser apresentado pelo interessado no prazo de três meses a contar do trânsito em julgado da sentença. Com a entrada em vigor do CPTA, a petição de processo executivo instaurado já na sua vigência deve ser apresentada no prazo de 6 meses a contar do termo do prazo de 3 meses conferido à Administração para dar execução à sentença de anulação (artigos 176.º, n.º 1 e 2 CPTA e artigo 5.º da Lei n.º 15/2002, de 22.02), o que representa um encurtamento excessivo do prazo conferido para o efeito de dar início à execução do título judicial. Procurando referir esta preocupação, o PR/CPTA vem prever o prazo de 1 ano para a interposição do competente requerimento executivo.

⁶ No que concerne à determinação do tribunal competente para a execução de sentenças, a regra geral do CPC (artigo 90.º e ss. CPC 1961; artigos 85.º e ss. CPC 2013) determina que a mesma deve ter lugar no tribunal de 1.ª instância em que a causa foi julgada, ainda que a sentença exequenda que serve de título legitimador tenha sido proferida, em recurso, por tribunal superior. Todavia, como sabemos, poder-se-á não aplicar a um dado processo instaurado, no âmbito da jurisdição administrativa, a regra da competência residual dos tribunais administrativos de círculo (artigos 24.º e 25.º *a contrario*, 37.º *a contrario* e 44.º ETAF). Assim, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, alínea f) do ETAF, compete à Secção de Contencioso Administrativo do STA conhecer dos pedidos relativos à execução das suas decisões. Já quanto às decisões de primeira instância da Secção de Contencioso Administrativo dos TCA, o artigo 37.º ETAF não consagra incompressivelmente uma regra similar, razão pela qual se deve entender que, na ausência de *lex specialis*, vale a regra geral da competência residual dos TAC, tanto mais se verificarmos, tal como José CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Justiça Administrativa*, 12.ª edição, Almedina, 2012, pp. 369-370) que a Secção de Contencioso Tributário dos TAC goza de competência expressa para conhecer dos pedidos de execução das suas decisões [artigo 38.º, alínea e) ETAF]. O mesmo autor também alerta, e bem, para o facto de o artigo 161.º, n.º 4 CPTA, relativo à extensão dos efeitos de sentença anulatória e objeto de algumas considerações *infra*, poder suscitar controvérsia quanto à determinação do tribunal competente para o interessado encetar a fase judicial do instituto. Com efeito, de acordo com uma interpretação literal da disposição indicada, parece resultar que também aqui poder-

² O Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 foi revogado em 15.04.2010, por decisão do Conselho de Ministros, tendente a viabilizar a construção do Centro Materno-Infantil projetado para as traseiras da Maternidade Júlio Dinis. O projeto original para este equipamento de saúde não observava a distância mínima de 61 metros livres de construções em relação à Escola Infante D. Henrique.

³ As alegações dos proprietários de frações autónomas e as contra-alegações do arquiteto Pulido Valente serão explanadas *infra*, mas desde já se adianta que foi negado provimento ao mesmo.

o curso de 30 dias sem oferecimento de cumprimento espontâneo pela Administração e de 60 dias para alegação de causa legítima de inexecução [artigos 5.º/1, 6.º/1 e 7.º/1 e 2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06 e artigos 95.º e 96.º; n.º 1 e n.º 2, alínea b) LPTA]. A petição do autor, na sequência da indicação dos fundamentos de facto e de direito com interesse para o pedido (a analisar mais à frente), culmina com o pedido de «encerramento, despejo e demolição do Shopping», a única forma, na sua ótica, de dar execução integral à sentença.

No escrupuloso cumprimento da marcha processual constante do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06, o TACP promoveu a audição prévia da Administração sobre a petição do interessado, o qual ainda respondeu aos fundamentos de oposição à execução da entidade recorrida e dos requeridos particulares mediante réplica (artigo 8.º, n.º 1), competindo ao tribunal julgar se se verificava ou não causa legítima de inexecução, a pedido do interessado (artigo 7.º/3 e artigo 8.º/2, 3 e 4 do mesmo diploma). Neste sentido, e depois de rebater todos os fundamentos aduzidos pela Soares da Costa, S.A. (a escarpelizar em momento oportuno e aos quais o ex-vereador Gomes Fernandes aderiu), o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto⁷ declarou a inexistência de causa justificativa de inexecução de sentença. Também esta decisão meramente interlocutória foi, infrutiferamente, objeto do (extinto) recurso de agravo, seguindo a tramitação do mesmo e demais regras gerais do CPC, subindo em diferido e com efeito suspensivo.

Finalmente, em Julho de 2003, e no cumprimento do disposto no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, o juízo da execução esgrime críticas severas à conduta do município, desenvolvida à revelia das exigências constantes das normas legais urbanísticas e do principal plano municipal de ordenamento do território com eficácia plurissubjetiva, e corrobora o conjunto de atos e operações petionadas pelo autor, determinando a demolição da obra em nome da devolução aos cidadãos residentes naquela zona «[d]a qualidade de vida que brutalmente lhes foi roubada». Ainda assim, a ordem de demolição

-se-ia não aplicar a regra geral, sendo competente para julgar a extensão dos efeitos de sentença anulatória e execução a favor de interessado nas condições impostas pelos números anteriores, um tribunal de recurso de onde os sujeitos abrangidos pelo caso julgado subjetivo tenham extraído decisão favorável. Em qualquer dos casos aqui apontados, os projetos de revisão do CPTA e do ETAF mantêm intocadas as respetivas normas aludidas.

⁷ Ao abrigo do novo enquadramento da justiça administrativa e tributária decorrente do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.02, *maximé* dos artigos 39.º, 45.º e 86.º em vigor, por força da alteração introduzida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19.02, e do Decreto-Lei n.º 325/2003, de 29.12, os tribunais administrativos de círculo e os tribunais tributários que funcionem agregados assumem a designação unitária de tribunais administrativos e fiscais.

não foi observada pela Administração, crente na possibilidade de “legalização” *a posteriori* do Shopping Center Cidade do Porto.

Não obstante a licença de construção do centro comercial do Bom Sucesso ter sido banida da ordem jurídico-administrativa, desde logo, com fundamento em violação de determinações legais (e não apenas do RPDMP), e de não terem sido atribuídas as licenças de utilização das frações autónomas do edifício aos respetivos proprietários, o Vereador do Urbanismo da CM Porto decide dirigir um requerimento ao Venerando Magistrado do TAF Porto, por altura da aprovação, em reunião camarária de 22.03.2005, da proposta de versão final do novo PDM da cidade Invicta, formulando um pedido (muito) controverso: «Trata-se, verdadeiramente, de uma questão prejudicial, muito embora com natureza de procedimento administrativo que, na opinião do requerido (Vereador do Urbanismo CM Porto), deve conduzir à suspensão da instância (artigo 279.º/1 e 2 CPC) até estar definitivamente aprovado o novo PDM da cidade do Porto, determinação que se requer a V. Exa.»

Conhecidas as posições devidamente fundamentadas de autor e requerido a respeito do pedido de suspensão da instância (sobre as quais nos debruçaremos em momento posterior), a 27 de Junho de 2005, o TAFP proferiu despacho a decretar a suspensão da instância por 6 meses, com fundamento «na especial ponderação que, no caso concreto, a execução da sentença aconselhava e, por outro lado, para possibilitar às partes averiguarem a identidade dos contrainteressados», correspondentes a mais de 1 milhar de adquirentes de frações autónomas do edifício em regime de propriedade horizontal. A argumentação expandida pela Meritíssima Juíza aparentemente não se relacionava diretamente com a revisão em curso do Plano Diretor Municipal, antes justificando a sua decisão, em termos vagos, com a necessidade de proceder a uma «especial ponderação» de interesses públicos e privados envolvidos, assim como de provocar a intervenção principal dos novos adquirentes das frações, conferindo oportunidade aos atuais interessados de se pronunciarem em juízo, em defesa das suas posições jurídicas.

Por entender que, na verdade, a intenção que subjazia à suspensão da instância, por aplicação das regras de interpretação da vontade constantes dos artigos 236.º e ss. CC, relacionava-se com a oportunidade de o município “convalidar” a obra, mediante uma decisão de desaplicação do direito vigente, com consequente incumprimento do dever de julgamento e inobservância do princípio da imparcialidade, José Pulido Valente decide instaurar, sem sucesso, Processo-crime contra a Veneranda Magistrada do Tribunal Administrativo do Porto por crime de denegação de justiça e prevaricação (artigo 369.º CP)⁸.

⁸ Por Ac. do STA, de 08.10.2010, no Proc. n.º 31/07-3, foi proferido despacho de não pronúncia, «por ausência de matéria criminal», sustentando o Venerando Juiz de Instrução Criminal a ine-

Volvidos seis meses, e sem Plano Diretor Municipal ratificado por Resolução do Conselho de Ministros, a 6 de Janeiro de 2006, José Pulido Valente interpôs requerimento junto do 1.º Juízo liquidatário do TAF Porto no sentido do imediato reatamento da instância «para o efeito, designadamente, da concreta determinação dos atos jurídicos materiais necessários ao pleno e cabal cumprimento da sentença exequenda, como é imposto pelo princípio da legalidade e do Estado de Direito.» Objetivamente agastado com a duração do processo e particularmente com o polémico despacho supracitado, acrescenta que «já basta de suspensões, sejam elas de facto ou de direito. Volvidos mais de 10 anos sobre o início deste processo, é tempo de se fazer respeitar a sentença exequenda e cumprir a lei», o que consistirá, na perspectiva do autor, inelutavelmente, na execução da ordem de demolição do edifício situado perto da Rotunda da Boavista.

Com efeito, ordenado o prosseguimento da instância executiva e ouvidas as partes sobre os termos em que se deveria processar a reintegração da ordem jurídica violada, a 12 de Novembro de 2007 o TAF Porto julgou inexistirem motivos ponderosos para não proceder ao encerramento, despejo e demolição da superfície comercial, resolvendo, apesar disso, estabelecer um prazo de 42 meses para dar cumprimento aos atos e operações materiais especificados ou, no mesmo lapso temporal, proceder à “legalização” a posteriori da mesma e emitir ato válido de licenciamento, «se for entendido [...] que a construção pode ser legalizada». À semelhança de outras decisões já tomadas neste extenso processo, também esta sentença foi objeto de vários recursos interpostos pelo edil da Câmara do Porto e por vários proprietários de escritórios e lojas de frações autónomas do Shopping Center do Bom Sucesso, permanecendo suspensa *sine die* a última decisão proferida por este tribunal de 1.ª instância e cujo prazo conferido terminaria a 12 de Maio de 2011. Alguns destes recursos já foram julgados improcedentes, em definitivo, mas outros tantos, por ora, carecem de uma decisão irrecorrível, isto porque ainda estão a ser notificados terceiros adquirentes de frações autónomas, os quais têm desencadeado sucessivos recursos. Não é, de todo, indiferente a esta eternização da contenda o facto de o recurso contencioso de anulação e a ação de declaração de inexistência de causa

xistência de erro notório da apreciação da prova carreada pela acusação e evidenciando o facto de não se poder reconduzir a um comportamento contra direito, um qualquer ato que infrinja regras processuais, sendo antes exigível que estivéssemos defronte de um «*attaque à la légalité*». Não estando preenchidos os elementos do tipo, afirma que a via adequada a seguir pela acusação seria a do recurso do despacho de suspensão da instância e não a imputação de crime, para concluir que entre o autor do processo executivo e a Meritíssima Juíza do TAF Porto existe uma mera divergência de entendimento dos fundamentos da decisão.

legítima de inexecução não terem sido objeto de registro, o que terá inviabilizado a participação dos mesmos nas instâncias (declarativa e executiva). Eis mais uma questão para apreciação em momento ulterior.

Percorridos 20 anos de uma demanda sem fim à vista, é chegado o momento de descortinar um conjunto de questões mais ambíguas suscitadas, direta ou indiretamente, pelo *case-study* em apreciação, convocando, para tal, alguns contributos doutrinais e jurisprudenciais que, na nossa humilde opinião, se revelam pertinentes. Não deixaremos, igualmente, de observar os sucessivos quadros normativos aplicáveis a este litígio e de analisar criticamente o Projeto de Revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, atualmente em fase de discussão pública.

As causas legítimas de inexecução

Aquando da audição prévia promovida, em 1.ª instância, junto da entidade recorrida e dos requeridos particulares a propósito da existência ou não de causa legítima de inexecução, os fundamentos invocados por estes, em sentido positivo, organizavam-se, essencialmente, em três ordens de razões, justificando particular enfoque o primeiro argumento enunciado.

Em primeiro lugar, a entidade recorrida estimava os custos de demolição, de indemnização e de respetivo valor comercial do conjunto predial “licenciado” pelo ato declarado nulo em € 125 milhões, sustentando, assim, a «excessiva onerosidade» da operação a levar a cabo, se corroborados os termos em que o autor requereu a execução. Assinalava, ainda, a existência de «prejuízos de valor incalculável e por isso mesmo irreparáveis»: para além dos encargos associados à demolição do edifício, havia que tomar, em devida consideração, os custos inerentes à perda do direito de propriedade e/ou posse de frações autónomas e ao encerramento de todos aqueles centros de atividade⁹, em particular as indemnizações devidas aos respetivos trabalhadores, «(...) para além de que os milhares de trabalhadores que aí exercem a sua atividade profissional cairiam no desemprego». No total, e de acordo com os cálculos efetuados pela entidade demandada, os custos ascenderiam aos € 1000 milhões, o que levaria a Câmara Municipal do Porto «à rutura financeira».

⁹ Citando uma passagem dos motivos invocados no sentido da existência de causa legítima de inexecução: «o empreendimento foi inaugurado em 1994 e nele têm funcionado, ininterruptamente, as centenas de lojas comerciais e escritórios, nos quais estão instaladas empresas de representações, sociedades financeiras, médicos, advogados e economistas e, bem assim, um hotel de quatro estrelas (...) e um parque de estacionamento público.»

Já num segundo momento, a entidade administrativa vem sustentar que a putativa demolição do empreendimento teria um impacto social e urbanístico negativo para, por último, advogar a inexistência de obrigação indemnizatória de danos patrimoniais por parte do município, pelo simples facto de *não ser concebível um direito ao ressarcimento dos mesmos na esfera jurídica do requerente que instaurou uma ação popular*.¹⁰

¹⁰ Durante o recurso da decisão do Tribunal Administrativo de Círculo do Porto, suscitou-se uma longa discussão sobre a legitimidade processual ativa do arquiteto José Pulido Valente para, no exercício do direito de ação popular e tendo em vista a tutela de interesses transindividuais, impugnar o despacho que deferiu o licenciamento de construção do centro comercial do Bom Sucesso. De acordo com o entendimento sustentado pelos recorrentes, o demandante encontra-se destituído de legitimação material para, ao abrigo daquela ação qualificada, procurar salvaguardar um interesse meta-individual correspondente ao exercício do poder de licenciamento por parte da Câmara Municipal do Porto, de acordo com os ditames legais e regulamentares aplicáveis (*direito à legalidade*).

No despacho saneador proferido nos autos do recurso contencioso de anulação julgou-se improcedente a exceção de ilegitimidade ativa do arquiteto (bem como a exceção de extemporaneidade da ação, irrelevante para os efeitos do presente estudo). Desta decisão coube recurso para o STA. A Soares da Costa, S.A. arguiu que «o simples interesse pela legalidade (do impugnante) (...) não é compatível com a ação popular». Nesta sede, o STA determinou que a legitimidade processual ativa devia afêr-se a partir do artigo 822.º CA (e não a partir da Lei n.º 83/95, de 31.08, diploma posterior), não sendo também de aplicar, ao contencioso administrativo, os critérios de intervenção procedimental constantes do artigo 53.º, n.ºs 2 e 4 CPA.

A apreciação da questão ora exposta deve ter lugar no quadro de uma visão autónoma e equilibrada da tutela declarativa e da tutela executiva oferecidas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, a qual não foi adotada pelo legislador da Reforma da Justiça Administrativa 2002-2004, como resulta comprovado quer pela ausência de normas especiais reguladoras da legitimidade processual ativa em sede de processo de execução (apenas encontramos meras referências ao “interessado”, claramente carecidas de concretização), quer pela incompatibilidade do artigo 9.º, constante das “Disposições Fundamentais” da Parte Geral do CPTA, com a finalidade de concretização *de facto* dos efeitos jurídicos operados pelo julgado anulatório que é inerente à forma de processo executivo regulada nos artigos 173.º e seguintes CPTA. Talvez a solução para esta situação passasse pela incorporação da Lei da Ação Popular na lei de processo administrativo, a qual, apesar de ter sido discutida aquando da Grande Reforma de 2002-2004 e, mais recentemente, na Reforma “imposta” pela malfadada “tróica”, permanecerá, até ver, em diploma autónomo, continuando a ser confundida com uma ação especial, pela designação própria que assume (cf. artigo 18.º, n.º 2 da Lei n.º 83/95, de 31.08).

Debruçando-nos sobre o *hard case* em estudo, e considerando a dimensão preponderantemente subjetivista que preside ao modelo processual de justiça administrativa atualmente em vigor, assente na tutela jurisdicional efêvera e plena de direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos (artigo 268.º, n.º 4 CRP), mesclado com alguns laivos de objetivismo, poder-se-á discutir a presença em juízo, na qualidade de parte principal do recurso contencioso de anulação, de um autor popular como o arquiteto Pulido Valente, cujo interesse processual em agir, no entender dos demandados, «se encontra singelamente reduzido a um interesse pela legalidade», mais ainda

Por seu turno, e no exercício do direito de réplica, José Pulido Valente vem refutar que impenda sobre o município do Porto qualquer obrigação de

se questionarmos a utilidade retirada pelo impugnante na efetivação excecunda da decisão que declarou nulo o licenciamento camarário ou, em alternativa, no arbitramento de indemnização por inexecução legítima da sentença.

