

RECOMENDAÇÃO

R. n.º 25

Sociedade de Construções Ld.^a, com escritório na Av.^a do Restelo em Lisboa, veio solicitar a intervenção do Provedor Municipal no sentido de ser recomendado o cumprimento do protocolo outorgado em 27/09/1994 e o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos decorrentes do facto de, até esta data, o Município de Cascais não ter dado cumprimento ao estabelecido no referido protocolo.

*

Com o mesmo objectivo, a queixosa intentou em Janeiro de 2002, no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, uma acção declarativa de condenação contra o Município de Cascais (n.º 22/02 – 1.^a secção) que aguarda ainda decisão.

*

O protocolo em causa, junto a fls. 10 e ss. e que aqui se dá por reproduzido, estabelece na sua cláusula terceira o seguinte:

“3.1 As outorgantes reconhecem que do ilegal indeferimento referido em 1.3 e da redução da área de construção referida em 2.1 resultaram para a empresa prejuízos elevados.

3.2 Os prejuízos referidos em 3.1 serão integralmente indemnizados pela CMC, mediante a dação em pagamento, no prazo máximo de quatro meses, de um terreno considerado pelas partes de valor equivalente, quanto à localização, à do terreno referido em 1.1 e em que seja autorizada a área de construção de 2000 (dois mil) metros quadrados, acima do solo.

3.3 À construção do edifício previsto em 3.2 são aplicáveis os prazos previstos no ponto 2.3.”

*

O contrato administrativo define-se como “o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa” – n.º 1 do art.º 178º do C.P.A. que praticamente reproduz o n.º 1 do art.º 9º do ETAF.

Esta noção legal parece adoptar o critério do objecto, embora o intérprete não possa perder de vista a concepção do direito administrativo como direito da Administração Pública, desde logo em vista do catálogo exemplificativo do n.º 2 da mesma norma.

De facto, o referido n.º 2 não faz uma enumeração completa, exaustiva, dos contratos administrativos, mas apenas exemplificativa.

Adoptou-se, pois, uma concepção aberta da figura do contrato administrativo, desde que passível de ser reconduzida ao conceito vertido no n.º 1 do referido art.º 178º.

Isto significa que em tudo quanto a lei não imponha disciplina diversa, vale nos contratos administrativos o princípio da liberdade de estipulação.

No caso concreto temos um contrato administrativo inominado, formalizado sob a designação de “protocolo”, aprovado em reunião de Câmara de 14 de Setembro de 1994, (acto administrativo/decisão autorizadora do contrato) e que assenta exactamente no princípio da liberdade de estipulação.

A C.M.C. reconheceu, designadamente, que o indeferimento da pretensão da queixosa, datada de 04/12/91, e a redução da área de construção, acarretaram para esta prejuízos que aquela se obrigou a ressarcir mediante a dação em pagamento de um terreno onde seria autorizada a construção de um outro edifício no prazo de quatro meses...

Até esta data não foi dado cumprimento ao acordado no “protocolo”, por isso a queixosa instaurou contra o Município de Cascais a acção a que acima se alude.

É perfeitamente claro que no “protocolo” em análise temos o acordo bilateral de vontades, gerador de uma relação jurídica administrativa, através da qual se constituiu um vínculo contratual, donde a sua interpretação dever ser feita pelos termos do mesmo “protocolo”/contrato, pelos princípios gerais dos contratos administrativos e dos contratos de direito privado.

Um dos princípios gerais (comummente aceite) é exactamente o “pacta sunt servanda” – os contratos devem ser cumpridos pontualmente, o mesmo é dizer, ponto por ponto ...

Na verdade, como acima se disse, em tudo quanto a lei não imponha disciplina diversa, vale nos contratos administrativos o princípio da liberdade de estipulação.

Temos então como assente, e à partida, que a C.M.C. terá de cumprir o contrato outorgado em 27/09/1994 em toda a linha.

De resto, e como princípio geral, deverão ser o Estado e demais entes públicos, os primeiros a dar o exemplo de cumprimento pontual das suas obrigações, maxime quando a outra parte é um simples particular sem outra forma de exigir o cumprimento que não seja o recurso aos tribunais.

