

RECOMENDAÇÃO

R. n.º 8/03

A Associação de Moradores da Quinta da Carreira veio pedir que Provedor Municipal se pronuncie acerca do acto administrativo de licenciamento de uma construção na “zona do tanque” da referida Quinta da Carreira.

*

Podemos dar como assentes os seguintes factos:

Através do requerimento registado sob o n.º 4401, de 17 de Março de 2000, veio requerer a aprovação do projecto de arquitectura referente a obra de construção nova, num prédio rústico sito na Rua Fernando Pessoa/Rua Bordalo Pinheiro, freguesia de S. João do Estoril.

O Projecto de arquitectura foi aprovado por despacho datado 02/02/2001, tendo sido emitido o respectivo alvará de licença de construção com o n.º 1563, em 17/12/2001.

O Alvará de Loteamento n.º 62 não prevê qualquer lote para construção na área a ocupar pela edificação urbanística a que respeita o Alvará de Construção n.º 1563.

Tal espaço corresponde a uma área “sobrante” (onde se localiza um grande tanque da antiga Quinta da Carreira que há mais de vinte anos tem sido utilizado como equipamento desportivo, e se encontra um exemplar de *Dracaena Draco L.*, vulgarmente reconhecido por “dragoeiro”) a integrar no domínio público municipal nos termos do contrato de urbanização da Quinta da Carreira de 23/12/1964.

O mencionado “dragoeiro” está classificado como de interesse público, conforme aviso publicado no D.R., II Série, n.º 223, fl. 11.526, de 26/09/1995.

Não foi efectuada qualquer consulta à Direcção-Geral das Florestas ou organismo que a substitua, nem ao IPPAR.

O Alvará de Construção n.º 1563 prevê uma cêrcea de 23,60 m.

O PDM de Cascais permite uma cêrcea máxima de 22,00 m.

Em 13/02/2002, através do Despacho n.º 68/2002 do Sr. Presidente da Câmara, foi determinada a suspensão imediata do alvará de Licença de Construção n.º 1563/2001 considerando, em síntese, tratar-se de um licenciamento ilegal, susceptível de causar graves e inquantificáveis prejuízos para o Município.

A suspensão decretada pelo referido Despacho n.º 68/2002 assenta essencialmente nos seguintes fundamentos: Violação do Alvará de Loteamento n.º 62/73, bem como no que já se encontrava prescrito no contrato de urbanização datado de 23/12/64; Falta de consulta da Direcção-Geral de Florestas, dada a proximidade de um “dragoeiro” classificado de interesse público; A cêrcea da edificação prevista no projecto não respeita o limite máximo de 22,00 m previsto no PDM.

*

Alicerçamos a descrição factual supra, sobretudo na análise do processo de licenciamento de construção n.º 4401/00, no alvará de loteamento n.º 62/73 e na descrição fáctica feita no despacho n.º 68/2002 de 13/02.

*

O Direito do Urbanismo é comumente considerado, quanto à sua natureza, como um ramo do Direito Administrativo, uma parte deste grande ramo do direito, mas com traços próprios que lhe conferem uma dimensão de verdadeiro ramo autónomo.

É, pois, uma especialidade do direito administrativo, mas com traços singulares que se traduzem, designadamente, na volubilidade e infixidez das suas normas, na natureza intrinsecamente discriminatória e desigualitária dos seus preceitos, na sua estreita conexão com outros ramos do direito (o direito do ordenamento do território e o direito do ambiente) e na sua natureza de saber plural, interdisciplinar. Como diz Gomes Canotilho, (comunicação ao 2º colóquio internacional – um cód. de urb. para Portugal) nele convergem olhares plurais: dos arquitectos, dos urbanistas, dos engenheiros, dos ambientalistas, dos juristas, dos historiadores, dos autarcas, dos políticos, das associações cívicas...

Esta singularidade do Direito do Urbanismo revela-se também na própria Constituição da República.