Or, no quadro da Lei da Ação Popular em vigor, e numa primeira aproximação, dir-se-ia que o autor em questão preencheria os pressupostos da legitimidade processual ativa, na medida em que se trata de um cidadão no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, cujo interesse na demanda se relaciona com o urbanismo e o ordenamento do território (artigo 52.º, n.º 3 CRP, artigo 2.º e 1.º/2 LAP e artigo 9.º, n.º 2 CPTA). Todavia, caminhando para o cerne da questão, e não obstante a parcial coincidência existente, importa definir claramente o que são *interesses difusos*, o primeiro e principal objeto da ação popular, para assim não incorrerem na comum sobreposição com os *interesses públicos*. Para tal, apoiámo-nos na esclarecedora passagem de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, in *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, LEX, 2003, pp. 31-32, a qual tomamos a liberdade de transcrever: os «interesses públicos, porque correspondem (em termos ideais, pelo menos) aos interesses gerais de uma coletividade, abstratem dos interesses individuais que são ou podem ser satisfeitos. Os interesses públicos afêr-em-se pelas necessidades gerais da coletividade, pelo que, ainda que seja apenas o interesse de um único indivíduo, esta satisfação corresponde a um interesse público se ela for imposta por aquelas necessidades gerais. Em contrapartida, os interesses difusos só são delimitáveis em função das necessidades concretamente satisfeitas aos membros de uma coletividade: como esses interesses se *destoam* numa dimensão individual e numa dimensão *supraindividual*, não há interesses difusos que não satisfaçam efetivamente uma necessidade de todos e de cada um dos membros da coletividade. Assim, enquanto os interesses públicos são os interesses gerais da coletividade, os interesses difusos são os interesses de todos aqueles que veem as suas necessidades concretamente satisfeitas como membros de uma coletividade.» [negrito nosso]

A partir desta passagem compreendemos a necessidade de demonstrar a projeção que a violação da legalidade urbanística e do ordenamento do território tem no ator popular e nos demais membros da comunidade local, isto num propósito de maior exigência, da parte dos tribunais, na verificação da adequação da legitimidade processual ativa dos cidadãos *uti cives*, de molde a que não se incorra na confusão acima assinalada. Pelo que se acaba de afirmar e sustentar, entendemos, portanto, no atual quadro normativo em vigor, que o arquiteto José Pulido Valente, na qualidade de ator popular, não teria legitimidade processual (nem interesse processual em agir). Para uma análise mais extensa a esta questão, o Ac. TCAS, de 23.01.2014, Proc. n.º 10452/13 CA – 2.º Juízo, Relatora: Ana Celeste Carvalho, e CARLA AMADO GOMES, *Embargos e demolições: entre a vinculação e a discricionariedade*, CJA, n.º 19, Janeiro – Fevereiro 2000, pp. 44-46.

A apoiar esta nossa posição resulta uma passagem do já citado estudo de PEDRO MACHEFE (pp. 174-175): «a anulação de actos administrativos – e o mesmo vale para a sua declaração de nulidade ou inexistência ou para a declaração de ilegalidade sem força obrigatória geral de normas cujos efeitos se produzam independentemente da prática de um acto administrativo – determina a eliminação retroactiva de uma dada regulação jurídica (ou o reconhecimento da sua ineficácia jurídica ab origine), pelo que, à primeira vista parece tratar-se de ações meramente constitutivas: a regulação que existia é eliminada e nada há a executar, uma vez que os efeitos de tal eliminação se produzem apenas no plano jurídico. Do ponto de vista da legalidade, tal seria suficiente. Porém, os interesses [subjetivos, acrescentamos nós] de quem impugna a própria reposição da legalidade exigem frequentemente que a realidade material constituída com base na dita regulação eliminada seja modificada,

indemnização, entendendo, diferentemente, que o responsável por assegurar eventual tutela ressarcitória é o construtor, titular de licença declarada nula. Realça, aliás, que o construtor não goza de qualquer direito a indemnização da edilidade, na medida em que a responsabilidade do município está limitada a «despesas ou investimentos baseados na **confiança legítima** do construtor na validade de uma licença de construção que, embora ilegalmente, lhe haja sido concedida», nos termos do artigo 70.º/1 do RJUE (antes artigo 52.º/5 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11)¹¹. Ora, se a construção se desenvolveu sem ter sido praticado o competente ato autorizativo (o qual só veio a ter lugar poucos meses antes da inauguração do centro comercial), sobrepondo-se mesmo a um embargo administrativo determinado pela CCRN, o qual nunca foi levantado ou objecto de anulação judicial, ao abrigo do artigo 48.º/2 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11¹², conclui o ator popular que não há confiança legítima a tutelar.¹³

No mesmo sentido, vem reforçar a inaplicabilidade, *in casu*, do princípio da proteção da confiança legítima, na medida em que «nunca houve decisão de licenciamento em que pudesse confiar, e à sombra da qual pudesse ter feito os investimentos e despesas com o Shopping», reconduzindo a licença con-

cedida em 1994 a uma mera tentativa de 'legalização' a posteriori de uma obra prestes a ser concluída. Acrescenta ainda que o construtor «tinha, pelo menos, a obrigação de saber que o seu projecto violava as prescrições volumétricas do RPDM».

Quanto aos terceiros adquirentes de fracções autónomas e sua inclusão no âmbito subjectivo do caso julgado, o arquitecto José Pulido Valenté assinala que as decisões contratuais anteriores ao licenciamento não merecem tutela; já relativamente àquelas que são posteriores, recorda que havia recurso contencioso em curso sobre a «coisa litigiosa». Em todo o caso, a responsabilidade cabe **inteiramente** ao construtor, pelo facto de ter «edificado (o Shopping) na **mais ostensiva** ilegalidade: sem licença e em frontal despreito do embargo decretado pela CCRN». Assim, nos litígios entre construtor e proprietários das fracções autónomas, será de aplicar o regime da venda de coisa defeituosa (artigo 905.º CC), por verificação de «gravíssimo defeito de direito» (construção sem licença ou com licença nula), estando o direito de propriedade transmitido aos adquirentes de fracções autónomas sujeito «a limitação que excede os limites normais inerentes». Ademais, nos termos do artigo 6.º/5 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06 (o mesmo se determina no artigo 175.º, n.º 3 CPTA), tratando-se de execução para pagamento de quantia certa, não é invocável causa legítima de inexecução.

Prossigue a sua resposta às objeções expandidas pelo Vereador do Urbanismo e pela Soares da Costa, S.A. sustentando que os cálculos apresentados pelo consórcio construtor são pouco fiáveis, nomeadamente porque «o parâmetro de quantificação não poderia ser o valor comercial, mas apenas o montante dos custos efectivos de construção ou de aquisição.» Com efeito, uma putativa indemnização — defende — apenas devia reflectir a confiança na legalidade (interesse contratual negativo) e já não os lucros expectáveis pela comercialização das fracções autónomas (interesse positivo).

Por último, quanto à alegação de «grave prejuízo para o interesse público», entende o arquitecto que «o órgão requerido, em rigor, não chega a arguir solidamente essa excepção, limitando-se a fazer cálculos indemnizatórios rudimentares, sem qualquer referência ao seu eventual impacto financeiro-orçamental, e a aludir, de forma imprecisa e simplista, aos incómodos resultantes da demolição da obra, certamente não maiores do que os que resultaram da sua construção. Bem ao contrário, a demolição corresponde a uma exigência irrenunciável do interesse público», em obséquio ao cumprimento da lei e das pronúncias judiciais (artigo 205.º/2 CRP) e do valor fundamental do ordenamento do território, por afronta a parâmetros urbanísticos estritamente vinculados (excluídos do domínio da denominada «discricionariedade técnica»), cuja inobservância é cominada com a sanção de perda de mandato [artigo 8.º e 9.º,

*de modo a traduzir a nova situação jurídica: além da eliminação da regulação, há também que reconstituir a situação modificada de acordo com a regulação eliminada (cf. o artigo 47.º-2, al. b), e 3, do CPTA). É preciso não esquecer que os actos administrativos, a menos que seja pedida e obtida a suspensão da sua eficácia, não deixam de produzir efeitos até que sejam anulados (e, na prática, o mesmo vale para os casos em que à sombra do acto nulo se tenham criado situações de facto).» [italico nosso] Sobre os efeitos das sentenças que julgam procedentes os pedidos anulatórios e o conceito amplo de execução adotado pelo CPTA, vide desenvolvimentos DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 29 e segs. e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 29 e segs.*

¹¹ Vide Ac. STA, de 16.05.2001, Proc. n.º 046227, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira, sobre o «dano da confiança» indemnizável pelo interesse contratual negativo, assimilável aos casos de responsabilidade pré-contratual («culpa in contrahendo»).

¹² E artigo 108.º-A RJUE. Também decorre do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20.11, que a decisão de ordenar o embargo ou não de obra é tomada ao abrigo de um poder vinculado, isto é, trata-se de um poder-dever cujo exercício é determinado necessariamente pela verificação de que se está a proceder a uma construção sem a autorização exigida [artigo 102.º, n.º 1, alínea a) RJUE]. No desenvolvimento desta atividade predominantemente vinculada, a par do procedimento sancionatório, o Presidente da Câmara Municipal está adstrito a determinar a suspensão imediata da execução da obra, mediante aplicação desta medida provisória e cautelar, em benefício do interesse público (respeito pela legalidade), do interesse do dono da obra (risco de realização de obras com custos irrecuperáveis) e do interesse de terceiros de boa-fé que celebrem contratos-promessa de compra e venda das fracções autónomas do empreendimento.

¹³ Vide Ac. STA, de 21.03.2001, Proc. n.º 045923, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira, ponto V do sumário.

c) da Lei 27/96, de 01.08]. Se não se perfilhar este entendimento, estar-se-á, de acordo com a visão dos factos, a ser cúmplice com a «legitimação da estratégia do facto consumado, um convite à edificação ilegal pelos promotores imobiliários, e com um efeito ironicamente perverso: quanto maior fosse a dimensão e a envergadura da ilegalidade consumada, menor a possibilidade de remoção, porque maiores os custos associados», assim retratando a conduta alegadamente contraditória adotada pela Câmara Municipal do Porto.

Salvaguardada a exigência de contraditoriedade em momento prévio à decisão de inexistência de causa legítima de inexecução, analisemos criticamente os alicerces em que se estruturou o julgamento em sentido negativo do TAF Porto.

Primo, a douta decisão reconhece que não pode ser arbitrada qualquer indemnização ao autor, por se tratar de uma atuação em juízo então ao abrigo do artigo 822.º CA (“direito geral de defender os interesses públicos e do público”). Sem embargo, e ao arrepio do entendimento sufragado pela entidade recorrida e pela empresa do setor da construção e obras públicas, tal facto determina que «a execução das decisões se justifique com maior acuidade, como forma das decisões judiciais serem efetivamente cumpridas e ainda pelo facto de só com a sua execução, o interesse público comunitário ser efetivamente defendido e protegido». Ironicamente até, a decisão recorda que a edificação ilegalmente construída «não implica um lesado concreto, mas “apenas” todos os cidadãos da cidade do Porto». Neste sentido, concretiza, «a inexistência de um interessado concreto e individualizado não é motivo de existência de causa justificativa de inexecução, mas, ao contrário, é um motivo ponderoso para que a decisão proferida nos autos principais seja cumprida e executada tal como se impõe, quer legal, quer moralmente, quer ainda por exigências diretas e imediatas do princípio da justiça.»

Secundo, mantendo-se fiel a este registo implacável, e procurando desmontar os outros dois fundamentos enunciados por demandado e contrainteresado em sede declarativa, frisa, de modo arrebatador, que «a demolição do conjunto predial apenas pode causar impactos negativos resultantes da acomodação das pessoas aos impactos muito negativos do ato declarado nulo.» *Tertio*, no que concerne à inviabilidade económico-financeira para dar cumprimento ao julgado anulatório, nos exatos termos requeridos pelo autor – principal argumento invocado no quadro da ponderação do maior ou menor sacrifício do interesse público – declara que «também aqui se deve entender que, independentemente do valor económico que a execução da decisão possa vir a originar por força da indemnização dos danos patrimoniais sofridos por terceiros, desde que tal valor seja facilmente quantificável – o que é o caso – não se deve deixar de se executar a decisão.»

Como sabemos, no âmbito da execução de sentenças anulatórias de atos administrativos, a Administração deve proceder à *reconstituição da situação atual hipotética*, isto é, encontra-se adstrita à obrigação de repor a situação que existiria se o ato ilegal não tivesse sido praticado, bem como cumprir os deveres que não observou com fundamento no ato anulado, em prol da reintegração da ordem jurídica violada e da colocação do exequente na posição que lhe é devida, algo que passa pela prática dos atos jurídicos e pelas operações materiais necessárias à referida reconstituição e pela eliminação da ordem jurídica de todos os efeitos positivos ou negativos que a contrariam (artigo 173.º CPTA)¹⁴.

Contudo, porque a realidade fáctica está em constante dinamismo, poder-se-ão verificar certas circunstâncias que inviabilizam a execução do julgado (reconstituição *in natura*), tornando lícita, para todos os efeitos, a inexecução das decisões dos tribunais administrativos, mas salvaguardando-se, obviamente, o direito do exequente a uma indemnização compensatória, como aliás sucede com a generalidade das pretensões ao restabelecimento de posições jurídicas substantivas violadas.

Comunmente, a doutrina tende a identificar duas causas legítimas de inexecução, orientando-se pela redação do artigo 163.º, n.º 1 CPTA. Porém, em bom rigor, devemos reconhecer a existência de uma terceira situação que funda uma recusa legítima da Administração em reintegrar a ordem jurídica violada, a qual poder-se-á designar como *inoponibilidade subjetiva da nulidade de atos consequentes*¹⁵. Esta última causa radica na necessidade de tutela de eventuais contrainteresados, dignos dessa proteção jurídica, a qual pode justificar, no limite, que não se opere a reconstituição integral da situação que atualmente existiria se não tivesse sido praticado o ato ilegal. Porque esta causa convoca a aplicação do artigo 173.º, n.ºs 3 e 4 CPTA, devidamente articulado com o artigo 133.º, n.º 2, alínea f) CPA, os quais merecem o tratamento devido mais à frente, escusámo-nos, neste momento, de proferir qualquer consideração a seu respeito, dedicando a nossa atenção às duas situações tradicionalmente apontadas como causas justificativas da inexecução de sentença.

¹⁴ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 45. Vide também os acórdãos do STA, de 13.03.2003, Processo 044140A, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Pais Borges, e de 03.03.2005, Proc. 041794A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Cândido de Pinho, os quais contêm vastas referências jurisprudenciais igualmente relevantes.

¹⁵ Uma expressão feliz utilizada por MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Tomo III – Atividade administrativa*, Dom Quixote, 2009, p. 476. Neste sentido, o Ac. STA, de 13.07.1995, Proc. n.º 31129, Pleno da 1.ª Secção, Relator: José Acácio Dimas de Lacerda.

No que concerne ao conceito de *impossibilidade absoluta*, o mesmo reporta-se a um impedimento inelutável, jurídico ou material, da Administração praticar os atos ou as operações especificadas pelo julgador, ainda que reportado apenas a parte da sentença, não sendo bastante a mera dificuldade ou a eventual onerosidade da sua execução. Deve ainda acrescentar-se ao caráter absoluto do impedimento, a *definitividade* do mesmo, sob pena de se poder e dever assegurar a execução de sentença mediante a fixação de um prazo mais dilatado para o efeito.¹⁶

Já no que respeita ao *grave prejuízo para o interesse público*, trata-se de um expediente criado pelo legislador para contemplar situações *excecionais*¹⁷, devidamente sujeitas a um teste prévio de proporcionalidade, que justificam «um sacrifício especial ao titular do direito à execução, em ordem a salvaguardar interesses públicos ou interesses de eventuais terceiros de boa-fé, devendo tal sacrifício ser compensado pelo pagamento de uma quantia em dinheiro.»^{18,19}

Se a causa justificativa de *impedimento absoluto (e definitivo)*, porque imposta pela força dos factos (*ad impossibilia nemo tenetur*)²⁰ não nos merece quaisquer reparos (desde que salvaguardada a situação de facto consumado provocado dolosamente pela Administração, a excluir, evidentemente, desta cláusula), já o *grave prejuízo para o interesse público*, alegado no caso em apreciação, sugere-nos sérias preocupações, desde logo porque o legislador vem permitir, nos termos do artigo 175.º, n.º 2 CPTA, que essa causa legítima de inexecução se reporte a circunstâncias anteriores (e não apenas supervenientes, como se

¹⁶ Por exemplo: impossibilidade de prática de ato de adjudicação e celebração de contrato de contrato de prestação de serviços com certo concorrente quando o mesmo já foi executado por outro operador (graduado indevidamente em 1.º lugar) aquando da verificação da ilegalidade do ato de adjudicação; impossibilidade de prática de ato de nomeação em favor de candidato entretanto aposentado que concorreu a procedimento de provimento de pessoal; impossibilidade de deferimento do requerimento para atribuição de bolsa de estudo já decorrido o ano letivo correspondente. Na jurisprudência, *vide* Ac. TCAN, de 26.09.2013, Proc. 00057-A/2002 Coimbra, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: José Augusto Araújo Veloso; Ac. STA, de 12.04.2007, Proc. 0291/06, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José; Acórdão STA, de 03.03.2005, Proc. 041794A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Cândido de Pinho.

¹⁷ Neste sentido, a redação introduzida pelo Projeto de Revisão do CPTA ao artigo 163.º, agora em harmonia com o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma, a qual se aplaude: PEDRO MACHETE, *op. cit.*, p. 177.

¹⁸ Por exemplo: a construção de uma obra pública adjudicada a um operador concorrente ao curso de empreitada que já se encontra concluída aquando da anulação do procedimento, não havendo lugar à demolição da obra e nova construção.

²⁰ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Processo executivo: algumas questões*, BFDUC, *Studia Iuridica*, 86, Colloquia – 15 – A Reforma da Justiça Administrativa, Coimbra Editora, 2006, p. 252.

exige para os processos típicos de execução, ao abrigo do artigo 163.º CPTA) à decisão anulatória.

Sobre esta realidade, PEDRO MACHETE relembra que «antes da anulação judicial do ato administrativo, e sem prejuízo da possibilidade de revogação, a Administração está obrigada a agir em consonância com os efeitos jurídicos do mesmo ato»²¹, o qual goza de uma presunção de legalidade. Se o que se acaba de transcrever merece a nossa concordância, já não podemos adotar semelhante posição à afirmação que sucede imediatamente o raciocínio expandido pelo atual juiz do Tribunal Constitucional, em obséquio a um princípio de cooperação e boa-fé processual (artigo 8.º, n.ºs 3 e 4 CPTA): «(...) não tendo [a Administração] o ónus de considerar as modificações da situação de facto que eventualmente tornem impossível a reconstrução da situação ex ante ou, por maioria de razão, da situação hipotética atual.»