Lamentavelmente, também neste patamar o drama dos administrados pode continuar, pois a ausência, desde há décadas, de reformas de fundo na área fundamental da Justiça, fazem desesperar os que a ela recorrem, desacreditando-a.

É um domínio do social, com importantes repercussões económicas, que não pode continuar a ser alvo de meras medidas de cosmética processual ou organizacional, mas que reclama corajosas intervenções de fundo que eventualmente poderão bulir com interesses corporativos instalados...

*

Aqui chegados, importa agora analisar as questões do não cumprimento da obrigação e da indemnização reclamada pela queixosa.

Se à formação do contrato administrativo – actos destacáveis – são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições do C.P.A. relativas ao procedimento administrativo, já para a falta e vícios da vontade e não cumprimento do mesmo, designadamente, relevam as regras do direito civil.

Como é sabido, há três modalidades de não cumprimento de obrigações: falta de cumprimento, mora e cumprimento defeituoso (violação contratual positiva).

A primeira ocorre quando a prestação deixou de ser executada no devido tempo e já não pode ser cumprida, por se ter tornado impossível –

Art.ºs 801º e 802º do C.C. – ou quando, sendo a prestação materialmente possível, perdeu o interesse para o credor – art.º 808º n.º 1 do citado código.

Relativamente à mora, esta ocorre quando, por causa imputável ao devedor, a prestação ainda possível não foi efectuada no devido tempo.

Para tanto há que distinguir: ou a obrigação não tem prazo certo e o devedor só fica constituído em mora depois de interpelação judicial ou extra-judicial – art.º 805º n.º 1 do mesmo código – ou tem prazo certo e a mora surge independentemente de interpelação.

Tanto quanto é possível colher dos elementos juntos ao processo organizado neste Gabinete na sequência da queixa, a prestação não se tornou impossível, nem a credora perdeu o interesse na mesma.

A obrigação não tem prazo certo – a cláusula 3ª do “protocolo” apenas refere que a dação em pagamento... será efectuada no prazo máximo de quatro meses – e não dispomos de elementos que permitam concluir se houve ou não interpelação extrajudicial, mas apenas que a C.M.C. foi já citada na acção a que se aludiu. Ou seja, só parece haver mora (que, como vimos, supõe a possibilidade futura do cumprimento da obrigação) a partir da instauração desta mesma acção (nela pede-se o cumprimento da obrigação) ou, talvez melhor, depois de decorrido um prazo razoável para cumprimento sobre esta interpelação.

Realça-se que os elementos disponíveis não elucidam sobre a ocorrência de anterior interpelação extra-judicial...

*

Pede a queixosa, no articulado inicial levado a juízo, que a C.M.C. seja condenada a entregar-lhe o terreno referido na cláusula 3.2 do “protocolo” e, para além de quantias relativas a juros, o pagamento de uma indemnização...

A entrega do terreno como forma de indemnizar:

Na sua contestação a C.M.C. alega que o processo de construção foi apreciado e licenciado como unidade hoteleira – aparthotel – e que o “protocolo” em causa foi outorgado no pressuposto de que seria mantido o uso aprovado.

Em termos urbanísticos isto significa que a queixosa beneficiou de índices mais generosos do que os aplicados para habitação.

No entanto, mais tarde, a queixosa viu alterada a licença para uso habitacional, (alteração não prevista no “protocolo”) decisão camarária que resultou de um acordo no sentido de considerar que os prejuízos decorrentes do acto anulado pelo Tribunal seriam compensados com a aprovação da referida alteração do uso...

Relata depois outros benefícios, dizendo que todos eles visaram a compensação da queixosa (autora na acção) pela redução do número de pisos, bem como dos prejuízos resultantes da prática do acto que veio a ser anulado pelo Tribunal.

Por isso, com a aprovação do projecto de alterações, contemplando a alteração do uso, deixou de fazer sentido invocar o “protocolo” em causa.

*

Neste plano importa desde já salientar que não nos foi facultada informação sobre se este acordo, posterior ao “protocolo”, foi ou não formalizado... Isto é, se a mudança de uso, de aparthotel para edifício de habitação, teve como condição a “renúncia” ao direito constituído pelo aludido “protocolo”, em virtude de a autora, aqui queixosa, se considerar compensada por esta via dos reclamados prejuízos. (?)