O fenómeno da constitucionalização do direito (as modernas constituições não se ficam, como as liberais, por enunciar os direitos fundamentais do cidadão, a separação de poderes... mas vão mais longe, consagrando princípios essenciais de disciplinas ou áreas jurídicas conexas com a garantia da qualidade de vida dos cidadãos, “rectius” o

direito do ordenamento do território, do urbanismo e do ambiente) levou a que “conjuntos normativos” surjam como verdadeiro direito constitucional concretizado, com é o caso da norma contida no art.º 65º da nossa C.R.P. que encerra uma autónoma “constituição do urbanismo”.

Como refere Alves Correia, (Man. de Dirt.º do Urb. p.86) entende-se como “constituição do urbanismo” o conjunto das regras e princípios constitucionais respeitantes ao urbanismo.

Esta realidade, e a ideia de que o actual direito do urbanismo é enformado por um conjunto de princípios e conceitos fundamentais sólidos e consolidados, à volta dos quais existe um amplo consenso e constituem as paredes mestras do edifício jurídico urbanístico português, leva alguns autores a sustentarem da vantagem e conveniência na elaboração e aprovação de um “Código de Urbanismo”, v.g., Alves Correia.

Seria inoportuno abordar aqui e agora este tema, mas propendemos para considerar, na esteira de reputados autores, (v.g. Fausto Quadros, comunicação ao citado colóquio) que o primeiro problema que o Direito do Urbanismo coloca não é o da codificação, é o do cumprimento do direito vigente.

Neste domínio do direito, como noutros, pode dizer-se que existe em Portugal a obsessão de que é mudando as leis que se resolvem os problemas. Não é assim. Mais importante do que mudar as leis é fazê-las cumprir. E para que haja essa noção de que as leis são para cumprir é preciso mudar as mentalidades, “rectius”, é preciso que os cidadãos estejam informados e tenham uma cultura de exigência, designadamente em relação à Administração Pública.

Como diz C. Antunes, (comunicação ao 2º colóquio citado) “sem urbanidade não há urbanismo e direito urbanístico”.

É preciso, pois, que os cidadãos sejam exigentes para com os detentores de cargos públicos em termos de lhes impor, sob pena de os afastar, que seja posto termo à visão ignominiosa das questões urbanas, aos ataques à estética e à paisagem, em suma, que seja implementado um urbanismo com qualidade de vida.

E se isto deve ser assim a nível global do país, é ainda mais premente, por razões óbvias, que esta visão das questões do urbanismo seja abraçada pelos decisores nas zonas de especial valor turístico, como é o caso do concelho de Cascais e a região do Algarve.

Com efeito, há quem diga (v.g., Fernanda P. Oliveira, comunicação ao 2º colóquio citado) que pode falar-se já de uma “codificação parcial” do direito do urbanismo, se atentarmos na Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo – Lei n.º 48/98 de 11 de Agosto, (repare-se que, quer o legislador constitucional quer o ordinário interligam o ordenamento do território ao urbanismo – art.º 65º n.º4 e 165º n.º 1 al. z) da C.R.P. e Lei n.º 48/98 referida) lei de bases imposta pela Constituição que também exige a subsequente elaboração e publicação de decretos-leis de desenvolvimento, o que parece inculcar a ideia de que se pretenderam normas de valor diferente.

O DL. N.º 380/99 surgiu, de facto, na sequência da aprovação da aludida lei de bases (é uma imposição do seu art.º 35º) e concretiza o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial.

Este diploma elege os planos como instrumentos fundamentais para o ordenamento do território e para o urbanismo, o que demonstra a referida interligação e complementaridade entre estas duas áreas e nos leva a colocar a questão de saber qual a estrutura e conteúdo do futuro código.

Deverá, v.g., incluir o regime jurídico dos instrumentos de planeamento territorial? Deverá ainda incluir as garantias dos particulares ou esta problemática continuará a ser tratada no quadro matriz que é o direito administrativo?

Já o D.L. n.º 555/99 de 16 de Dezembro, alterado pelo D.L. n.º177/2001 de 04 de Junho, instituiu o regime jurídico da urbanização e da edificação, ou seja, “grosso modo” unificou os regimes jurídicos do loteamentos urbanos, obras de urbanização e obras particulares, anteriormente dispersos pelos D.L. n.º 448/91 de 29 de Novembro (relativo às operações de loteamento e obras de urbanização) e o D.L. n.º 445/91 de 20 de Novembro (relativo ao licenciamento de obras particulares).