E isto porque, por força do artigo 45.º CPTA, aplicável *ex vi* do artigo 49.º CPTA à ação administrativa especial, se pode proceder a uma «antecipação, para o processo declarativo, de obstáculos à execução de julgado que estão também previstos para os processos executivos, nos arts. 163.º e 175.º do CPTA», a qual é justificada «(...) por evidentes razões de economia processual: se, logo no processo declarativo, se antevê que, por impossibilidade ou excepcional onerosidade para o interesse público, não irá ser dada execução, através de restauração natural, a uma decisão favorável ao autor, justifica-se que se passe diretamente à condenação em indemnização, como é corolário da existência de causa legítima de inexecução (arts. 166.º e 178.º do CPTA).»²² Acresce que, a esta solução, não obsta a eventual insuficiência da matéria de facto fixada para o julgamento da causa, na medida em que o artigo 86.º CPTA permite a dedução de factos supervenientes, em novo articulado, até à fase das alegações, e o artigo 729.º, n.º 3 CPC 1961 (artigo 682.º, n.º 3 CPC 2013) possibilita a ampliação da matéria de facto em sede de recurso de revista para o STA, ambos corolários do princípio dispositivo (artigo 264.º CPC 1961 e artigo 5.º CPC 2013).

Uma outra preocupação que nos assalta a respeito do conceito de *grave prejuízo para o interesse público* prende-se com o risco de subversão desta figura, potenciado pela sua relativa indeterminabilidade. Se o interesse público já é, enquanto tal, um conceito relativo, espácio-temporalmente variável, então o recurso à fórmula *grave prejuízo* revela-se, de todo em todo, incapaz de assegurar um padrão mínimo de segurança jurídica, fazendo recair o odioso sobre o julgador e intensificando um contencioso administrativo de origem jurisperu-

²¹ PEDRO MACHETE, *op. cit.*, p. 177.

²² Ac. STA, de 25.03.2010, Proc. n.º 0913/08, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Jorge de Sousa.

dencial. Como resulta particularmente bem ilustrado no caso em estudo, esta válvula de salvaguarda do sistema jurídico pode constituir o fião perfeito para obstar à concretização, no plano fático, do direito imperativamente declarado pela decisão exequenda, mediante o recurso a uma argumentação “criativa” que confunde a salvaguarda de bens ou valores jurídico-públicos com interesses privados ou, pelo menos, com interesses que não superam o interesse do autor, o interesse da reposição da legalidade violada e o *próprio interesse público na realização da justiça*.²³

Porque se trata de situações de exceção, as mesmas devem ser rigorosamente delimitadas, sob pena de o princípio constitucional consagrado no artigo 205.º, n.º 2 CRP se transformar em mera proclamação teórica, sem real valia. Expressando superiormente esta exigência, o n.º 3 do artigo 105.º da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de Julho) estabelece como causas legítimas de inexecução o *fundado perigo* («*peligro cierto*») de *perturbación de libre ejercicio de los derechos e libertades de los ciudadanos*, o *recurso fundado de guerra* e a *violación de la integridad del territorio nacional*, os quais podem motivar, numa expressão bastante elucida da excepcionalidade deste expediente, a «*expropiación de los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos*» reconhecidos diante da Administração.»

Uma última nota para a interpretação a fazer da disposição constante do artigo 177.º, n.º 3 CPTA. Nos termos da referida norma, se o autor reconhecer a existência de *grave prejuízo para o interesse público* invocado pela entidade requerida ou pelos contrainteressados, o autor pode pedir ao tribunal a fixação da indemnização pela inexecução lícita da sentença (seguindo os trâmites do artigo 166.º CPTA)^{24,25}, com dispensa da verificação dos pressupostos da ilicitude e

da culpa e em obséquio ao princípio da justa repartição dos encargos públicos. Mas antes deve colocar-se uma questão prévia: deve o órgão jurisdicional examinar a real existência de causa legítima de inexecução, de acordo com o labor jurisprudencial de densificação dos critérios de verificação? Como sabemos, no processo de execução de julgado anulatório, está em causa a reposição da legalidade violada. Todavia, o legislador admite que o particular possa acordar com a Administração a não execução da decisão, até por razões estratégicas, prevalecendo também aqui a dimensão eminentemente subjetivista do contencioso administrativo pós-Reforma do dealbar do século XXI. Parece resultar, então, do comando normativo do artigo 177.º, n.º 3 CPTA que o legislador entende que não caberá ao juiz proceder a tal comprovação, se o particular concordar com a oposição da entidade requerida ou dos contrainteressados, fundada em causa legítima de inexecução.

integrando, portanto, o risco normal de um procedimento concursal. Quanto à sua quantificação, servem de referencial, para o efeito do cálculo do *quantum* indemnizatório, os artigos 79.º, alíneas *c*) e *d*) e 105.º/3 do CCP, aplicáveis diretamente em face da ocorrência de circunstâncias imprevistas ou supervenientes que determinam a decisão de não adjudicação e da não celebração de contrato em prazo devido (em alternativa a uma ação judicial), respetivamente. Ter-se-á por limite mínimo o montante gasto com as despesas relativas à elaboração da proposta. Num outro caso prático, ocorrida a aposentação de particular concorrente antes da prolação de sentença que anula decisão de provimento em concurso, porque a execução implica *ejercicio efectivo* de funções, este sujeito nunca podia ser nomeado, porém não deixa de ter direito a uma indemnização. Neste caso, quando não seja possível apurar se este particular seria o vencedor, a indemnização corresponderá aos vencimentos que auferiria se tivesse sido nomeado, mitigada pela probabilidade de nomeação face ao universo de candidatos; já se fosse possível determinar o candidato graduado em 1.º lugar, a indemnização resultará das diferenças salariais entre os vencimentos que auferiria e a aposentação de que é beneficiário.

Uma outra curiosa querela doutrinária e jurisprudencial que se coloca a respeito da reposição da ordem jurídica violada prende-se com o direito aos vencimentos e demais remunerações que o particular exequente deixou de receber em virtude da aplicação de uma sanção de inatividade por determinado período de tempo e coloca-se nos seguintes termos: o ressarcimento destes prejuízos resultantes de ato anulado ou declarado nulo só poderá operar através de ação autónoma de responsabilidade civil ou a eliminação dos efeitos negativos do não pagamento de tais rendimentos pode ficar assegurada, nestes casos, pelo pagamento dos vencimentos relativos ao período de afastamento do funcionário do serviço? Em confronto estão a *teoría da indemnización* e a *teoría do vencimiento*: a primeira, tese dominante, sustenta a necessidade de dedução do meio processual próprio para obter uma indemnização pelos prejuízos concretamente sofridos em consequência da ilegalidade do ato exatamente pela ausência de *ejercicio efectivo* de funções nesse lapso temporal; já a segunda, tese minoritária, assegura o ressarcimento de todas as quantias pecuniárias que o autor auferiria caso se houvesse mantido ao serviço e merecia acolhimento no artigo 538.º, n.º 4 do CA para os funcionários da Administración Local. Ora, se é certo que os rendimentos do trabalho em jogo constituem a direta contrapartida do efetivo exercício do cargo para o qual o funcionário foi investido e à qual a Administración Pública está legalmente obrigada, não menos

²³ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 253.

²⁴ Nos termos do artigo 166.º CPTA, a indemnização a arbitrar poderá provir de uma tentativa de acordo bem-sucedida entre exequente e Administração, num prazo de 20 dias, suscetível de prorrogação ou, na ausência de acordo, resultará de fixação judicial, uma vez realizadas as diligências instrutórias necessárias. Tem sido entendimento propugnado pela doutrina e jurisprudência maioritárias que esta tutela ressarcitória em sede executiva visa compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais, dignos de tutela do direito, decorrentes da inexecução, mas já não aqueles que emergem da anulação do ato, os quais deverão ser peticionados em ação autónoma. Assim, numa hipótese prática mais rebuscada, admitindo que se verifica a anulação de concurso submetido a procedimento pré-contratual, mas se revela, de todo em todo, impossível proceder à sua repetição, tende a admitir-se até, nos dias de hoje, o arbitramento de indemnização pela frustração de expectativas resultantes da elaboração da proposta (dano da perda de oportunidade ou *perda de chance*), já não as despesas inerentes à sua preparação propriamente dita, passíveis de reparação em ação autónoma. Anteriormente negava-se o direito à indemnização por implicar juízo de prognose pós-uma sobre o resultado final do concurso (nomeadamente saber se o particular exequente ganharia), além de se considerar que as despesas assumidas com a elaboração da proposta teriam ganhar de ser suportadas pelo concorrente, independentemente do resultado.

Pelas considerações anteriormente expostas a respeito da exceção do *grave prejuízo para o interesse público*, vemos com sérias reticências esta interpretação da solução consagrada, a qual vem permitir que particular e Administração possam transgir sem sujeição a qualquer escrutínio do tribunal o que, *in extremis*, poderá levar a que se alcance um acordo sem que a causa realmente exista.

O registo das ações e a tutela de contrainteressados

Uma das grandes questões que o aresto jurisprudencial suscita prende-se com a tutela da posição dos 1017 proprietários das frações autónomas do prédio constituído em regime de propriedade horizontal. A construtora Soares da Costa, S.A. alegou, em sede de recurso da decisão de fixação dos atos e operações para cabal execução de sentença, proferida em 2007, que já não é proprietária das frações, daí a necessidade de assegurar a presença na instância dos atuais proprietários, a fim de se assegurar o respeito pelo princípio do contraditório. Corroborando tal posição, alguns destes interessados, no âmbito do recurso da decisão de inexistência de causa legítima de inexecução, também sustentaram a exigibilidade do registo do recurso contencioso de anulação e da ação para declaração de inexistência de causa justificativa, por força dos artigos 3.º, n.º 1, alínea *d*) e 2.º, n.º 1, alínea *d*) do Código do Registo Predial e em nome da «segurança e certeza do comércio jurídico, de modo a que não se constituam direitos sobre um imóvel que, em caso de procedência da ação, poderiam vir a soçobrar.»

As duas preocupações suscitadas encontram-se indiscutivelmente relacionadas. Apesar disso, por facilidade expositiva e de tratamento dogmático, procederemos, em primeiro lugar, a um conjunto de considerações a respeito da questão do registo e, em momento posterior, trataremos de outros aspetos que giram em torno da tutela dos contrainteressados.

Assim, a propósito do registo das ações, alguns interessados afetados pela declaração de nulidade do ato de licenciamento advogam que a ação de impug-

nação movida pelo ator popular «tem como consequência direta e indireta» a extinção do direito de propriedade dos adquirentes de frações autónomas do edifício. E fazem-no recuperando o ensinamento do emérito civilista João de Matos Antunes Varela: o registo de ações «destina-se a dar conhecimento a terceiros que determinada coisa está a ser objeto de litígio e a adverti-los de que devem abster-se de adquirir sobre ela, **direitos incompatíveis com o invocado pelo autor**, sob pena de terem de suportar os efeitos da decisão que a tal respeito venha a ser proferida, mesmo que não intervenham no processo.»²⁶ [negrito nosso]

Expostas, sumariamente, as objeções apresentadas pelos atuais proprietários das frações autónomas do edifício, importa agora auscultar a posição de José Pulido Valente a respeito da questão da exigibilidade do registo das ações, a qual, desde já adiantamos, merece a nossa subscrição por completo.

Assim, no entendimento do autor, a norma do artigo 3.º, n.º 1, alínea *d*) do GRPredial não é aplicável *in casu*, na medida em que a declaração de nulidade da licença de construção não tem natureza real e, por conseguinte, não é um facto produtor de consequências jurídicas que afetem o estatuto do *domínium*. Tal conclusão resulta do exercício de delimitação do objeto do processo, o qual contende com o *ius aedificandi* e não com o direito de propriedade. E, como sabemos, o poder ou faculdade de construir não deve ser encarada como uma faculdade ínsita no direito real maior, sendo de rejeitar a visão jusprivatista que sufraga tal compreensão de enquadramento dessa posição jurídica subjetiva nos direitos de uso e transformação do imóvel (cf. artigos 1305.º e 1344.º CC), ou, se preferirmos, no *conteúdo natural* do direito de propriedade. De modo diferente, e de acordo com uma visão juspublicista, o direito de construir resulta essencialmente conformado pelas determinações dos planos urbanísticos, *maxime* pelo Plano Diretor Municipal, ficando o seu exercício dependente de uma autorização permissiva (e não constitutiva) da Administração Pública²⁷.

²⁶ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, p. 484.

²⁷ *Idem*, neste sentido, na doutrina, LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico – Um Outro Paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, Almedina, 2002, pp. 161-163; na jurisprudência, o Acórdão STA, de 03.12.2002, Proc. 047859, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: António Madureira. Sobre esta tese, em sentido discordante para o caso português, FER-NANDA PAULA OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Teses, Almedina, 2011, págs. 411-412; *O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo plano?*, CJA, n.º 43, págs. 49 e ss: «(...) em face dos dados normativos vigentes e da realidade fática com relevo neste matéria, muito dificilmente se poderá afirmar, em especial tendo presente o carácter essencialmente estratégico dos planos diretores municipais, que são estes o “ato” pelo qual aquele direito é conferido. (...) Esta solução – do não reconhecimento às disposições de determinado tipo de planos municipais de uma capacidade definidora

verdade é que a teoria do vencimento também aqui apela – e bem – à reconstrução da situação atual hipotética que, em condições de normalidade, se verificaria não fosse a prática de um ato ilegal imputável à entidade administrativa, a qual deve ter lugar no âmbito do processo de execução do julgado anulatório. *Idem*, sobre este debate na literatura e na jurisprudência, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2.ª edição, pp. 71 e ss., e JOSÉ MANUEL SANTOS BOTELHO, *Contencioso Administrativo*, Almedina, 3.ª edição, 2000, pp. 728 e ss., assim como o Ac. TCAS, de 15.10.2009, Proc. 03571/08, CA – 2.º Juízo, Relator: Coelho da Cunha.

Refere ainda o facto de, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea d) CRPredial, o alvará de loteamento estar sujeito a registo, o que não sucede com o alvará da licença de construção.

Não deixamos, ainda assim, de assinalar a insuficiência do Código do Registo Predial que não inclui, no rol de factos sujeitos a registo, uma eventual ação (como as anteriormente indicadas) que possa conter com atos consequentes de que são beneficiários os contrainteresados. Como tal, pelas implicações práticas aqui retratadas e de modo a evitar alegações de desconhecimento da interposição de tais ações, advogamos de *iure condendo*, que o registo dessas ações deva ser obrigatório em prol da tutela da posição dos terceiros adquirentes e da publicidade e segurança no comércio jurídico imobiliário.

Estamos certos, inclusive, que o registo necessário das ações se revela mais eficaz em casos como aquele que aqui se analisa, do que a instauração de providência cautelar de suspensão de eficácia de ato, devidamente associado a uma alteração legislativa, que estabelecesse a cumulação obrigatória do pedido de impugnação de ato administrativo com o pedido de condenação da Administração à adoção dos atos e operações necessários para reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado e dar cumprimento aos deveres que ela não tenha cumprido com funda-

e atributivo do direito de edificar — é a única adequada, por um lado, ao tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal — um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definir, apenas a admitir. — e, por outro lado, ao conteúdo típico de determinados tipos de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura. Defender, por isso, que tais planos conferem o direito de construir e que há direito a indemnização nas situações em que, numa sua modificação, se diminui ou subtrai uma modalidade de utilização admitida por eles, (...) não parece o mais adequado a esta realidade. (...) Assim, embora alguma doutrina afirme serem os planos os instrumentos jurídico-públicos que conferem o *jus aedificandi*, a verdade é que reconhecem, em regra, ser necessário, para que tal suceda, que o plano em causa corresponda a um instrumento que delimite, com rigor, os tipos, as intensidades e parâmetros de ocupação dos solos, isto é, que seja um plano de pormenor. (...) (n)os solos inseridos numa zona urbana que, para além do mais, se encontrem servidos por todas as infraestruturas necessárias à edificação (viárias, de saneamento, de fornecimento de água, de electricidade, etc.), neste caso entendemos que a vocação edificativa se encontra implícita no direito de propriedade, havendo lugar a indemnização sempre que um plano venha a impedi-la, por exemplo, destinando aqueles solos (dotados de vocação edificatória) para espaços verdes privados. Com efeito, nestas circunstâncias, aos referidos solos deve ser reconhecido um *status* de edificáveis, independentemente das disposições dos instrumentos urbanísticos (...).» [sublinhado nosso]

mento no ato impugnado [cf. artigo 47.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b) CPTA]²⁸⁻²⁹⁻³⁰. O acolhimento desta solução não só se revela mais conveniente do ponto de vista da eficiência, da economia processual, da celeridade e da concentração de esforços na resolução global do litígio, como teria um efeito devastador sobre o particular responsável pela edificação do empreendimento, exposto à assunção dos custos pela inobservância dos parâmetros legais e regulamentares aplicáveis, os quais não foi naturalmente “obrigado” a violar para construir, e à responsabilidade pelo locupletamento ilícito à custa do interesse público da legalidade urbanística e do ordenamento do território.