*

Não cabe neste âmbito analisar, de forma expressa, a defesa por excepção, mas antes a questão de fundo, isto em face do pedido da nossa intervenção no sentido de recomendar o cumprimento do “protocolo”, independentemente da procedência da aludida defesa lateral esboçada pela C.M.C.

A obrigação de indemnizar:

No caso concreto é reclamado o cumprimento do “protocolo”, contrato que visou ressarcir os prejuízos decorrentes do ilegal indeferimento do pedido de nova licença de obras e da redução da área de construção...

É este o núcleo duro do pedido formulado na acção, a que acresce o pedido indemnizatório decorrente do atraso no cumprimento do contrato, (prejuízos posteriores...) e juros...

Isto significa que estamos no domínio da responsabilidade contratual, ou seja, que é proveniente da falta de cumprimento das

obrigações emergentes do contrato, que não se confunde com a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, só ela fonte autónoma de obrigações.

Tal significa que a responsabilidade contratual é um efeito dum obrigação anterior, permanecendo a obrigação idêntica, não obstante a modificação do dever de prestar num dever de indemnizar.

O art. 562º do Código Civil, (princípio geral) prescreve o seguinte: quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existia, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

Como é sabido, este normativo consagra a teoria da diferença – a reparação civil destina-se, em princípio, a dar ao lesado a situação patrimonial que teria se o facto que causou o dano não tivesse ocorrido.

Mas, quando não é possível a reconstituição natural e a indemnização tenha de ser fixada em dinheiro, esta tem como medida a diferença entre a situação do lesado na data mais recente que puder ser atendida e a que teria nessa data se não existissem danos.

São pressupostos da responsabilidade contratual o facto ilícito, o dano, a culpa e a existência de causalidade entre o facto e o dano.

Neste domínio, (responsabilidade contratual) agir com culpa significa, em princípio, actuar em termos de a conduta do devedor ser pessoalmente censurável ou reprovável. O juízo de censura baseia-se, pois, no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o obrigado podia e devia ter agido de outro modo.

No caso concreto, demonstrando-se que a C.M.C. não cumpriu a prestação a que estava contratualmente obrigada, deverá reconstituir a situação que existia se não tivesse ocorrido o evento que obriga à reparação, ou seja, deverá satisfazer o interesse que resultaria para a empresa queixosa do cumprimento perfeito e rigoroso do contrato.

No que tange ao cálculo da indemnização, reza o art.º 564º do C.C. o seguinte: o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

*

Feita esta perfunctória análise das normas e princípios aplicáveis, vejamos a situação concreta desenhada pelos factos apenas disponíveis.

A empresa queixosa alega, em síntese, que o “protocolo” não foi ainda implementado e que o mesmo deverá ser cumprido ponto por ponto.

Na acção que corre em juízo a C.M.C. veio retorquir, também em síntese, que as partes acordaram que os prejuízos a que se alude no “protocolo” seriam compensados com a aprovação da alteração de uso para habitação... Os benefícios concedidos “a posteriori” visaram a compensação da autora (aqui queixosa) pela redução do número de pisos, bem como dos prejuízos resultantes da prática do acto que veio a ser anulado pelo T. A. C. de Lisboa...deixou de fazer qualquer sentido invocar o “protocolo” outorgado em 27 de Setembro de 1994.

Esta é matéria de facto controvertida, por isso de duas uma: ou as partes vislumbram concertar posições neste particular ou, caso contrário, terá de ser o Tribunal, produzida a prova em julgamento, a fixar a factualidade sobre a qual recairá o enquadramento jurídico pertinente.

Ainda assim, pode pelo menos dizer-se que não há elementos (documento escrito – art.º 184º do C.P.A.) que demonstrem que as partes acordaram nos exactos termos sustentados na contestação introduzida em juízo...

Todavia, ainda que tal factualidade não venha a ser demonstrada, nem por isso a questão deverá ser resolvida nos precisos termos reivindicados pela autora aqui queixosa.