Dissemos que tal unificação deve ser entendida em termos hábeis, porquanto o novo D.L. não se limitou rigorosamente a reunir os dois anteriores diplomas tendo antes um âmbito mais amplo.

Uma coisa é certa, estes diplomas (380/99 e 555/99) mostram-se já articulados entre si, mas é preciso ainda, numa óptica de eficiência e rigor jurídico, harmonizá-los com a Lei dos Solos e o Código da Expropriações; quanto a este, por exemplo, por forma a resolver a questão relativa à perequação compensatória e do cálculo do montante de indemnização neste último prevista.

*

Como referimos, o direito do urbanismo vive paredes meias com outras disciplinas, especialmente com o direito do ambiente e o direito do ordenamento do território, (pode falar-se já de um direito da edificação) mas o direito nuclear, matriz, é este último.

Com efeito e como é compreensível, não pode falar-se de política de urbanismo ou ambiental sem um prévio e adequado ordenamento do território. O problema originante, como diz C. Antunes, (Dir. Urbanístico p.74) é onde e como construir o quê e para quê.

A interdependência com o direito do ambiente é também manifesta, posto que este direito tem natureza transversal, o que decorre claramente do próprio comando contido no art.º 66º da Constituição. Ele atravessa horizontalmente vários ramos de direito e várias políticas sectoriais do Estado: a política da habitação, das águas, das pescas, da energia...

*

Como referimos, as leis existentes são suficientes para implementar desde já um urbanismo com qualidade de vida, concepção que não é naturalmente incompatível com a ideia de que é chegado o momento de se iniciar o longo caminho da codificação.

Estamos, por isso, com Fausto Quadros (comunicação citada) quando diz que, “não me oponho à codificação do direito do urbanismo mas considero prioritária a criação, também nesta matéria, de uma mentalidade favorável ao cumprimento da lei, em vez de o urbanismo continuar a ser, como é tantas vezes, um laboratório para experiências de tantos arquitectos mal preparados (também aqui bastará viajar-se pela Europa mais evoluída para se fazer a comparação) ou um palco onde se exibem actores, públicos e privados, que concorrem uns com os outros no sentido de se saber quem engana mais quem... Só criada essa mentalidade valerá a pena pensar-se em rever e codificar o direito do urbanismo... num progresso do Direito em Portugal e numa melhoria da qualidade de vida dos portugueses, a que estes têm direito.”

*

O caso concreto:

Vamos abordar, naturalmente à luz do que fica dito e da legislação aplicável, (repare-se que o processo de licenciamento decorria na Câmara à data da entrada em vigor do D.L. nº 555/99, sendo-lhe por isso aplicável o regime do anterior D.L. nº 445/91 de 20/11 – cf. art.º 128º) as três vertentes fundamentais do problema suscitado, (a parcela sobrançada destinada a uso

público onde se situa o tanque que vem sendo utilizado como equipamento desportivo, o dragoeiro classificado de interesse público, também implantado na mesma parcela e a cércea autorizada para os edifícios) para de seguida tentar dar resposta às questões colocadas na queixa.

O acto administrativo originante desta queixa, da lavra do anterior Presidente da Câmara, é do seguinte teor: “Deferido, de acordo com a informação dos serviços – 02/02/2001”.

Do alvará de licença de construção nº 1563 (datado de 17/12/2001) consta, para além do mais, o seguinte: “a construção, cujo projecto de arquitectura foi aprovado por despacho de 02/02/2001 (v. supra) e os projectos de especialidade aprovados por despacho de 06/12/2001, respeita o disposto no alvará de loteamento nº 62...”

Como resulta claro da factualidade acima descrita, quer o contrato de urbanização de 23/12/64, quer o alvará de loteamento nº 62 de 30/11/73, prevêm a existência de uma parcela sobranje destinada a uso público (na qual se situa o tanque... e o dragoeiro classificado de interesse público) a integrar no domínio público municipal; ou seja, a projectada edificação seria implantada em zona “non aedificandi”.

Por isso, a afirmação de conformidade com o alvará, como se diz no despacho nº 68/2002 do Exm.º Presidente da Câmara, não corresponde à verdade.