Analisada a querela em torno do registo das ações, centremos agora as nossas atenções na tutela da posição dos terceiros adquirentes, não sem antes ressaltar que, na sequência de pedido formulado pelo Ministério Público, foi proferido despacho pelo senhor juiz de Direito que determinou a junção aos autos, em

²⁸ Neste sentido, a favor da *Stufenklage* gizada nestes moldes, RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Execução de sentenças administrativas*, CJA, n.º 34, Julho/Agosto 2002, p. 62, em jeito de sugestão aquando da discussão pública da Reforma de 2002-2004: «A possibilidade de cumular a pretensão da anulação com a pretensão de condenação (...) conduz à possibilidade de dispensar a regulação em tipo autónomo da execução de sentença de anulação. Bastaria tornar a cumulação obrigatória. Evitar-se-ia também a acentuação do pendor objetivante deste processo de execução (...) [itálico nosso]

²⁹ Acerca desta possibilidade, MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO DE MATOS, em *Direito Administrativo Geral — Tomo III — Atividade administrativa*, Dom Quixote, 2009, p. 475, assinalam a vantagem de «antecipação do accertamento jurisdicional dos deveres que assistirão à administração em sede de execução de sentença para o processo de execução, permitindo poupar tempo ao interessado, que não terá que aguardar pelo trânsito em julgado da sentença para fazer valer a sua pretensão, bem como evitar discussões posteriores sobre tal questão», não deixando, contudo, de recordar que se trata, no atual regime, «de uma faculdade e não de uma obrigação, ou sequer de um ónus do impugnante: a não formulação do pedido de condenação à reconstrução da situação atual hipotética em cumulação com a impugnação do ato imperativo ilegal não preclude a possibilidade de a primeira pretensão ser acionada no âmbito do processo executivo (artigo 47.º, n.º 3 CPTA). Sem embargo, também se alude às normas constantes dos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 95.º CPTA, destinadas a regular especialmente os poderes dos tribunais administrativos nos processos em que se proceda à referida cumulação de pedidos.

³⁰ Merece a nossa inteira adesão a eliminação do atual artigo 41.º, n.º 3 CPTA promovida pelo Projeto de Revisão, o qual estabelece, aparentemente, uma presunção *iuris et de iure* de acordo com a qual o autor de um pedido de impugnação de ato lesivo pretende exercer o direito à reparação de danos, beneficiando, por esta via, da interrupção do prazo prescricional para exercer o direito à indemnização. Perfilhando a visão de ESTÊVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, em *Impugnação contentiosa de atos administrativos no CPTA*, 2.ª edição revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 19-74, tal norma consta da lei de processo administrativo ao arripio das inovações trazidas pela Reforma, mormente o princípio da livre cumulação de pedidos, e desconsidera a distinção funcional entre a impugnação de ato administrativo e a ação de indemnização pelos danos que este gerou, salvo alguns casos de fronteira, como a ordem ilegal de demolição, em que a sua execução «implica (...) o perecimento imediato de um bem, com a inerente perda patrimonial.»

10 dias, de certidão de registro predial, e do qual consta a seguinte passagem: «(...) [tendo presente a posição assumida pelo exequente no que concerne à realidade em equação nos autos e que passa pelo encerramento, despejo e demolição do Shopping é manifesto que uma tal situação contende com todos os eventuais detentores de direitos sobre as frações do aludido prédio, o que impõe que se assegure a tais sujeitos a possibilidade de se pronunciarem sobre tal matéria.»

Todavia, esta notificação do exequente para junção aos autos da certidão de registro predial revelou-se extemporânea, por esgotamento dos poderes jurisdicionais, na medida em que teve lugar já depois de terminada a fase declarativa da execução, ficando a questão da legitimidade passiva a coberto do caso julgado processual, não tendo havido reclamação ou recurso da decisão. Desta forma, o Ministério Público não promoveu a citação dos interessados nem o juiz ordenou a notificação do exequente para a identificação destes, com vista a posterior citação.

Feito este apontamento inicial, confrontemos agora as posições das partes presentes da instância e, claro, dos proprietários das frações autónomas no edifício do Bom Sucesso para, em momento ulterior, expendermos algumas considerações que julgamos pertinentes.

Nas suas alegações do recurso da decisão que determinou a demolição ou “legalização” do empreendimento em 42 meses, a CM Porto considera que estamos perante uma omissão de formalidade essencial com implicações no exame e decisão da causa [artigos 668.º/1, *d*) CPC 1961, 40.º/1, *b*) LPTA e 660.º/2 CPC 1961], gerada por ilegitimidade passiva superveniente decorrente da inobservância de dever que impedia sobre o exequente – indicar e fazer citar os demais contrainteresados, sujeitos da relação material controvertida. Chama ainda à colação os artigos 64.º/5 e 68.º/2, *m*) da Lei n.º 169/99, de 18.09 [artigos 33.º/1, *y*) e 35.º/2, *k*) da Lei n.º 75/2013, de 12.09] para não reconhecer legitimidade passiva ao Vereador do Urbanismo em detrimento da Câmara Municipal ou do seu Presidente.

Por seu turno, alguns dos proprietários de frações autónomas no edifício do Bom Sucesso sustentaram, no mesmo sentido, a extinção da instância [artigo 287.º, *e*) CPC 1961] por ausência de todos os sujeitos na relação jurídica controvertida, especificamente daqueles que seriam os «*attuais interessados*», imputável ao autor, sobre o qual recai o ónus de assegurar a presenças destes na instância. Ademais – acrescentam – uma eventual decisão no sentido da demolição proposta contende inelutavelmente com os seus direitos de propriedade, razão pela qual se insurgem por não terem sido chamados à instância executiva e de nem o juiz *a quo*, em 2003, se ter pronunciado a este respeito antes da tomada de decisão no sentido da demolição do imóvel, sobretudo quando se revela

«inultrapassável que, para além dos dois interessados particulares [Vereador do Urbanismo da CM Porto e a Soares da Costa, S.A.], um outro conjunto de pessoas, os adquirentes de frações autónomas [e demais legítimos possuidores], eram (...) face à pretensão de despejo e demolição do edifício, os principais interessados» [artigos 835.º/2 CA, 48.º e 100.º/3 RSTA e 36.º/1, *b*) LPTA].

Frisam, ainda, que só com a notificação dos atos necessários à demolição do edifício onde são proprietários de algumas frações, ou seja, «em vias de sofrer a execução da decisão judicial» é que, pela primeira vez, os interessados tomaram conhecimento do recurso intentado em 1995. Por isso, reclamam a nulidade de todo o processado (ou, pelo menos, da anulação dos termos do processo executivo desde a citação³¹, com a consequente reformulação do processado), classificando este sucedido como um «verdadeiro atentado ao Estado de Direito Democrático (artigo 2.º CRP) e aos direitos processuais dos contrainteresados (artigo 177.º, n.º 1 CPTA)», com inobservância de litisconsórcio necessário passivo (artigo 10.º CPTA) e das exigências do princípio do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva (artigos 2.º e 268.º/4 CRP).

Por último, não deixando de assinalar as condições extremamente limitadas em que se encontram para a defesa dos seus direitos, consideram que é indesejável que não tiveram oportunidade de intervir devidamente no processo, motivo pelo qual, independentemente da construção dogmática em que nos arvoremos a respeito dos efeitos da sentença relativamente a terceiros, não lhes pode ser oposta uma decisão sobre o mérito da relação material controvertida na qual a sua posição substantiva se integrava. Apelando à delimitação do objeto do processo, concluem que não estamos perante «coisa ou direito litigioso», porque a sua titularidade não foi objeto de disputa judicial, contrariamente ao que sucede, por exemplo, com a ação de reivindicação. Em discussão estava a «legalidade da licença de construção», não se aplicando o n.º 3 do artigo 271.º CPC 1961 (artigo 263.º CPC 2013), porque a posição de contrainteresado não pode ser defendida pelo substituto (o transmitente), tendo de ser obrigatoriamente citado, *maxime* na fase executiva, «sendo totalmente inadmissível qualquer substituição processual e inviolável o seu direito de intervir e de par-

³¹ A propósito da citação dos contrainteresados, um dos terceiros afetados pela declaração de inexistência de causa legítima de inexecução que inter pôs recurso do competente despacho, enaltece a autonomia do processo executivo nos seguintes termos: «a execução não se configura como uma continuação da fase declarativa do processo: ela é, verdadeiramente, uma nova ação – e portanto, uma nova instância – que, pese embora seja tramitada nos mesmos autos, tem uma autonomia relativamente à ação principal. Por isso é que, na ação executiva, há lugar a novas citações dos executados e à produção de novos articulados.» Salientou ainda que, na instância executiva, o pedido formulado é diferente, assim como a causa de pedir e, eventualmente, as partes presentes em juízo.

tipicar na discussão». Como tal, advogam que o juiz *a quo* incorreu em erro na aplicação do artigo 271.º CPC 1961, com violação do artigo 177.º/1 CPTA; «a lide não produzirá o seu efeito útil normal, uma vez que não regulará definitivamente a situação», sendo a sentença, neste sentido, ineficaz em relação aos contrainteressados.

Duas notas ainda, por um lado, para a contradição assinalada por estes interessados, os quais consideram que a admissibilidade de recurso de revista da decisão geradora de nulidade implica a não operação da substituição processual e, por outro, para a alegação de acordo com a qual, «à data da aquisição [do direito de propriedade sobre as frações autónomas], jamais poderá [o processo] ser considerado um facto público e notório», tanto mais porque, não havendo registro das ações, «nenhuma consequência lhe pode ser imputada», sendo a decisão inoponível a terceiros (artigo 271.º, n.º 3, *in fine* CPC 1961).

Nas contra-alegações do recurso de agravo interposto pelo Vereador da CM Porto, José Pulido Valente afirmou que a legitimidade passiva resultou assegurada com a presença em juízo do senhor vereador e do consórcio construtor Soares da Costa, S.A. (requerente do licenciamento). E rebatendo a objeção acerca da competência do senhor Vereador do Urbanismo para executar a sentença, esclarece que, para efeitos dos artigos 120.º CPA, 95.º LPTA e 5.º Decreto-Lei 256-A/77, de 17.06, o autor do ato nulo constitui um «centro de imputação de competências com aptidão para praticar actos administrativos» (no dizer de Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina) e, portanto, um órgão administrativo, ainda que no exercício de competência delegada (artigo 174.º CPTA).

No que concerne aos atuais proprietários das frações autónomas, estabelece um ponto prévio que passa por distinguir entre *contrainteressados* e *afetados pela decisão* (artigo 36.º LPTA). Nos termos do artigo 57.º CPTA, e de acordo com Carlos Fernandes Cadilha, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, pp. 202-203, têm-se por *contrainteressados* aqueles que «possam ser **diretamente** prejudicados», logo estão contemplados «só interessados no procedimento administrativo ou titulares de relações jurídicas administrativas». Para os metros interessados, a via competente será o recurso extraordinário de revisão ou poderá passar também por suscitar a intervenção provocada acessória na instância executiva, não se formando litisconsórcio necessário passivo.

Quanto ao desconhecimento do processo alegado pelos recorrentes, rejeita veementemente tal argumento, pois estamos perante um caso mediático, de ampla divulgação pública nos *media* regionais e nacionais, sendo previsível, portanto, que a questão da demolição tenha constituído ponto da ordem de trabalhos das reuniões da Assembleia de Condóminos, «como aliás indicia o requerimento de 'legalização' apresentado pelo respetivo administrador». Para efeitos

de comprovação deste facto, requereu intimação ao administrador tendente a que este traga aos autos as atas das reuniões dos últimos 5 anos.

Finalmente sustenta a falta de fundamentação para o recurso de revisão da decisão que declarou a inexistência de causa legítima de inexecução, por força do regime de substituição processual do artigo 271.º, n.ºs 1 e 3 CPC 1961. Observada a sua previsão, os interessados estão abrangidos pelo âmbito subjetivo do caso julgado: «devem considerar-se vinculados pelo caso julgado que recobre tanto a sentença que pretendem que seja revista como a decisão que, no processo principal, declarou a nulidade da licença de construção do edifício.» Acresce o facto de aqueles interessados terem comprado frações autónomas do edifício na pendência de recurso contencioso de anulação sobre «coisa litigiosa», porque a licença já havia sido judicialmente impugnada.

Por altura do pedido de suspensão da instância por seis meses, a Câmara Municipal do Porto teve oportunidade de se pronunciar no sentido do reconhecimento de eficácia retroativa à revisão do Plano Diretor Municipal então em curso, «quando dela resulte uma intenção de legalizar as operações realizadas em desconformidade com as normas primitivas.»³² Caso assim não se entendesse que não se concede — sustenta que uma outra via para operar a “legalização” a posteriori resultaria da atribuição de efeitos jurídicos das operações urbanísticas, uma jurisprudência de factos decorrentes de atos nulos, por preenchimento dos três requisitos cumulativos determinados pelo artigo 134.º/3 CPA — ato administrativo nulo, decurso do tempo suficiente para consolidação da situação de facto e observância dos princípios gerais da boa-fé, justiça, proteção da confiança, paz social, igualdade, proporcionalidade e interesse público — e formulação de novo requerimento pelos interessados para emitir ato de licenciamento conforme à situação consolidada e às novas normas urbanísticas em vigor.

Por seu turno, José Pulido Valente sustenta o respeito pelo princípio *tempus regit actum*, em detrimento do «recurso a expedientes de extensão retroativa do âmbito temporal de aplicação», isto porque a legalidade dos atos administrativos é aferida pela lei em vigor à data da sua prática. De resto, não há qualquer confiança *legítima* a tutelar via artigo 134.º/3 CPA, consideradas todas as incidências que notabilizaram este caso.

³² Da qual trataremos *infra*. Vide, a este respeito, o Ac. STA, de 21.02.1996, Proc. 037773, 2.ª Subseção do Contencioso Administrativo, Relator: Gouveia e Melo, a propósito da alteração de pormenor ao Plano de Urbanização da Costa do Sol, cujo sumário aqui se reproduz: «A alteração de pormenor ao Plano de Urbanização da Costa do Sol, nele introduzida ao abrigo do § único do art. 1.º do DL n.º 37251, por forma a nele ser incluída certa edificação entretanto construída, afasta a eventual nulidade do anterior acto camarário de licenciamento daquela obra com base na ao tempo desconformidade da mesma com aquele plano antes da sua aludida alteração.»

Pelas peripécias que marcaram a construção da obra, parece-nos extremamente pertinente questionar, desde logo, a necessidade de tutela da confiança putativamente depositada pela Soares da Costa, S.A. na legalidade da construção, enquanto decorrência do princípio da segurança jurídica, imanente ao princípio do Estado de Direito. Tratando-se de uma obra construída sem ato permissivo emitido em devido tempo, alvo de um embargo determinado pela CCRN, cuja impugnação judicial foi julgada improcedente, pode afirmar-se que estamos perante uma confiança digna de tutela pelo Direito? Isto é, deve a esfera jurídica do particular ficar a salvo de uma conduta lesiva dos seus interesses, quando a hipotética violação do princípio da proteção da confiança radica num ato administrativo claramente antijurídico, cuja ilegalidade era perceptível por aquele que o pretende arguir a seu favor?

Como salienta a melhor e mais qualificada doutrina espanhola, citada pela jurisprudência nacional, «a aplicação do princípio da proteção da confiança está dependente de vários pressupostos, desde logo, o que se prende com a necessidade de se ter de estar em face de uma confiança “legítima”, o que passa, em especial, pela sua **adequação ao Direito** (...)». Ademais, de acordo com o mesmo ensinamento, «para que se possa, válida e relevantemente, invocar tal princípio é necessário ainda que o interessado em causa não o *pretenda alcançar apenas na sua mera convicção psicológica antes se impondo a enunciação de sinais externos produzidos pela Administração suficientemente concludentes para um destinatário normal e onde se possa razoavelmente ancorar a invocada confiança*». Por último, importa ainda satisfazer um requisito adicional assente na verificação de *motivos possíveis* para o particular «acreditar na validade dos atos ou condutas anteriores da Administração aos quais tenha ajustado a sua atuação.»³³

De qualquer forma, a nulidade da licença de construção determinaria, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, alínea i) do CPA, a nulidade das licenças de utilização dos proprietários das frações autónomas, enquanto atos consequentes daquele, isto porque a prática e conteúdo destes últimos depende da existência e validade daquele ato anterior que lhes serve de pressuposto, salvo se houver contrainteressados com interesse legítimo na manutenção dos atos consequentes. Ora, como tivemos oportunidade de transmitir pela exposição acima realiza, no caso *sub judice* nem há confiança legítima a tutelar nem houve sequer lugar à emissão de autorizações de utilização das frações autónomas do empreendimento.

³³ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 982-983 & JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, pp. 341-342 *apud* Ac. STA de 18-06-2003, Proc. 01188/02, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: José Manuel Santos Botelho.

De todo o modo, e porque a questão se colocou, sustentamos *uma interpretação restritiva desta disposição que abarque apenas o desconhecimento sem culpa* sobre a discussão da legalidade de um ato e a aquisição de direito litigioso que recai, por exemplo, sobre fração autónoma de edifício que terceiro de boa-fé habita, em virtude da impugnação do ato de licenciamento, exigindo-se, para o efeito, que a posição subjetiva precária seja anterior à pendência da ação que contende com tal direito, resulte verificada a ausência de citação e que o particular seja capaz de demonstrar o desconhecimento, no exercício do ónus da prova que lhe incumbe. Parece-nos a compreensão mais conforme com o argumento sistemático que provem imediatamente do artigo 173.º, n.ºs 3 e 4 do CPA, o qual consagra o *princípio da ponderação de interesses de terceiros inocentes*, mas também do argumento teleológico, primordial na interpretação jurídica (como exalta Francisco Ferrara³⁴), o qual conunga da restrição desta tutela unicamente a beneficiários de boa-fé, surpreendidos com a situação de precariedade em que se encontram.

A este propósito, julgamos extremamente oportuno, momento no contexto de revisão dos principais diplomas que regulam a disciplina substantiva, procedimental e processual do Direito Administrativo, sublinhar a importante reflexão, em jeito de alerta, deixada por José Carlos Vieira de Andrade nas suas *Lições de Direito Administrativo*, a qual subscrevemos na íntegra: «[h]á necessidade de uma teoria “científica” dos vícios, apoiada numa conceção estrutural do ato – não sendo adequada a importação automática do figurino francês, transmutando em categorias abstratas o que fora pensado e construído como “aberturas” à medida das necessidades práticas num processo de evolução jurisprudencial (de que constitui referência exemplar a categoria indiferenciada de “violação de lei”). [...] Impõe-se, neste quadro, uma teoria das invalidades substancialmente coerente e que tenha em consideração a espécie de atos em causa.»³⁵

E, neste seguimento, ainda a propósito da sanção da nulidade, o insigne professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

³⁴ «A interpretação jurídica é de sua natureza essencialmente teleológica, [por isso o jurista] há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua atuação prática, sendo a lei um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades e que deve ser interpretada no sentido que melhor responda a esta finalidade e, portanto, em toda a plenitude que assegure tal tutela» (FRANCESCO FERRARA, *Interpretación e Aplicación das Leis*, traduzido por MANUEL DE ANDRADE e publicado com o *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, deste autor, 3.ª edição, Coleção Srdvium, Arménio Amado – Editor, Successor, p. 130)

³⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 3.ª edição, Outubro 2013, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, pp. 202-203.

assinalando a «severidade e a radicalidade»³⁶ das consequências jurídicas que surgem associadas ao regime daquela, sugere o estabelecimento legal de outras compressões para além das resultantes dos artigos 133.º, n.º 2, alínea f) e 134.º, n.º 3 CPA, capazes de lhe conferir maior flexibilidade, com benefício, em medida razoável, dos interesses de contrainteressados dignos de tutela jurídica. E aponta, neste sentido, o exemplo constante da norma do artigo 69.º, n.º 4 do RJUE, a qual estatui, desde 2007, um prazo de caducidade de 10 anos para a declaração de nulidade de atos urbanísticos, o qual devia ser seguido no conhecimento da referida sanção em relação a outros atos constitutivos de direitos, por meio da fixação de um *prazo razoável*³⁷.