Pensamos que pode ser dado como assente que, posteriormente à outorga do “protocolo”, a autora/queixosa viu alterado o uso do edifício; inicialmente licenciado como aparthotel, veio a ser autorizada a sua utilização para habitação.

Se assim é, e se, como alega a C.M.C., esta circunstância trouxe um apreciável acréscimo ao valor do imóvel, então, a implementação do “protocolo” terá de ser temperada com o cálculo deste acréscimo de valor, sob pena de a queixosa beneficiar por duas vias. Ou seja, a ser como alega a C.M.C., haveria um enriquecimento injustificado da queixosa, a reclamar um ajustamento das cláusulas do “protocolo” em análise, em termos que, no limite, poderão mesmo, eventualmente, desonerá-la completamente do inicial ónus contratual.

É que, como é evidente, o “protocolo” em causa, como qualquer outro contrato celebrado entre particulares, está subordinado à cláusula “rebus sic stantibus”. Deverá ser cumprido ponto por ponto desde que os pressupostos objectivos (base negocial objectiva) que levaram as partes a contratar não se alterem (designadamente por acordo posterior) em termos

que o seu cumprimento, de acordo com as cláusulas iniciais, implicaria a violação do princípio da boa fé.⁽¹⁾

*

No nosso entendimento e como é evidente, há matéria de facto que pode desde já ser dada como assente. Por isso, com base nela e noutros elementos a calcular, será possível encontrar uma plataforma que conduza a um acordo extra-judicial ou a uma transacção no processo pendente.

Tomamos conhecimento que estão em marcha diligências com vista à resolução do litígio por acordo.

Caso surjam dificuldades, nem por isso a via começada a trilhar deve ser afastada.

Importa ponderar no facto de o Tribunal tardar em dar resposta (já decorreram mais de dois anos desde a instauração da acção e o processo ainda está na fase de saneamento) e na circunstância de, prosseguindo o processo os seus termos com recursos até à última instância, não poder esperar-se uma decisão transitada antes de decorrido um período idêntico ao já transposto.

São estas dificuldades na obtenção de decisões atempadas por parte dos Tribunais que têm levado muitos cidadãos e empresas a procurar meios alternativos de resolução de conflitos, designadamente o recurso à mediação e à arbitragem.

É hoje clara a tendência de fuga dos Tribunais comuns para a jurisdição arbitral nos conflitos de maior complexidade e valor, sobretudo relativos a empresas, tendendo aqueles a ficar inundados com “bagatelas” como as cobranças de dívidas.

Também o Cód. do Proc. Administrativo admite a formulação de cláusulas compromissórias com vista à resolução através de árbitros de eventuais questões que surjam na implementação de contratos administrativos, art.º 188º.

Ao chamar este tema à colação, naturalmente que não temos em mente sugerir a formulação, nesta altura, de um vínculo desta natureza, mas

⁽¹⁾ De notar que não se trata aqui de uma modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias – art.º 437 do C.C. – que é, de resto, um instituto residual ou supletivo relativamente, por exemplo, à figura do enriquecimento sem causa..

Pretende-se significar que a superveniência do acordo a que alude a C.M.C. na contestação derrogaria, excepcionalmente, o acima mencionado princípio “pacta sunt servanda”.

tão só alertar para as virtualidades desta opção, (e outras como a mediação) mesmo no domínio dos contratos administrativos, e para a possibilidade de, eventualmente e como derradeira tentativa, constituir um “grupo de mediação”, (vamos chamar-lhe assim) integrado por um representante de cada uma das partes e por um elemento escolhido por consenso, o qual procuraria chegar a um acordo que colocaria termo ao litígio.

*
*
*

Pelo que deixamos exposto, concluimos que há matéria de facto que pode desde já ser dada como assente e, com base nela e noutros elementos a calcular, será possível encontrar uma plataforma que conduza a um acordo extra-judicial ou a uma transacção no processo pendente.

Assim, recomendo a continuação das diligências em marcha com vista à resolução do litígio por acordo ou, gorando-se estas, a constituição de um “grupo de mediação”, integrado por um representante de cada uma das partes e por um elemento escolhido por consenso, com o mesmo objectivo.

*

Cascais, 15 de Julho de 2004

Alberto M. G. Mendes
(Provedor Municipal)