A informação do Director do DUI datada de 04/02/2002, naturalmente estribada no conhecimento directo dos processos respeitantes à urbanização em causa, é clara neste particular: “...nas diversas escrituras de urbanização e posteriores alvarás de loteamento, não estava prevista qualquer construção – trata-se de uma área sobranje liberta de construção.”

Isto significa, pois, que o acto que licencia a construção em causa é nulo por violar o alvará de loteamento nº 62, em vigor – art.º 52º nº 2 al. b) do citado D.L. n.º445/91 de 20/11 (com a redacção conferida pelo D.L. n.º 250/94 de 15 de Outubro).

Mas o atropelo à legalidade também ocorre em consequência de não ter sido respeitado o limite previsto para a cércea das edificações no PDM de Cascais.

A cércea máxima que o aludido plano prevê é de 22,00m, enquanto que o alvará de construção nº 1563 refere que as projectadas edificações terão uma cércea de 23,60m.

Também com este fundamento o acto administrativo em análise é nulo.

Como também decorre do acervo factual narrado, o dragoeiro localizado na parcela sobrance, a integrar no domínio público municipal, está classificado de interesse público, nos termos do disposto nos D.L. n.º 28468 de 15/02/38 e n.º 100/93 de 02/04 e aviso publicado no D.R. II série de 26/09/95.

Nos termos do disposto no art.º 1º e seu § único do referido D.L. n.º 28468, a construção em causa não poderia ser licenciada sem prévia autorização (expressão da norma) das entidades competentes para o efeito.

Não tendo sido promovida esta consulta o acto em causa é anulável de acordo com o disposto no n.º 1 do citado art.º 52º do D.L. mencionado.

*

No novo regime jurídico da urbanização e da edificação (D.L. n.º 555/99 de 16 de Dezembro, com a redacção conferida pelo D.L. n.º 177/2001 de 04 de Junho) as apontadas violações geram sempre a nulidade das licenças ou autorizações.

*

O n.º 5 do citado dispositivo prescreve por seu lado o seguinte: “Nas situações previstas nos n.ºs 1,2 e 3, o município constitui-se na obrigação de indemnizar os prejuízos causados aos interessados”.

Por seu lado os n.ºs 3 e 4 do mesmo normativo estabelecem que deixar de promover as consultas referidas no n.º1... constitui negligência grave e as situações previstas na al. b) do n.º 2 constituem ilegalidade grave... com as consequências ali apontadas.

Este dever de indemnizar resulta ainda do disposto no art.º 22º da C. R. Portuguesa, dos art.ºs 96º e 97º da Lei n.º 169/99 de 18 de Setembro e do D.L. n.º 48051 de 21/11/67.

Trata-se de responsabilidade extracontratual, que é solidária com os titulares dos órgãos municipais e os funcionários e agentes, o que também resulta do prescrito no art.º 271º da C.R.P. e D.L. n.º 48051 citado.

Salienta-se que contra uns e outros tem o município o direito de regresso – art.º 271º n.º 4 da C.R.P., art.º 96º n.º 2 da Lei n.º 169/99 e D.L. n.º 48051.

Importa finalmente realçar que nos termos do disposto no art.º 6º deste último diploma, consideram-se ilícitos os actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.

Enfatiza-se aqui, ainda que de forma superficial, a questão do dever de indemnizar, da responsabilidade solidária e do direito de regresso, para alertar os cidadãos aqui interessados para duas realidades:

Por um lado, que eventuais indemnizações da responsabilidade do município sairão em primeira linha dos cofres públicos, o mesmo é dizer do bolso dos cidadãos; e, por outro, que a figura da solidariedade e o mecanismo do regresso deverão ser accionados em sede própria sempre que haja fundamento para tal, como forma de obrigar os titulares dos órgãos e os agentes das autarquias a serem zelosos e cumpridores no exercício das suas funções, o mesmo é dizer, pautarem tal exercício na estrita obediência das leis e dos princípios gerais aplicáveis, bem como das regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração.

Naturalmente que a esta responsabilidade acresce a penal, quando as condutas dos titulares dos órgãos ou os agentes das autarquias tiverem também tal relevância.

*

Finalmente uma brevíssima referência para a questão da legitimidade para intervir no procedimento administrativo.