A opinião que se acaba de convocar merece a nossa genérica adesão. Na verdade, impõe-se uma reponderação do regime da nulidade, seja no domínio do urbanismo e do ordenamento do território, ramos de direito administrativo especial, seja até ao nível do direito administrativo geral. Todavia, do nosso humilde ponto de vista, a adoção de soluções menos rígidas deverá ser temperada com as exigências que acima advogamos a propósito da solução hoje vertida na última das alíneas do elenco meramente exemplificativo de situações geradoras de nulidade por determinação legal (artigo 133.º, n.º 2 CPA), isto é, também aqui será determinante a condição de beneficiário de boa-fé, merecedora, portanto, de proteção de um investimento de confiança legitimado³⁸.

³⁶ FERNANDA PAULA OLIVEIRA & PEDRO COSTA GONÇALVES, *A Nulidade dos Atos Administrativos de Gestão Urbanística*, Rev. CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 3, Ano II, p. 18

³⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 210–212. A construção dogmática aqui singelamente aqui referenciada pode e deve ser enquadrada num quadro mais amplo de reflexão, para o qual ANDRÉ SALGADO DE MATOS convoca a comunidade científica. O administrativista da Escola de Lisboa coloca em causa a viabilidade da dicotomia tradicional de sanções – nulidade e anulabilidade – em confronto com os valores essenciais da segurança jurídica e da justiça material, isto porque, nas suas palavras, «a estabilidade, que deveria ser um valor ordenado à preservação de interesses específicos, converte-se num valor em si mesmo no caso da anulabilidade sendo completamente desconsiderado, no caso da nulidade.»

³⁸ Diferentemente, MARCELLO CAETANO, no seu *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Vol. II, p. 421, defendia a aplicação de um prazo de 10 anos, baseado a sua posição na previsão constante do artigo 1298.º CC para a prescrição aquisitiva (usucapião) de móveis, independentemente da boa-fé ou má-fé do possuidor. Desta forma, estar-se-ia a atribuir efeitos jurídicos a uma situação de facto consolidada pelo lapso temporal extenso decorrido, não se pretendendo, porém, sanar retroativamente ou suprimir a ilegalidade do ato nulo. Esta questão adquire particular acuidade no domínio do contencioso da Função Pública, relativamente aos denominados *agentes públicos*, isto é, aqueles «indivíduos que, em circunstâncias normais, exercem funções administrativas de maneira a serem reputados, em geral, como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respetivos cargos.» (MARCELLO CAETANO, *op. cit.*, p. 644). Hoje, esta problemática dos beneficiários de atos de provimento consequentes a ato declarado inválido tem cobertura

Feitas estas considerações acerca do regime-regra da invalidade no Direito do Urbanismo e da tutela da confiança legítima, propomo-nos agora tecer algumas considerações acerca da legitimidade passiva no processo de execução de sentença de anulação, em especial sobre a previsão constante da parte final do n.º 1 do artigo 177.º CPTA, relativa à figura dos contrainteressados.

Iniciando este breve excuro sobre a titularidade do dever de executar o julgado anulatório, isto é, a prática de todos os atos jurídicos e operações materiais que se revelem necessários à reintegração da ordem jurídica violada, consintiu entendimento pacífico que tal competência deve ser aferida na data do cumprimento e não recai necessariamente sobre o autor do ato anulado. Assim, poderá perfeitamente suceder que o ente executado não tenha figurado como ente demandado na ação administrativa principal, exatamente porque o que releva, para os presentes efeitos, é a titularidade, por determinação legal, da competência para a reconstituição da situação atual hipotética, nos termos em que o tribunal fixar e condenar a Administração, coincidentes ou não com os atos e operações peticionados pelo autor.

Neste sentido, se o ato anulado tiver sido praticado no exercício de uma delegação de poderes entretanto caducada por substituição do delegante ou do delegado (artigo 40.º CPA), a competência para a execução residirá no órgão³⁹⁻⁴⁰ que, à data da efetiva execução, seja titular da competência que legalmente expressa nos n.ºs 3 e 4 do artigo 173.º CPTA, ao qual preside um princípio de proporcionalidade, não obstante a preferência pela reconstituição da situação atual hipotética do funcionário que tenha obtido a anulação de ato administrativo desfavorável. *Vide*, neste sentido, em contexto cronologicamente anterior ao CPTA, o Ac. STA, de 17-06-1993, Proc. 024447, Pleno da Seção do Contencioso Administrativo, Relator: Pires Machado; a respeito da invocação do instituto da usucapião pela doutrina e jurisprudência anteriores à Reforma da Justiça Administrativa 2002-2004, aconselha-se a leitura do Ac. TCAS, de 09.01.2003, Proc. 11712/02, Relator: António de Almeida Coelho da Cunha.

À luz do artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 256-A/77, aplicável ao caso em estudo, a *execução de sentença [...] pode ser requerida pelo interessado ao órgão que tiver praticado o ato recorrido, ou, tratando-se de ação, ao competente órgão da pessoa coletiva nela demandada*. [negrito nosso] Diferentemente, nos termos do artigo 10.º, n.º 2 CPTA – disposição da Parte Geral, aplicável na ausência de norma especial no Capítulo VIII dedicado ao processo executivo – a *parte demandada é a pessoa coletiva de direito público ou, no caso do Estado, o ministério* [com competências similares e diferentes atribuições] a cujos órgãos seja imputável o acto jurídico impugnado ou sobre cujos órgãos recaia o dever de praticar os actos jurídicos ou observar os comportamentos pretendidos. Trata-se de uma solução que, com todo o respeito, nos parece desajustada à superação da configuração do Estado-Administração como pessoa coletiva unitária, uma conclusão necessária face às transformações operadas na Administração Pública e que se traduziram, essencialmente, na «multiplicação e diversificação dos entes que exercem a função administrativa» e surgem hoje agrupados nas quatro modalidades de Administração (directa, indirecta, autónoma e independente), à «multiplicação de competências decisórias autónomas» e a «importância crescente [assumida pelas] relações jurídi-

timou a prática do ato anulado, não sendo de sufragar o entendimento de acordo com o qual uma delegação de poderes pode caducar *quanto ao sujeito*, mas não *quanto ao conteúdo dos poderes transferidos*⁴¹⁻⁴².

Já no que respeita à intervenção processual dos contrainteressados, eis que nos confrontamos com uma das questões que veio a merecer um tratamento substancialmente mais significativo com a Reforma da Justiça Administra-

cas inter-organicas e intra-organicas.» (VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo na Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo Administrativo*, 2.ª edição atualizada, Outubro de 2013, Coimbra, Almedina, pp. 274-276). Nesse sentido, as autoridades administrativas que exercem competências no quadro das atribuições das pessoas coletivas em que as primeiras se integram devem ser encaradas não apenas como sujeitos de relações jurídico-administrativas, mas também como sujeitos processuais a par das pessoas coletivas, como aliás já resulta subjacente ao artigo 10.º, n.º 3 e 4 e 6, às alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 51.º e ao artigo 78.º, n.º 3, todos do CPTA, e ao artigo 14.º, n.º 4 CPA. Em conclusão, o ilustre docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa supracitada advoga que «na nossa ordem jurídica, também (...) se relativiza a ideia da personalidade jurídica das entidades públicas, e se dá antes primazia à atuação dos seus órgãos, fazendo das autoridades administrativas "sujeitos funcionais" de relações jurídicas dotados de capacidade jurídica própria, e admitindo-se, portanto, a existência de relações inter-organicas.» (VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Almedina, 2003, pp. 211 e 212) e a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias diretamente aos titulares dos órgãos competentes para a execução de sentença, a requerimento do particular ou *ex officio* (artigos 3.º, n.º 2 e 169.º, n.º 1 CPTA). Para mais desenvolvimentos sobre a construção dogmática do autor, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, pp. 273-286.

⁴⁰ Incompreensivelmente, o Projeto de Revisão do CPTA continua a adotar, no artigo 157.º/1, para efeitos de delimitação do âmbito de aplicação do processo executivo, a expressão *entidades públicas*, a qual, como bem refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 244-245, «não tem um sentido técnico rigoroso». Na verdade, tal conceito é propenso a equívocos, sobretudo porque motiva a não despicienda discussão em torno da inclusão ou exclusão, à luz desta noção, de outras entidades que exercam a função administrativa (entidades administrativas privadas e entidades particulares no exercício de prerrogativas públicas), além das pessoas coletivas de direito público e dos órgãos administrativos que as integram. Doutrinalmente, impera um entendimento pacífico no sentido da adoção de um sentido amplo na interpretação desta expressão, porém o legislador da Reforma insiste na consagração de um conceito impreciso.

⁴¹ Sobre os aspetos aforados, *vide* as seguintes referências jurisprudenciais: Ac. STA, de 07-02-2006, Proc. n.º 048140, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: São Pedro; Ac. STA, de 23-10-2007, Proc. n.º 01270A/05, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relatora: Angelina Domingues; Ac. TCAN, de 25-02-2011, Proc. 00656-A/96-Porto, 1.ª Secção - Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho. Na doutrina, *pot* todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁴² Ainda a propósito da legitimidade passiva, pode questionar-se contra quem deve ser intentado processo (declarativo e) executivo se estiver em causa uma decisão de revogação ou alteração de atribuição de fundos comunitários por entidade independente, gestora de programas de financiamento supranacional, criada *ad-hoc*. Por aplicação do artigo 10.º, n.º 3 CPTA, deve entender-se que o mesmo deve ser intentado contra o Estado.

niva de 2002-2004. É certo que, ainda no contexto do Projeto de Revisão do CPTA recentemente divulgado, a tutela dos contrainteressados voltou a motivar importantes alterações na regulamentação constante da lei processual administrativa⁴³, mas não menos verdade é que, na vigência do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17.06, e da LPTA [artigo 36.º, n.º 1, alínea b)], em especial], o direito de participação destes nos processos judiciais estava remetido para previsões exíguas, manifestamente insuficientes. Daí que, como sugere o Acórdão do TCAN, de 25-11-2011 (Processo 00213-A/03-Coimbra, 1.ª Secção do CA, Relator: Antero Pires Salvador), tal «desajustamento processual deve ser suprido oficiosamente pelo juiz, nos termos do disposto no artigo 265.º-A do CPC - princípio da adequação formal», nos termos que, a seguir, explicitaremos.

No mesmo sentido, também a doutrina nacional acompanhou a referida evolução legislativa, como consequência necessária da superação do paradigma tradicional de configuração bilateral da relação jurídico-administrativa, reconhecendo-se hoje a existência de um «fenómeno de efeito pulverizador»⁴⁴ das decisões administrativas que extravasa os seus destinatários imediatos. Assim, no contexto de relações jurídicas poligonais ou multilaterais (as quais encontram, no Direito Urbanístico, um domínio *par excellence*), a figura *sui generis* do contrainteressado assume o estatuto jurídico de sujeito principal⁴⁵ (e já não de um mero terceiro, numa posição secundária), à qual tem de ser assegurada, em igualdade simétrica com as demais partes no processo, a garantia constitucional de acesso à justiça e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º,

⁴³ Sendo, talvez, a mais significativa, aquela que resulta da alteração promovida no artigo 128.º CPTA, relativo à proibição automática de execução de ato administrativo alvo de providência cautelar de suspensão de eficácia. Na redação constante do Projeto de Revisão, procede-se ao desaparecimento da figura da *resolução fundamentada*, cujo controlo contencioso era remetido para o contexto específico do incidente para a declaração de ineficácia dos atos de execução praticados, a promover pelo interessado (artigo 128.º, n.º 3 a 6 CPTA), determinando-se que a produção *ipso iure* do efeito de proibição de execução do ato administrativo só poderá ser levantado mediante requerimento dirigido ao juiz cautelar (sobre o qual recairá o odioso da decisão...) que alegue e fundamente o *grave prejuízo para o interesse público* ou as *consequências lesivas manifestamente desproporcionadas para outros interesses envolvidos*, da autoria da entidade requerida ou, agora também, dos beneficiários do ato (contrainteressados).

⁴⁴ PAULO OTERO, *Os contrainteressados em contencioso administrativo: fundamento, função e determinação do universo em recurso contencioso de ato final de procedimento concursal*, Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares, *Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, 2001, p. 1076.

⁴⁵ Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise. Ensaio sobre as Ações no Novo Processo e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010, p. 263.

n.º 4 e 268.º, n.º 4 CRP)⁴⁶, a qual convoca, nomeadamente, o respeito pelo princípio do contraditório (artigo 32.º, n.º 5 CRP).

Neste ambiente de revalorização daqueles terceiros interessados, importa proceder a uma delimitação de quem pode assumir a posição processual de contrainteresado, fazendo esse exercício a partir do artigo 57.º CPTA, uma previsão estabelecida para a ação de impugnação de ato administrativo, mas igualmente aplicável para o processo executivo: «para além da entidade autora do ato impugnado, são obrigatoriamente demandados os contrainteresados a quem o provimento do processo impugnatório possa diretamente prejudicar ou que tenham legítimo interesse na manutenção do ato impugnado e que possam ser identificados em função da relação material em causa ou dos documentos contidos no processo administrativo.»

Ao abrigo desta noção, e porque vigora entre nós um sistema fundamentalmente subjetivista (mas com uma importante dimensão objetivista), Paulo Otero e Francisco Paes Marques defendem que a mesma se encontra funcionalizada a assegurar a inclusão destes sujeitos no âmbito de eficácia subjetiva do caso julgado (eficácia *inter partes*)⁴⁷, razão pela qual competirá ao julgador

⁴⁶ A talhe de foice, uma referência para a inaudita, mas não despendianda observação de Luís Filipe COLAÇO ANTUNES, *O artigo 161.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: uma complexa simplificação*, CJA, n.º 43, Janeiro/Fevereiro 2004, p. 24: «Apesar de discutível, somos de parecer que assiste à Administração o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.»

⁴⁷ Uma ponderação de uma inércia negligente do titular do direito de ação em exercitá-lo, a qual faria presumir uma aceitação do ato ou, pelo menos, o tornaria indigno de proteção jurídica, em harmonia com o velho brocardo latino «*dormientibus non sucurrit jus*» (servindo-nos, com as devidas adaptações, de uma passagem de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, pp. 373-374, isto porque o segmento, na versão original, se reporta ao instituto da prescrição extintiva e, aqui, está em causa a caducidade do direito de ação) subjaz às considerações de a doutrina tem dissecado acerca do artigo 161.º CPTA, o qual promove a extensão dos efeitos de julgado anulatório a quem, em princípio, não se poderia prevalecer de tal título, por não estar abrangido pelo âmbito subjetivo do caso julgado. Diversas reflexões se poderiam desenvolver a partir desta norma, muitas das quais já amplamente realizadas pela doutrina. Por economia de trabalho, a respeito desta norma que promove uma relativização do caso decidido e privilegia a igualdade de tratamento de *casos perfeitamente idênticos*, deixamos uma palavra apenas sobre o requisito positivo de natureza substantiva da extensão que exige três sentenças que se tenham pronunciado, no mesmo sentido, no âmbito de um processo em massa regulado pelo artigo 48.º CPTA. Considerando que este instituto implica uma conexão objetiva e subjetiva de todos os processos e que as finalidades de agilização, celeridade e simplificação processuais e eficiência nas decisões serão mais eficazmente prosseguidas com apenas um processo ao qual seja dado andamento, tal exigência parece-nos excessiva, ainda que se tenha em vista a formulação de pedidos de extensão dos efeitos da sentença nos termos do artigo 48.º n.º 5, alínea b) CPTA. Para mais desenvolvimentos sobre as questões que se suscitam em torno do artigo 161.º CPTA, vide ANA FERNANDA NEVES, *Contencioso da Função Pública – Parte I, in Temas e Problemas de Processo*

proceder a um juízo de prognose pós-uma capaz de antecipar os efeitos da decisão final do processo e, em prol de uma resolução global do litígio, assegurar a presença na instância de todos os interessados cujas esferas jurídicas serão previsivelmente afetadas com uma decisão favorável ao autor.⁴⁸

Orientando-nos por este critério dos efeitos do caso julgado da sentença, não podemos deixar de tecer algumas considerações acerca da regra constante do artigo 87.º, n.º 2 CPTA, acompanhando, globalmente, a opinião da Dra. Helena Ribeiro, Meritíssima Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, aquando da sessão de discussão pública do Projeto de Revisão do CPTA organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, a 3 e 4 de Abril de 2014.⁴⁹

O artigo 87.º, n.º 2 CPTA estabelece uma regra de conhecimento de exceções expressamente arguidas ou passíveis de serem conhecidas, por dever de ofício, na fase do saneamento do processo, com preclusão de tal faculdade em momento posterior. Tal solução é reiterada no Projeto de Revisão deste diploma (artigo 88.º, n.º 2 PR-CPTA).

Esta previsão assume particular relevância no que concerne à formação de litisconsórcio necessário passivo por determinação legal ou contratual ou pela natureza da matéria controvertida, de molde a que a decisão a proferir produza o seu efeito útil normal (artigo 28.º CPC 1961, artigo 33.º CPC 2013, e artigos 10.º, n.º 1, 174.º e 177.º, n.º 1 CPTA). Ora, nos termos dos artigos 57.º, 68.º, n.º 2 e 78.º, n.º 2, alínea f) CPTA, sobre o autor impende o ónus de identificar eventuais contrainteresados, sob pena, desde logo, de recusa da petição inicial pela secretaria do tribunal [artigo 80.º, n.º 1, alínea b) CPTA], por ilegitimidade passiva.

Focando-nos agora concretamente na solução gizada quer pelo atual CPTA, quer pelo Projeto de Revisão, entendemos humildemente, e com profundo respeito pelas comissões responsáveis pela elaboração de ambos os diplomas, que a mesma se afasta da realidade quotidiana dos tribunais e dos juízes da jurisdição administrativa, os quais se encontram sobrecarregados de processos, não se revelando fácil, em inúmeros casos, atestar naquele momento

Administrativo, ICJR, 2.ª edição revista e atualizada, pp. 292-294; CARLA AMADO GOMES, *O “caso decidido”: uma instituição (ainda) do nosso tempo? Reflexões a propósito do art.º 161.º do CPTA*, CJA, n.º 70, Julho/Agosto 2008, pp. 16-31; LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 16-24; na jurisprudência, o Ac. STA, de 11.06.1996, Proc. 26097A, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José.

⁴⁸ FRANCISCO PAES MARQUES, *A Efetividade da Tutela de Terceiros no Contencioso Administrativo*, Almedina, 2007, pp. 127 e ss; PAULO OTERO, *op. cit.*, pp. 1085 e ss.

⁴⁹ Também disponível no Parecer do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais em http://www.cstaf.pt/Pareceres/CSTAF.Parecer.Revis%C3%A3o%20E.TAF_CPTA.pdf

o preenchimento daquele (e de outros) requisito(s) de admissibilidade. Assim, se a exceção dilatória de falta de legitimidade originária não for conhecida no despacho saneador, tal não deverá ser entendido, sem mais, como um comportamento digno de censura ou revelador de incompetência da parte do magistrado, desde logo porque recai sobre as partes processuais e os ilustres causídicos que as representam o poder-dever de, em primeira linha, suscitar a falta desse pressuposto processual.

Se é certo que o legislador da mais recente Reforma procurou aproximar-se das soluções adotadas no Novo Código de Processo Civil, não menos verdade é que, neste particular, se fica aquém do CPC 2013, insistindo numa solução que poderá dar azo ao recurso a ficções por parte do julgador que só vem a detetar tal exceção no momento de proferir a decisão, tudo para julgar “improcedente” a ação. O único argumento que, a nosso ver, poderá estar por detrás desta solução radica num histórico preconceito em relação aos magistrados dos tribunais administrativos e fiscais, os quais, por vezes, nem chegavam a conhecer do mérito da causa por colocarem imediatamente termo à ação, ancorados em questões meramente formais. Na nossa perspetiva, trata-se de um argumento inconsistente, assente numa visão anacrónica da realidade e desfasada da prática judicial dos nossos dias, a qual, no nosso prudente raciocínio, não procede.

Por tudo o que se acaba de afirmar, e retomando a resenha do *case-study* com que iniciamos este estudo, bem se compreendem os efeitos perniciosos que podem resultar desta previsão legal. Não olvidamos, claro, a delimitação de objeto processual (circunscrito ao pedido de declaração de nulidade da licença e aos vícios invocados e conhecidos) que acima subscrevemos, nem o facto de os atuais proprietários só terem adquirido tal qualidade na pendência do recurso contencioso de anulação. Todavia, retomando a doutrina jurisprudencial do acórdão sobredito, «bem se compreende que relações jurídicas não abrangidas no objeto da sentença exequenda ou até supervenientes a ela, mas que possam vir a ser afetadas pela definição das consequências jurídicas da mesma sentença, sejam carreadas para o objeto do novo processo (o executivo)». Ademais, como frisa Cecília Anacoreta Correia, não se pode descurar a autonomia do objeto do processo de execução de julgado anulatório em relação ao objeto processual da ação de impugnação do ato anulado, na medida em que os mesmos devem ser demarcados «a partir das concretas pretensões que integram cada uma das ações.»⁵⁰

⁵⁰ CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *A Titela Executiva das Particulares no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2013, p. 230. Desta constatação decorre a conclusão de que os contrainteresados não coincidem necessariamente numa e noutra ação.

De facto, a execução de sentença anulatória não constitui um prolongamento do processo declarativo transitado em julgado, antes apresenta-se como um processo atípico, de natureza essencialmente declarativa – é certo –, que visa assegurar o cumprimento do dever de extrair todas as consequências da reintegração da ordem jurídica violada que impende sobre a Administração, a partir da sentença exequenda.

Assim se percebe que, como sucede no caso em apreço, os proprietários das frações autónomas de um edifício e, portanto, titulares de uma relação jurídica real desconsiderada no objeto do processo declarativo pretendam tutelar a sua posição e defender a manutenção da obra, em face de um processo de execução de sentença movido por ator popular que peticiona a sua demolição. Não conseguimos compreender portanto que, depois de ter sido proferido despacho a determinar a junção aos autos da certidão de registo predial, não tenha sido promovida a notificação de todos os contrainteresados a quem a execução pudesse prejudicar, como determina o supra mencionado artigo 177.º, n.º 1 CPTA, até para salvaguarda do efeito útil da sentença executiva, sendo-lhes conferida uma oportunidade para exercerem o direito ao contraditório e ficarem vinculados à decisão executiva.

Sabendo-se que o objetivo último do autor era a demolição do Shopping Cidade do Porto em momento concomitante àquele em que foi movido o processo de execução do julgado anulatório e, como tal, até em momento anterior à fase de discriminação dos atos e operações em que deve consistir a concretização da pretensão do exequente, poderia (e deveria) o julgador providenciar pelo suprimento da falta do pressuposto processual da ilegitimidade passiva, convidando este último, nos termos do artigo 265.º, n.º 2 CPC 1961 (artigo 6.º, n.º 2 CPC 2013), a, querendo, proceder à modificação subjetiva da instância, ao abrigo do seu poder dispositivo, sob cominação de absolvição da mesma.

A conclusão que se acaba de chegar não obsta o argumento da «duplicação de meios de defesa»⁵¹ de que gozariam os contrainteresados para fazer valer a mesma posição jurídica (em sede declarativa e em sede executiva), isto porque, como já exaltamos amiúde, os mesmos não foram identificados e citados no âmbito do recurso do contencioso de anulação, motivo pelo qual aliás, atenta a sua revelia absoluta, interpueram recurso extraordinário de revisão de sentença (artigo 771.º, alínea e) CPC 1961, artigo 696.º, alínea e) CPC 2013, e artigos 154.º e 155.º, n.º 2 CPTA *ex vi* artigo 142.º, n.º 2 CPTA], uma factualidade aliás indesejável, sobretudo pelo risco de, no decurso, em simultâneo, do pro-

⁵¹ A que fazem referência CECÍLIA ANACORETA CORREIA, *op. cit.*, p. 230-239 e FRANCISCO PAES MARQUES, *op. cit.*, p. 128.

cesso de execução, se verificarem situações de litispendência e de oposição de julgados.

Pelo facto de não terem sido chamados ao processo declarativo para defesa dos seus interesses atuais e concretos, resulta justificada a utilização deste expediente extraordinário de reacção contra decisão já transitada em julgado, tendente a suscitar a reapreciação da decisão impugnada e, por maioria de razão, a imposição de litisconsórcio necessário passivo no processo de execução, no qual lhes devia ser reconhecida a oportunidade de, pela primeira vez, tutelarem a sua esfera jurídica, mais do que nunca exposta a um risco de afetação irremediável pelas pretensões condenatórias que o exequente requereu.

E também não procede o contra-argumento, manifestamente infundado, de acordo com o qual é exigível que os contrainteresados tenham sido parte passiva na ação declarativa principal para a sua demanda e consequente imposição de litisconsórcio necessário passivo no processo executivo, sob pena de verem, de todo, inviabilizada a sua participação.⁵²

Em nossa opinião, este entendimento incorre numa confusão entre o *efeito constitutivo da sentença* e o *efeito de caso julgado da sentença*. Ora, se corroboramos que a modificação substantiva operada pela sentença se projeta sobre as entidades competentes para dar cumprimento ao dever de executar, coincidentes ou não com as autoras do ato anulado ou declarado nulo, bem como sobre os beneficiários de atos consequentes a esse (artigos 174.º, n.ºs 2 e 3 e 173.º, n.º 3 do CPTA, respetivamente), já não podemos acompanhar o reconhecimento de uma eficácia *ultra partes* da sentença sobre quem não foi demandado na ação declarativa enquanto contrainteresado e, portanto, não interveio na lide.⁵³

A “legalização” a posteriori de construções não licenciadas

José Pulido Valente condenou, aquando da suspensão da instância por seis meses, a tentativa de legalização por alteração do direito», mediante «inserção do Shopping em área de frente urbana contígua em consolidação e validando, deste modo, a sua existência em termos urbanísticos». Afirmou que o edifício contraria «ainda em maior medida» o novo PDM (ratificado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2006, de 26.01.2006), acabado (então) de entrar

em vigor. Trata-se, na sua ótica, de uma construção incompatível com o carácter dominante da função habitacional (artigo 19.º RPDMP), que viola crassamente os parâmetros e limites relativos à impermeabilização do solo, profundidade da construção e cerca (artigo 20.º RPDMP), bem como a área verde disponível (artigo 21.º RPDMP). Finalmente, recordou ainda que o título executivo judicial declarou a violação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 37575, de 08.10.1949 (distância mínima para estabelecimento escolar), entretanto revogado, ditando, perentoriamente, que «o RPDMP não se pode sobrepor à Lei!».

Chegamos, finalmente, ao último e certamente o mais controverso tópico do estudo monográfico a que nos propusemos. Como resultou do *flashback* dos principais momentos processuais que marcaram o Processo do ‘Shopping Center Cidade do Porto’, foi equacionada, quer no despacho de suspensão da instância (de modo subentendido), quer na última decisão proferida em 2007, a possibilidade de se proceder a uma “legalização” a posteriori do empreendimento, mediante alteração das normas violadas aplicáveis, constantes do Plano Diretor Municipal.

Antes de iniciarmos o périplo pela argumentação e contra-argumentação passível de ser aduzida a respeito desta figura, uma constatação deve, de imediato, ser avançada: *o RJUE não prevê nenhum procedimento de “legalização”*, apesar de se tratar de um expediente abundantemente utilizado pelos municípios e pelos tribunais administrativos. Este alheamento do RJUE face à necessidade de estabelecer uma marcha procedimental única, capaz de dar vazão a uma realidade tão frequente tem, desde logo, o efeito pernicioso de cada município congregar os seus próprios procedimentos, o que exponencia seriamente o risco de desoneração dos interessados na “legalização” de um conjunto de exigências válidas para o procedimento de licenciamento prévio (designadamente elementos instrutórios e projetos de especialidades), sem justificação plausível para tal.

Conforme resulta evidenciado no Acórdão do Pleno do STA, de 29.05.2007⁵⁴, o sistema do licenciamento de obras gizado pelo DL 445/91 [mantendo-se no actual RJUE] pressupõe que o licenciamento precede a construção, sendo que quem pede a aprovação de projecto correspondente a obras já realizadas não pretende uma autorização para exercer o direito de construir, mas uma aprovação para manter o ilegalmente realizado por falta de prévio licenciamento, conferida à luz das disposições do RJUE, devidamente adaptadas.⁵⁵

⁵⁴ Ac. STA, de 29.05.2007, Proc. 0761/04, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Adérito Santos

⁵⁵ INÊS CALOR, *Legalização – Dívidas práticas sobre a aplicação do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação*, Rev. CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, n.º 31, Ano XVI, pp. 29–31. Neste texto, a autora propõe-se a resolver

⁵² Entendimento propugnado no já mencionado Ac. TCAN, de 25-02-2011, Proc. 00656-A/96-Porto, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho.

⁵³ Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, p. 369 e *Manual de Processo Administrativo*, pp. 260 e ss; CECÍLIA ANACORETA CORRÊA, *op. cit.*, p. 237.

Feita esta advertência, encetamos, sem mais delongas, uma exposição que nos permitirá compreender os termos em que o TAF Porto decidiu em Novembro de 2007, os quais, recorde-se, passaram por estabelecer um prazo de 42 meses para dar concretização aos atos e operações materiais especificados, os quais culminariam com a demolição total do edificado ou, se possível, para proceder à “legalização” a posteriori do mesmo.⁵⁶

Na literatura jurídica nacional, sobretudo a partir do sobredito artigo da autoria conjunta de Fernanda Paula Oliveira e Pedro Costa Gonçalves, intitulado *A Nulidade dos Atos Administrativos de Gestão Urbanística*, tem-se desenvolvido uma corrente jurisprudencial constante e uniforme nos tribunais superiores que sustenta, para situações como aquela que aqui estudamos, a possibilidade de “legalização” das operações de construção civil. Neste sentido, no campo das medidas de tutela da legalidade urbanística, a demolição de um edifício já construído e ocupado constitui a *ultima ratio*, a qual tem de ser antecedida de uma ponderação indispensável acerca da viabilidade da respetiva “legalização” da obra (artigo 167.º RGEU e artigo 106.º, n.º 1 e 2 RJUE).

De acordo com esta tese, o legislador conferiu às Administrações locais, a faculdade de ordenar a demolição das obras particulares executadas sem autorização, prevendo, no entanto, que *possa não haver lugar*⁵⁷ a essa demolição se a autarquia reconhecer que a obra é *suscetível de legalização*, isto é, *se for possível assegurar a sua conformidade com os requisitos legais e regulamentares aplicáveis*. A partir deste segmento da redação legal e da teleologia que lhe presidiu, consideramos que o regime jurídico fixado nestes instrumentos legais é enformado

algumas das dificuldades práticas que se suscitam neste exercício de adaptação do regime jurídico de licenciamento, comunicação prévia ou autorização de utilização formulados a priori.

⁵⁶ Um pouco à semelhança do Ac. STA, de 25.01.2006, Proc. 0379/05, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Freitas Carvalho, o qual não se opôs à fixação, mediante despacho camarário, de um «prazo de 44 (quarenta e quatro) dias úteis para que proceda à reposição do terraço no seu estado inicial, designadamente através da demolição da marquise que foi ali construída e consequente prolongamento da cozinha, podendo no mesmo prazo apresentar projecto de legalização da dita construção, em virtude de não haver oposição por parte dos restantes condóminos do prédio a que aquela ali permaneça.» O caso aí em apreço contendia com a constatação de que um particular construiu uma marquise sem a respetiva licença municipal, tendo o Presidente da Câmara daquela circunscrição territorial submetido a ordem de demolição a condição suspensiva que viabilize a possibilidade de o interessado desencadear um procedimento de “legalização”.

⁵⁷ Na redação originária do RJUE, o artigo 106.º, n.º 2 determinava que *a demolição não pode ser ordenada se a obra for susceptível de ser licenciada ou autorizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correção ou de alteração.* [italico nosso]

pelo princípio da proporcionalidade⁵⁸, numa lógica de impor ao executado o menor sacrifício exigível, o que se traduz na impossibilidade de o órgão autárquico ordenar, de imediato, a demolição de obras se, mediante um juízo de prognose póstuma, meramente perfunctório, concluir, em forma positiva, pela possibilidade de reversão de uma situação de facto ilegal numa situação jurídica de legalidade.

Pela radicalidade e irreversibilidade associadas à medida de demolição, a prática de tal ato e sua execução está, portanto, adstrita vinculadamente a uma prévia apreciação, ainda que sumária, sobre a plausibilidade do “aproveitamento” da obra de construção civil, independentemente de haver ou não, nesse momento, um impulso procedimental do interessado no sentido de apresentar um projeto nesse sentido, o qual deve reportar-se ao bloco de legalidade urbanística em vigor à data da emissão de tal juízo. Em homenagem aos subprincípios da necessidade, adequação e proibição do excesso, corolários do princípio da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2 e 266.º, n.º 2 CRP e artigo 5.º CPA), este juízo administrativo constitui mesmo pressuposto para a tomada da decisão de desmantelamento da construção realizada à margem da lei, no qual devem influir os contornos da situação de facto que foi gerada pelo ato nulo e os interesses públicos e privados em presença (do destinatário da ordem de demolição e dos contrainteressados), nestes termos: a lesão da posição jurídica substantiva do particular *só deverá ter lugar se inexistir qualquer outro meio de salvaguarda do interesse público*, devendo a mesma reduzir-se *ao mínimo indispensável*, numa relação custo-benefício, para reparar a legalidade ofendida⁵⁹.

⁵⁸ O qual, à luz do revogado artigo 167.º RGEU, constituía um limite interno do exercício de poderes discricionários (quanto ao momento e ao conteúdo da decisão) atribuídos pelos artigos supracitados. Hoje, ao abrigo do RJUE, resulta claro que a consagração de um princípio de proporcionalidade não surge acompanhada de qualquer concessão legislativa de margem de livre apreciação e decisão da Administração quanto às causas de indeferimento de um procedimento de “legalização” de obra já realizada ilegalmente, antes se sujeitando aos exatos termos previstos para o licenciamento de obras particulares não extemporâneas. Na jurisprudência, neste sentido, o Ac. TCAS, de 04.03.2010, Proc. 2152/06, Contencioso Administrativo – 2.º Juízo, Relator: Rui Pereira.

⁵⁹ Neste sentido, na jurisprudência do STA: o Ac. de 19-05-1998, Proc. 043433, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Gouveia e Melo; Ac. de 09-04-2003, Proc. 09/03, 3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Jorge de Sousa; o Ac. de 14-12-2005, Proc. 0959/05, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Simões de Oliveira; o Ac. de 29.11.2006, Proc. 0633/04, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Políbio Henriques; o Ac. de 16.01.2008, Proc. 0962/07, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Políbio Henriques.

Daqui decorre que a demolição não é encarada como medida sancionatória⁶⁰, mas antes como a solução última, de entre o conjunto de atos jurídicos e operações materiais possíveis, para promover a reintegração da ordem jurídica violada. Não obstante a verificação prévia da susceptibilidade de “legalização” da obra não carecer da instrução de qualquer procedimento para o efeito, a verdade é que o interessado não está isento de desencadear as diligências necessárias para assegurar a regularização de obra que, sendo ilegal, é suscetível de se conformar com a legalidade. Aliás, a dita “legalização” só se efetivará se tiver lugar tal atuação do particular interessado, por sua iniciativa ou por notificação nesse sentido da Administração, contribuindo assim para a reposição da legalidade. Não pode, obviamente, a autoridade pública ficar *ad aeternum* refém de alguém que adota uma postura passiva, mantendo-se inerte ou até dificultando a superação de uma situação de ilegalidade flagrante que requer, da sua parte, o cumprimento do ónus de entrega de todos os elementos necessários à apreciação da sua pretensão^{61,62}.