É aqui manifesta a existência de interesses plurindividuais comuns a uma parcela significativa (senão a totalidade) dos habitantes da Urbanização da Quinta da Carreira, merecedores de protecção, dada a importância dos valores envolvidos, (são aspectos vitais para aquela colectividade – tutela da qualidade de vida, da habitação do património ambiental...) o que significa que estamos no domínio da tutela dos interesses difusos ou de vincada dimensão pública.

Com efeito, independentemente de a queixa se estribar na violação por parte da administração de normas legais concretas no licenciamento da construção, (P.D.M., D.L. 445/91...) a mesma tem ainda subjacente a violação de princípios constitucionais e normas legais ordinárias que tutelam aspectos vitais para a comunidade no seu conjunto – tutela da qualidade de vida, do ambiente, do património arbóreo...

A tutela destes interesses é reconhecida não apenas ao cidadão individual, (n.º 2 al. a) do art.º 53º do C.P.A.) mas também às associações constituídas em defesa desses interesses (n.º 3).

Isto significa, pois, que qualquer destas entidades tem legitimidade procedimental activa.

Por outro lado importa aqui destacar o regime da nulidade, (art.º 134º do C.P.A.) designadamente que a mesma é invocável a todo o tempo e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou...tribunal.

*

Feita esta perfunctória análise do quadro jurídico (princípios e normas) em que se move a questão, é chegado o momento de avançar para a recomendação.

É do nosso conhecimento que decorrem nesta altura conversações no sentido de encontrar uma solução consensual para o litígio instalado.

Aplaudimos este esforço, porquanto, como sempre dizemos em situações similares e usando um velho aforismo popular, mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.

Com os fundamentos expostos concluímos que a edificação na parcela sobrente, sem prévia alteração do alvará de loteamento em vigor, não é viável.

Tal parcela deverá manter a finalidade de utilização pública, destarte contribuindo para que os moradores da Quinta da Carreira beneficiem do inalienável direito (constitucional) a um urbanismo humano, sadio, equilibrado, em suma, um urbanismo com qualidade de vida.

A este propósito importa ainda ponderar no seguinte:

Como é evidente, o alvará de loteamento n.º 62 deu aos adquirentes das várias fracções autónomas a garantia de que a parcela sobrente seria destinada a uso público.

Isto significa que tal alvará foi idóneo à criação de uma “situação de confiança justificada”, com base na qual se fundou a realização, por banda dos moradores/adquirentes, de um “investimento de confiança”.

Nalguns casos o investimento de uma vida. Adquiriram aquelas fracções também no pressuposto daquela envolvimento...

É assim sustentável que a conduta da Câmara Municipal que licenciou a construção posta em causa, (alvará de licença de construção n.º 1563) em violação do alvará de loteamento n.º 62, (sem prévia alteração com a participação dos cidadãos interessados) poderá vir a integrar a violação do dever geral de conduta consequente, com desrespeito do princípio da protecção da confiança, contido no princípio do Estado de Direito, podendo como tal vir a ser qualificada como conduta ilícita eventualmente geradora de responsabilidade civil extracontratual; isto, naturalmente, se a construção licenciada se viesse a concretizar.

No pressuposto inverso, então seria a empresa que viu aprovado o alvará de licença de construção que eventualmente teria direito a uma indemnização por eventuais prejuízos causados pelo acto administrativo em análise.

*

Recomendação:

Cotejando estas realidades e visando evitar o “calvário” de uma demanda judicial, exortamos os interessados – Câmara Municipal, empresa de construção e moradores da Quinta da Carreira – numa óptica de “administração concertada”, a procurarem uma solução consensual que deverá passar pelo seguinte:

A parcela sobrance, onde se situa o tanque e o dragoeiro, deverá manter a sua finalidade de utilização pública – lazer da população.

A área de construção deverá ser reduzida para limites adequados, ou seja, respeitando as normas e os princípios acima enunciados.

A obtenção deste desiderato poderá passar pela dispersão das edificações, quer por zonas da própria quinta quer, eventualmente, por outras zonas onde a Câmara possa ceder terreno de valor equivalente.

*

Cascais, 09 de Setembro de 2003

O Provedor Municipal

Alberto M. G. Mendes