⁶⁰ Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, *Era uma vez... uma execução coerciva: o caso Société Immobilière de Saint Just revisitado*, CJA, n.º 15, Maio – Junho 1999, p.11, «[e]mbora por vezes isso possa não ser claro, uma coisa é o momento executivo, outra o momento sancionatório. A execução visa a reposição da legalidade, a sanção traduz-se num castigo em virtude do incumprimento. Sancionar pode indiretamente levar o infrator a cumprir, compeli-lo ao acatamento, mas não supre a realização da obrigação omitida. Sanção e execução podem até coexistir, uma vez que têm finalidades diversas.» No mesmo sentido, GONÇALO CARITÃO, *Legalização/licenciamento de obras particulares: unidade ou dualidade de regimes?*, CJA, n.º 31, Janeiro – Fevereiro de 2002, pp. 22-35. Na jurisprudência, em sentido contrário, entre outros, o Ac. STA, de 07.04.2011, Proc. 0601/10, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Pais Borges.

⁶¹ «Pelo que a decisão de demolição decorre, em regra, de forma vinculada do desfecho do procedimento de legalização cabível na situação concreta», in DULCE LOPES, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como e porquê?*, CJA, n.º 65, Setembro – Outubro 2007, p. 35. Rejeitando também uma «possibilidade de escolha entre legalizar e demolir», mas reconduzindo a decisão final do procedimento de “legalização” ao conceito impreciso e pouco rigoroso de *discretionariedade técnica*, CARLA AMADO GOMES, in *Embargos e demolições: entre a vinculação e a discricionariedade*, CJA, n.º 19, Janeiro – Fevereiro 2000, p. 49, definido por BERNARDO DINIZ DE AYALA, in *O (défice de) controlo jurisdicional da margem de livre decisão administrativa*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1995, p. 113, como um «juízo de valoração feito pelo órgão administrativo com recurso (...) por via de regra, a estudos prévios (formais ou informais) de caráter técnico e normas referendiais da mesma índole.»

⁶² Como nos esclarece DULCE LOPES, *Medidas de tutela da legalidade urbanística*, Rev. CEDOUA, n.º 14, 2/2004, p. 69 apud Ac. TCAS, de 19.01.2012, Proc. 05261/09, CA – 2.º Juízo, Relator: Cristina dos Santos, «(...) a legalização, se possível, manifestar-se-á, em regra, na prática de um acto administrativo permissivo já não de cariz cautelar, mas definitivo, sendo-lhe apontados os *mesmos efeitos que aos actos de autorização ou licenciamento a priori*, geralmente caracterizados como efeitos definitórios, tutuladores, procedimentais e contenciosos. Este acto, para ser emanado, dependerá do desencadear de procedimentos de várias ordens, tendo em consideração os motivos aos quais se

Em paralelo, o artigo 165.º, n.º 1 do RGEU e o artigo 98.º, alínea d) RJUE determinam a abertura de um procedimento sancionatório sempre que houver lugar a construção sem a competente licença, independentemente de a mesma vir a ser “legalizada”, tendo em vista a aplicação de coimas previstas ao particular que adotou a conduta, a todos os títulos censurável, de construir sem autorização para o efeito. E os regulamentos municipais de taxas tendem a estabelecer taxas de licenciamento agravadas para os procedimentos de “legalização”, em comparação com os procedimentos de licenciamento prévio de obras novas, apesar das críticas de algumas entidades e da recomendação do malagradado Provedor de Justiça, Dr. Henrique Nascimento Rodrigues, dirigida a vários municípios e constante do Relatório à Assembleia da República 2004⁶³, assentes na violação do princípio da proporcionalidade por aplicação simultânea de coima e taxa agravada, e na ausência de fundamento legal para se proceder a uma distinção do valor das taxas a cobrar nas duas situações, em conformidade com o princípio da legalidade⁶⁴.

Uma outra linha de força decorrente do raciocínio ora expandido diz-nos que a execução coerciva de sentença anulatória deve tomar, em devida consideração, o *fundamento* ou a *causa concreta* pela qual a nulidade da licença de construção foi decretada (artigo 68.º RJUE), no quadro dos pressupostos de facto e de direito atendíveis, a fim de se proceder à delimitação da possibilidade da sua ligação a operação urbanística ilegal, podendo assim revestir características diversas (...) de modo a enquadrar o construído nos ditames urbanísticos aplicáveis. (...) Nesta hipótese, em termos procedimentais, a legislação opera uma remissão automática para os procedimentos de licenciamento e (...) [de comunicação prévia] que seriam, in casu, aplicáveis, caso esta não se tratasse de obra sobre ilegal. Nestes moldes, os trâmites procedimentais, a competência, os prazos, as exigências instrutórias, os motivos de indeferimento e os efeitos do silêncio serão os mesmos daqueles procedimentos. (...) [itálico nosso]

⁶³ Disponível em <http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Relatorio2004.pdf>. Para o tópico em análise, relevam, sobretudo, as páginas 169 a 173. Na ótica do Provedor de Justiça de então, o agravamento de taxas não constitui *in ius idóneo* para reprimir a conduta de quem executa obras sem obter prévio licenciamento para a sua edificação, na medida em que está tão-só adstrito ao fim de remover um obstáculo jurídico ao exercício da atividade de construção pelos particulares.

⁶⁴ GONÇALO CARITÃO, *op. cit.*, p. 35. Também INÊS CALOR, membro colaborador do Grupo de Investigação de Modelação Geográfica, Cidades e Ordenamento do Território do Centro de Estudos de Geografia e Planeamento Regional (Universidade Nova de Lisboa), em artigo supra-mencionado (pp. 41-42), se pronuncia sobre a problemática em torno das taxas agravadas, refulando os argumentos enunciados em texto e considerando que a previsão de taxas mais elevadas para os procedimentos de legalização *a posteriori* nos regulamentos das autarquias locais encontra fundamento no artigo 4.º, n.º 2 do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, o qual permite que o seu valor possa ser *fixado com base em critérios de desincentivo à prática de certos atos ou operações*.

respetiva “sanação”⁶⁵ e, conseqüentemente, evitar-se a demolição total do edificado.⁶⁶ Entende-se, também por esta via, que a solução drástica da demolição total está sujeita a um princípio de subsidiariedade, podendo a mesma revelar-se desproporcionada à luz das concretas normas materiais violadas que inquinaram o acto administrativo e justificaram a sua declaração de nulidade por determinação da lei, e da situação de facto consolidada de que serão beneficiários terceiros de boa-fé, que entretanto adquiriram e ocuparam as diversas fracções prediais.

A uma construção como esta não se opõem, segundo Mário Aroso de Almeida, os efeitos do julgado anulatório, em especial o efeito repristinatório, reconstitutivo, reconstrutivo ou de reconstituição da situação actual hipotética, o qual «apenas exige a demolição na medida em que outra definição não a venha legitimamente afastar. Ao lado da demolição — ou seja, ao lado da execução do efeito repristinatório, que a sentença anulatória, à partida, reclama — *permanecem, assim, intactos os poderes de valoração de que a Administração disponha mesmo que a construção tivesse sido, ab initio, clandestina e não tivesse sido, pois, edificada ao abrigo de uma licença inválida*. Com o que se transita para o plano da redefinição da situação, no (re)exercício de poderes autónomos de definição jurídica, no respeito pelos limites impostos pelo caso julgado da sentença de anulação»⁶⁷ [negrito nosso], o qual abarca os vícios que concretamente conduziram à anu-

lação do ato e nos quais a Administração está impedida de reincidir, por força do efeito preclusivo da decisão exequenda^{68, 69}.

⁶⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Reinstauração do procedimento e plenitude do processo de execução das sentenças*, CJA, n.º 3, Maio — Junho 1997, pp. 15-16.

⁶⁹ A questão em análise suscita uma complexa atividade de hermenêutica jurídica em torno do disposto no artigo 95.º, n.º 2.º parte do CPTA, cuja redação, sem paralelo em Direito Comparado, reclamaria — desde já se avança — uma clarificação em sede de revisão do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Para uma melhor compreensão da solução vertida nesta norma, julgamos pertinente aludir brevemente ao regime jurídico que vigorava neste domínio antes da (tardia) *revolução copernicana* (familarmente expressa por VASCO PEREIRA DA SILVA na sua literatura) operada pela Reforma da Justiça Administrativa 2002-2004, isto porque, à semelhança do estudo da evolução da espécie humana (e de todas as coisas, afinal), para que saibamos ‘onde estamos?’ e ‘para onde vamos?’, impõe-se que investiguemos ‘de onde viemos?’.

Com efeito, o artigo 57.º da LPTA estabelecia, ocorrendo-se de uma fórmula algo confusa, uma ordem de conhecimento dos vícios do ato, privilegiando aqueles cuja eventual procedência de arguição, mesmo na ausência de vícios geradores de declaração de nulidade ou inexistência jurídica do ato, e «segundo o prudente critério do julgador, [determinem] mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos». Desta forma, o legislador da Reforma de 1984-85 procurou — e bem — obstar a que as impugnações de atos administrativos julgadas procedentes se quedassem pela apreciação de um vício de forma invocado pelo autor, ficando prejudicada a verificação de quaisquer outras causas de invalidade potencialmente passíveis de influir no conteúdo decisório do ato viciado e, conseqüentemente, no reexercício dos poderes administrativos originários por parte do réu. Como facilmente se depreende, o alcance objetivo do caso julgado (e o seu efeito conformativo) ficaria circunscrito àquele concreto vício analisado, nada impedindo por isso a Administração de reincidir no cometimento de ilegalidades apontadas ao ato, mas não conhecidas pelo julgador, antes se onerando o administrador a desencadear novos recursos contentenciosos de anulação com fundamento em tais vícios numa espiral sem fim à vista...

Ora, sobretudo a partir das Revisões Constitucionais de 1989 e 1997, responsáveis pela consagração, na Lei Fundamental, *maxime* no seu artigo 268.º, n.º 4, de um princípio de tutela jurisdicional efetiva e plena das posições jurídicas substanciais dos particulares face à Administração, impunha-se a substituição dessa solução por outra que desse cumprimento a esta função principal do contencioso administrativo, a qual preside, na nossa leitura, à redação constante da 2.ª parte do n.º 2 do artigo 95.º CPTA. Todavia, pela ampliação (desmedida) dos poderes inquisitórios do julgador aí preconizada, impõe-se avançar, desde logo, com as três considerações que se seguem:

1. O juiz é soberano na qualificação jurídica dos vícios, gozando de ampla liberdade de indagação, interpretação e aplicação do direito, independentemente da alegação de direito realizada pelas partes (*lira novit actia*). Nesse sentido, a improcedência dos pedidos formulados não resulta determinada pela arguição dos vícios em diferentes moldes de qualificação jurídica, dependendo fundamentalmente da ilegalidade dos concretos comportamentos integrantes das causas de pedir;
2. De acordo com a jurisprudência do STA (*vide* Acórdão STA, de 28.10.2009, Processo 0121/09, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: São Pedro), a norma em apreço tem sido interpretada no sentido de que o conhecimento oficioso dos vícios não pode implicar a abertura de instrução, tendo que se basear nos factos já existentes e apenas vincula os juizes

⁶⁵ A talhe de foice, julgamos pertinente aludir ao facto de o Projeto de Revisão do CPA, relativamente à previsão do artigo 137.º CPA (artigo 163.º PRCPA), estabelecer agora a possibilidade de reforma ou conversão de atos nulos, figuras às quais subjaz um princípio de conservação dos atos administrativos.

⁶⁶ *Idem*, a propósito, na jurisprudência do STA, o Ac. de 18.02.1997, Proc. 034547, 2.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Rosendo José; o Ac. de 18.06.1998, Proc. 034588, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Alves Barata; o Ac. de 10.11.1998, Proc. 17705A, Pleno da Secção do Contencioso Administrativo, Relator: Rui Pinheiro; Ac. de 22.04.1999, Proc. 028957A, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator: Macedo de Almeida.

⁶⁷ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 512-514. Neste sentido, também o esclarecimento formulado pelo TCAN, em 07.02.2008, na sequência de pedido de esclarecimento do município da Póvoa de Varzim, no âmbito do Processo 2260/04.9BEPR.T: «Na verdade, todas as soluções alternativas à demolição podem e devem ser encontradas pelo requerido Município e não pelo Tribunal, sendo certo que a este apenas incumbe apreciar os pedidos formulados pelos AA. e absolver ou condenar em conformidade com os mesmos. Assim, todas as soluções jurídicas e materiais que o Município encontre como forma de repor a legalidade são da sua única e exclusiva responsabilidade, apenas interessando a este Tribunal que a legalidade seja efetivamente reposta, ou seja, que os AA. não possam argumentar, por que forma seja, que os seus direitos estão ou continuam a ser violados por força de atos materiais e jurídicos praticados pelo Município.»

Por todos os argumentos avançados, entende a corrente doutrinária e jurisprudencial em apreciação que *esta possibilidade executiva do julgado se mostra*

de 1.ª instância, não ao ponto, porém, de estar abarcado pelo seu dever de pronúncia. Nessa medida, em caso algum se poderá alegar nulidade de sentença por omissão de pronúncia;

3. Quanto à legitimidade para interpor recurso jurisdicional (artigo 141.º, n.ºs 2 e 3 CPTA), resulta do exposto em letra de lei que é possível recorrer de decisão que tenha conferido provimento relativamente a algum ou alguns vícios conhecidos, mas não relativamente a outro(s), sobretudo tratando-se de vícios de ilegalidade interna, isto porque as partes finais dos n.ºs 2 e 3 do artigo 141.º CPTA limitam o recurso de decisões que contendam com atos estritamente vinculados e inquinados com vícios de legalidade externa. Tratando-se de uma questão que assumia maior relevância ao abrigo da LPTA, resulta agora evidente que deve adotar-se uma noção de *venimento* em sentido amplo.

Para além destes apontamentos, a solução constante do artigo 95.º, n.º 2, 2.ª parte do CPTA suscita incontornáveis dúvidas de constitucionalidade. Ao sobrepor-se às partes no conhecimento *ex officio* de todas as formas de invalidade do ato administrativo (e já não apenas os vícios geradores de declaração de nulidade e, *a fortiori*, de inexistência jurídica do ato, os quais já podia conhecer a todo o tempo), o julgador assumirá uma natureza tripolar. Tal como sustenta o Juiz Conselheiro Jubilado José Santos Botelho, além do papel de terceiro imparcial, o juiz comportar-se-á como *grande educador do autor e grande educador do réu*, o que configura uma reviravolta exagerada face ao paradigma do Estado agressivo napoleónico e até uma solução atentatória do interesse público, sem paralelo em Direito Comparado. Ademais, importa considerar a possibilidade de a invocação oficiosa de determinado vício de que aparentemente padeceria o ato traduzir-se numa atuação desprestigante para o julgador se, em momento posterior, o próprio verificar a ausência do mesmo na decisão a proferir, bem como o prejuízo decorrente para o réu do conhecimento oficioso de vícios geradores de mera anulabilidade com superação do prazo-regra de arguição pelo autor de 3 meses, ainda que fundado numa tentativa de evitar nova impugnação do ato com fundamentos diversos.

Procurando, de alguma forma, contornar o juízo de inconstitucionalidade da norma em apreço, o Juiz Conselheiro Jorge Lopes de Sousa salienta que a redação do referido preceito apenas determina a *identificação* pelo julgador de causas de invalidade distintas das que tenham sido alegadas pelas partes, estando tão-só adstrito ao conhecimento de todos os vícios invocados pelo impugnante e pelo réu, de acordo com uma interpretação conforme à Lei Fundamental. Se, por ventura, o juiz entender que a obrigação de identificação implica necessariamente um dever de pronúncia sobre vícios (em sentido amplo), apenas se verificará uma errónea interpretação do julgador da disposição em causa, não havendo lugar à formação de caso julgado quanto aos vícios conhecidos extra-arguições das partes. *Verde*, entre outros, o Ac. TCAN, de 19.10.2006, Processo 01197/04.6BEPRJ, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Carlos Luís Medeiros de Carvalho, acerca do ónus de arguição de ilegalidades e dos poderes de apreciação e pronúncia do tribunal, e na doutrina ESTEVÃO NASCIMENTO DA CUNHA, *op. cit.*, pp. 81-149.

Não enveredaremos, *brevitatis causa*, por um excuro sobre o ditame constante do artigo 95.º, n.º 3 CPTA, o qual determina, à semelhança do artigo 3.º, n.º 3 CPC, a observância e cumprimento, ao longo de todo o processo, do princípio do contraditório, mas não resistimos a desenvolver um breve esclarecimento sobre a (por vezes) difícil distinção entre *questões de facto* e *questões de direito*, sobretudo no domínio dos recursos jurisdicionais (*maxime* na ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos). No âmbito destes recursos pretende-se syndicar a sentença

*suportada pela lei e pela base etiológica da nulidade decretada, bem como aconselhada pela justiça do caso concreto*⁷⁰, promovendo uma forma mais proporcionada de restabelecimento da legalidade, a qual vem determinar que a demolição total só se imporá, portanto, quando não for possível manter total ou parcialmente o edificado, sem, contudo, prejudicar a reposição de uma situação de legalidade.

Como bem assinala Dulce Lopes, «em geral, existe uma série de mecanismos que preencham o conceito de “legalização”⁷¹, os quais podemos agrupar em três vias alternativas à demolição: *prática de ato renovatório com objetivo regulador, alteração da situação de facto mediante realização de trabalhos de correção ou de alteração*⁷² e *alteração do direito aplicável*⁷³. E, como facilmente se percebe, para o caso em estudo, o expediente opativo ao exercício daquela manifestação de autotutela executiva que nos deverá merecer considerações suplementares é o último dos enunciados.

Mas antes de nos debruçarmos, em particular, sobre as controvérsias em torno da alteração do direito aplicável para efeitos de “legalização” *a posteriori* de obra cuja autorização foi declarada nula, importa retomar uma consideração

(e não o ato impugnado) proferida em 1.ª instância e analisa-se a procedência da censura produzida pelo recorrente face à decisão de tribunal inferior, assente, sobretudo, na delimitação da argumentação aduzida nas alegações de recurso que é assegurada pelas conclusões. Particularmente no que concerne ao recurso excecional de revista de decisão de Tribunal Central Administrativo (artigo 150.º CPTA – duplo grau de recurso), para além das dificuldades que se colocam ao nível da densificação dos requisitos apostos quanto à importância fundamental do *thema decidendum* ou à evidência da necessidade de recurso para uma melhor aplicação do direito, importa considerar que o mesmo só pode ter por fundamento a violação de lei substantiva ou processual, não podendo o mesmo ser despoletado, portanto, para o julgamento da matéria de facto (provada ou não provada), contemplando, todavia, a alegação de eventual erro de direito sobre a apreciação da matéria de facto, nomeadamente na aplicação das regras sobre repartição do ónus da prova ou relativas aos meios de prova admissíveis ou exigíveis. A título meramente exemplificativo, indicamos o Ac. STA, de 15.09.2011, Proc. 505/10-20, Pleno da 1.ª Secção, Relator: Jorge Artur Madeira dos Santos, onde se discute a omissão do contraditório sobre novel vício identificado pelo acórdão recorrido ao abrigo do artigo 95.º, n.º 2 CPTA, e que motivou um interessante voto vencido do Juiz Conselheiro Jorge Lopes de Sousa, cuja leitura se aconselha.

⁷⁰ Ac. TCAN, de 06.09.2007, Proc. 00422-A/96-PORTO 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: José Augusto Araújo Veloso.

⁷¹ Dulce Lopes, *Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição: quem, como, porquê?*, CJA, n.º 65, Setembro – Outubro 2007, p. 35.

⁷² Adequando as obras à decisão de anulação, nomeadamente mediante demolição meramente parcial, o que é pacificamente aceite, desde que conforme aos ditames da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁷³ Seguindo de perto o esquema conceptual proposto nos comentários ao artigo 68.º (e 106.º) do RJUE de MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES, *Regime Jurídico de Urbanização e Edificação comentado*, Almedina, 2006.

já expandida em momento prévio deste trabalho, a qual volta a assumir relevância para o presente exercício reflexivo. No quadro da previsão do artigo 173.º CPTA, *maxime* dos n.ºs 3 e 4 dessa disposição, resulta prevista, como dissemos, uma terceira causa legítima de inexecução de sentença, à qual se procura reportar os dois últimos mecanismos ora enunciados, isto porque, de acordo com a construção doutrinária aqui abordada, estamos, em qualquer dos casos, perante situações em que «nem é possível reconstituir a situação que existia se o ato anulado não tivesse sido praticado, nem é possível substituir o ato anulado por outro que não reincida nos mesmos vícios.»⁷⁴

A partir deste apontamento preliminar principiámos, então, a hipótese de “legalização” de operações urbanísticas mediante alteração do quadro normativo aplicável, na medida em que, para o efeito, importa, desde logo, convocar a tradicional distinção entre *vícios de legalidade interna* e *vícios de legalidade externa*. *Brevitatis causa*, não nos é possível aforar as várias críticas que esta distinção nos merece, logo apenas diremos que, em relação a estes últimos, aparentemente, não se colocarão problemas de maior gravidade, considerada a faculdade de praticar ato renovatório [artigo 128.º, n.º 2, alínea b), *in fine* CPA e artigo 173.º, n.º 1, 1.ª parte CPTA], mediante expurgo do vício formal-procedimental detetado, em conformidade com o quadro fáctico e normativo existente à data da prática do ato anulado. Já no que diz respeito aos primeiros, porque contendem com o conteúdo ou a substância do ato, outras dificuldades se colocarão, como resulta do *case-study* em apreciação.

Acolhida esta classificação dicotómica, mas sem conceder nas severas críticas que lhe são oponíveis, outra divisão se procura traçar, não obstante a mesma não resultar também diretamente da lei: por um lado, será de admitir a “legalização” *a posteriori* se as ilegalidades cometidas contenderem com normas adotadas ao abrigo da *discricionabilidade de planificação*, mediante alteração do direito aplicável; por outro lado, se o ato de gestão urbanística padece de ilegalidades que colidem com normas de *vinculação situacional* dos solos que concretizam diretrizes legislativas (como os regimes da RAN ou da REN, instrumentos de ordenamento do território, com implicações na expansão urbanística dos Planos), estará excluída uma alteração do quadro normativo aplicável.

A partir da distinção que se acaba de estabelecer, e concentrando-nos num dos aspetos mais contestados pela CCRN e pelo ator popular, impõe-se que coloquemos a seguinte questão: o estabelecimento do destino ou vocação de

uma parcela do solo constitui uma das manifestações da ampla liberdade de conformação do plano territorial ou, pelo contrário, deve surgir como um limite à discricionabilidade, em obséquio à *condição e à característica do lugar*?⁷⁵

Ora, em benefício da captura do solo para fins edificatórios e da alteração do zonamento funcional ao sabor dos interesses económicos e empresariais, sempre se pode afirmar que «a inclusão de certos terrenos no âmbito das zonas verdes e equiparadas (zonas de lazer ou destinadas a diferentes infra-estruturas urbanísticas tem uma **base meramente regulamentar** [ao contrário dos regimes da RAN e REN, que constituem restrições com superior dignidade hierárquica motivadas pela especial aptidão agrícola e florestal, respetivamente] – **radicando no plano municipal de ordenamento do território** – e **depende decisivamente, não das características intrínsecas dos terrenos em causa, da sua natureza e vocação económica, mas antes de juízos de oportunidade**, amplamente discricionários, das entidades administrativas responsáveis pela urbanização e ordenamento do território»⁷⁶ [negrito nosso]. Esta posição aqui retratada vem demonstrar a peculiaridade deste instituto da discricionabilidade em Direito Urbanístico, a qual deriva da abstração do interesse público primário e dos fortísimos interesses públicos secundários e privados que concorrem para uma *ponderação jurídico-subjetiva de pressões* vertida nos planos urbanísticos, assim como modelam excessivamente e inquinam mesmo o interesse público primário, ou seja, o fim vinculado, definido e qualificado previamente pelo legislador.

Contudo, não podemos acompanhar tal entendimento, o qual desrespeita – porque há factos que ditam as normas – «as características intrínsecas e naturais dos terrenos e bens jurídicos», os quais «supõem um limite à vontade planificatória (...)»⁷⁷. A atividade planificatória deve proceder a uma inventariação da realidade fáctica sobre a qual vai incidir, e observar o devido respeito ao retrato que advier desse estudo empírico diagnóstico. Ademais, sufragamos igualmente a opinião de Luís Filipe Colaço Antunes no que concerne à necessidade de «fixação de índices mínimos e máximos» para definição de zonas verdes (às quais subjazem preocupações de ordenamento do território e ecológicas) e culturais pelo legislador infraconstitucional [*standards urbanísticos*, como o índice volumétrico, aos quais alude o artigo 85.º, alínea j) do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, em relação ao conteúdo do PDM], os quais permitis-

⁷⁵ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, pp. 158 e ss.

⁷⁶ Ac. STJ, de 29.11.2012, Proc. 11214/05.7TBMTS.P1.S1, 7.ª Secção, Relator: Lopes do Rego. No mesmo sentido, FERNANDO ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 2.ª edição, Almedina, pp. 467-468.

⁷⁷ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *op. cit.*, p. 159

⁷⁴ É desta forma que MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, in *Renovação do ato anulado e causa legítima de inexecução: revisão do tema*, CJA, n.º 73, Janeiro – Fevereiro 2009, p. 31, apura a verificação de causa legítima de inexecução, a qual impossibilita a obtenção da execução efetiva e plena da sentença. O último segmento da citação corresponde, naturalmente, à primeira via alternativa elencada.

sem «uma adequação territorial e social às necessidades de cada comunidade (...)»⁷⁸, a ser concretizada, então, pelos planos municipais de ordenamento do território.

De resto, a eventual alteração de direito a operar na dimensão normativa do plano urbanístico e posterior prática excepcional de novos atos de licenciamento encerra também um sério confronto com o princípio da inderrogabilidade singular e o princípio *tempus regit actum*.

Aos regulamentos dotados de eficácia externa, como o Plano Diretor Municipal, aplica-se o *princípio da inderrogabilidade singular*, logo para uma situação individual e concreta (*in casu*, a “legalização” do empreendimento do Bom Sucesso) não pode a Administração Pública excluir a disciplina que resulta de um regulamento administrativo, afastando-o do seu âmbito de aplicação (mas mantendo-o para todos os demais casos), na medida em que a Administração se encontra vinculada às normas que elabora. Sob pena de consentirmos a elaboração de “planos-medida”, a eventual adequação a um caso concreto de regras que, por definição, são gerais e abstratas, além de constituir uma clara afronta aos princípios da legalidade e da igualdade (em relação aos demais municípios), só pode merecer, da nossa parte, um juízo de inteira reprovação pelo indício de parcialidade e de cedência perante poderosos interesses privados na conduta da Administração Local, ainda que estes se possam revelar, pelos encargos inerentes à construção civil e à dinamização de atividades nos espaços edificados, uma importante fonte de receita para os municípios.

Como referimos, também o *princípio tempus regit actum* é colocado em causa por toda esta construção doutrinária e jurisprudencial. De acordo com este princípio, consagrado no artigo 12.º CC e que encontra concretização no artigo 67.º RJUE, a legalidade do acto de licenciamento afere-se pela realidade fática existente no momento da sua prática e pelo quadro normativo então em vigor, logo não se compreende como se possa falar em “sanação” de ato nulo (artigo 68.º RJUE), salvo se for atribuída, por disposição expressa e específica, uma eficácia retroativa à revisão do Plano. Também esta possibilidade dialoga com um dos corolários do princípio da legalidade urbanística, o qual determina a eficácia *ex nunc* ou o carácter não retroativo das disposições normativas dos planos, exatamente para não serem afetadas quaisquer edificações construídas no passado, de acordo com as *normas legais e regulamentares* em vigor à data da sua execução. Assim, e ao contrário do que determinou o já indicado acórdão do STA, relativo à alteração de pormenor do Plano de Urbanização da Costa do Sol, quer a emissão de novos atos de licenciamento à luz dos instrumentos

de planeamento territorial entretanto alterados, quer esta atribuição de eficácia *ex nunc* às disposições alteradas não passam de recursos engenhosos para tentar enquadrar, mais uma vez à margem da legalidade, situações que se consolidaram de forma ilegítima.

Ao longo desta extensa incursão pela figura da “legalização” *a posteriori*, já fomos manifestando alguns dos motivos da nossa oposição, mediante contra-argumentação aos termos em que a mesma tem sido conformada pela literatura jurídica e pelos doutos arestos jurisprudenciais. Todavia, não nos podemos ficar por aqui, pois impõe-se que chamemos à colação outras considerações jurídicas e metajurídicas que sustentam a nossa censura a esta construção que procura dispensar, porque inexigível, a reconstituição da situação atual hipotética.

Num ordenamento enformado pelo princípio da plenitude do processo de execução de sentenças, o direito à execução – e o correspondente dever de executar – nasce com o trânsito em julgado da sentença, momento a partir do qual a Administração está adstrita a assegurar a execução espontânea do julgado anulatório, independentemente de ulterior verificação de causa legítima de inexecução⁷⁹.

Neste sentido, e citando uma passagem de lapidar de Rodrigo Esteves de Oliveira, «[o] cumprimento da sentença há-de ser **tempestivo** (a observar após o trânsito em julgado da sentença e dentro de certo prazo), **integral ou pontual** (princípio da identidade entre o julgado e o executado), **escrupuloso** (**feito de boa-fé, sem dilações injustificadas** e estando proibida a adoção de quaisquer atos ou operações que **mantenham ou deem por existente** a situação sancionada pelo tribunal), **efetivo** (sendo proibidas quaisquer formas de inexecução indireta, como sucede com o cumprimento aparente ou fictício, simulado, fraudulento, elusivo) e **consistente ou intangível** (no sentido de que, depois de cumprir, há que acatar o cumprido: a situação resultante do cumprimento da sentença condiciona a atividade futura da Administração: é uma situação consolidada e para respeitar, salvo, eventualmente, a ocorrência superveniente de circunstâncias excecionais de interesse público⁸⁰, como pode acontecer em matéria de organização dos serviços públicos).⁸¹ [negrito nosso]

⁷⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Nulidade dos atos desconformes com a sentença*, CJA, n.º 2, Março – Abril 1997, pp. 31-32.

⁸⁰ Sendo que o interesse público, como bem exalta MIGUEL PRATA ROQUE, in “*Alto e pára o baile!*” – *O excepcional prejuízo para o interesse público como meta causa de inexecução da decisão cautelar*, CJA, n.º 97, Janeiro – Fevereiro 2013, p. 42, não pode ser confundido com o interesse do sujeito da Admi-

nistração Pública por «*uma autoafirmação (autocrática) do conteúdo desse “interesse público”*»
⁸¹ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 251.

E como frisa Mário Aroso de Almeida, a propósito do cumprimento do dever de executar o julgado anulatório, «a circunstância de a Administração ser co-responsável pela situação ilegal, por ter contribuído para a lesão do interessado, constitui um evidente factor delimitador dessa eventual discricionariedade. Por conseguinte, se, à partida, o poder de intervenção sobre construções clandestinas envolvia um espaço de apreciação discricionária quanto ao “an”, a circunstância da anulação do acto no qual se baseava a situação constitui a Administração numa verdadeira obrigação de agir para com o recorrente que obteve a anulação daquele acto. Isto deve-se ao facto, (...), de não estar, aqui, em causa o normal exercício, por parte da Administração, dos seus poderes de intervenção sobre construções ilegais, mas o cumprimento do dever de executar o efeito repristinatório da anulação. (...) Justifica-se, por isso, que, neste contexto, se acentue o dever de a Administração actuar relativamente às situações que ela própria criou através da adopção de um acto administrativo ilegal. Sobre ela recai, nesses casos, um **dever qualificado de intervenção**, uma vez que já não se trata de cumprir uma obrigação pública genérica de pôr cobro aos ilícitos que outros cometem, mas de **eliminar um ilícito público, imputável a si própria**...»⁸² [italico e negrito nossos]

Não somos insensíveis, sobretudo no actual contexto económico-social, nem ao facto de o Shopping Cidade do Porto constituir um «pólo dinamizador de toda a cidade do Porto (...) onde se exercem as mais variadas actividades económicas, comerciais, profissionais e de lazer», as quais proporcionam «milhares de empregos», nem aos encargos que o município teria eventualmente de arcar com o procedimento burocrático que culminaria com os trabalhos de despejo e demolição do edificado e com as indemnizações aos proprietários das frações autónomas, tudo isto «num cenário de défice público e das Finanças Locais».

Mas porque “julgar a Administração é verdadeiramente julgar”, em casos como aquele que aqui procuramos tratar, só a aplicação da medida mais disuasora, quiçá “draconiana”, será possível repelir o sentimento de impunidade que paira na comunidade, geradora de um sério alarme social sobre a observância dos mais elementares ditames impostos pelo interesse público de realização da justiça e pela credibilização do nosso aparelho judiciário. Porque, parafraseando Diogo Freitas do Amaral, o recurso à via judicial «vale apenas o que valer a sua repercussão final nas situações reais da vida»⁸³.

Servindo-nos das palavras de José Pulido Valente aquando da sua tomada de posição no recurso de agravo movido pelo Vereador do Urbanismo contra a sentença que especificou os concretos atos de execução: se, por um lado, os municípios tendem a ser «pressuroso[s] e diligente[s] na demolição de pequenos anexos e na remoção de marqueses de conveniência», por outro lado, vêm a revelar-se «complacente[s] e conivente[s] com quem viola a lei em maior escala.»

Exatamente para refutar esta visão de que a Administração e os Tribunais, perante casos idênticos, têm “dois pesos e duas medidas”, é que não podemos ser flexíveis e adotar uma construção fecunda em objeções, suscetível de ser confrontada com a controvérsia de “premiar” (e até incentivar) quem desmolda grandes construções à margem da lei, assegurando um melhor tratamento até em relação a quem começa a edificar depois de observados os termos procedimentais de todos conhecidos (apresentação de projeto, sua apreciação e aprovação, liquidação de taxas). Até porque se deve «evitar que, por esta via, se inverta toda a lógica do planeamento, já que são as operações urbanísticas que se devem adequar ao plano e não o plano que se deve ir adequando às operações urbanísticas consolidadas à sua revelia.»⁸⁴

Assim, «para que a decisão favorável ao autor não se transforme numa mera vitória de Pirro»⁸⁵, revela-se, de todo em todo, indispensável *in casu* a adoção do comportamento jurídico-público devido por parte do município, pois só assim se respeitará a importante manifestação da dimensão objetiva do contencioso administrativo, representada pelos princípios da *obrigatoriedade* e *prevalência* das decisões dos tribunais administrativos (artigos 157.º, n.ºs 1 e 2 CPTA), corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consignado no n.º 1 do artigo 20.º CRP, superiormente assegurada por aquele que é, em casos como o aqui escarpelizado, o «instrumento privilegiado de restituição da realidade fática ao universo da legalidade»⁸⁶: a demolição!

Junho de 2014.

⁸² MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de atos administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, pp. 510-512.

⁸³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, p. 9. A respeito dessa repercussão, também verificamos que a sanção de perda de mandato, prevista nos artigos 8.º e 9.º, alíneas a) e d) da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, acaba por se revelar ineficaz (quando aplicada), isto porque o trânsito em julgado da decisão só vem a ter lugar em momento posterior ao termo normal do mandato.

⁸⁴ MARIA JOSÉ CASTANHEIRA NEVES, FERNANDA PAULA OLIVEIRA & DULCE LOPES, *op. cit.*, Almeida, 2006, pp. 353-354.

⁸⁵ JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 8.ª edição, Âncora Editora, 2013.

⁸⁶ MIGUEL PRATA ROQUE, *Mil e uma formas de parar um “bulldozer”? – A impugnação de ato administrativo de demolição de obra ilegít.*, CJA, n.º 89, Setembro – Outubro 2011, p. 42.