

Tutela administrativa e tutela da legalidade urbanística - que formas de conciliação?

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo) de 8 de Outubro de 2009, proc. 0574/09, Relator: Juiz Conselheiro Freitas Carvalho

Sumário:

I - Viola os especiais deveres do vereador responsável pelo pelouro do ordenamento do território e urbanismo, a quem cumpre zelar pelo cumprimento da legalidade urbanística e ordenamento do território municipal, a conduta omissiva, prolongada por mais de um ano e meio, que permitiu a continuação de uma obra particular sem a necessária licença, não determinando a instauração de procedimento de contra-ordenação, nem ordenando o embargo, nem dando andamento a auto de notícia levantado pelos serviços, nem atendendo às sucessivas informações dos serviços que concluíam pela ilegalidade da obra e propunham o indeferimento do pedido de licenciamento, antes, prosseguindo com o processo administrativo, e chegando a propor à câmara o deferimento, com informação favorável.

II - Tal actuação consubstancia ilegalidade grave, visando fins alheios ao interesse público, pelo que, verificando-se os pressupostos previstos nas disposições combinadas dos artigos 8º nº 1 alínea d) e 9º alínea i) da Lei nº 27/96, de 1 de Agosto, é de declarar a perda de mandato do eleito local.

.....

Acordam em conferência na Secção de Contencioso do Supremo Tribunal Administrativo O Ministério Público recorre da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja que julgou improcedente a acção administrativa que intentou contra B..., vereador da Câmara Municipal de Santiago do Cacém, identificado nos autos, com vista à declaração de perda de mandato, ao abrigo do disposto nos artigos 8º, n. 1. al. d), 9º, al.s c) e i), e 11º, da Lei n.º 27/98, de 1-08.

I. O recorrente formula as seguintes conclusões:

1º - A conduta do demandado deve aferir-se pela realidade fáctica existente no momento da sua prática, devendo ser apurada e apreciada face ao pressupostos de facto e de direito existentes no momento em que ocorre, não podendo ser determinada por ulteriores desenvolvimentos factuais, previsíveis ou imprevisíveis.

2º - O demandado não logrou provar qualquer causa que justificasse ou excluísse a sua culpa;

3º - A factualidade provada integra-se na previsão legal dos arts. 8º n.s 1, al. d) e 3 e 9º, als. c) e i), ambos da Lei nº 27/96, de 1/08;

4º - Pelo que nunca poderia conduzir à improcedência da presente Acção, mas antes à da sua procedência;

5º - A douda sentença padece de uma errada apreciação da prova bem como de uma errada interpretação das normas contidas nesses preceitos legais, que conduziu a um erro de julgamento com a errada aplicação do direito aos factos;

6º - Ocorreu, deste modo, a violação dos arts. 8º n.ºs 1, al. d) e 3 e 9º, als. c) e i) da Lei nº 27/96, de 1/08 e ainda do art. 266º da Constituição da República Portuguesa.

7º - Razão pela qual deve ser revogada a douda sentença e substituída por outra que julgue procedente por provada a presente Acção, com a consequente declaração de perda de mandato de B....

O recorrido apresentou contra alegações que finaliza com as conclusões seguintes:

A - Nos termos conjugados dos arts. 8º n.º 1 e 9º al. c) e i) da Lei 27/ 96 de 1/8, incorre em perda de mandato, membro de órgão autárquico que viole culposamente instrumento de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes ou que incorra em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público.

B - Não é, pois, suficiente para ser decretada a perda de mandato, que o membro de órgão autárquico pratique uma infracção a instrumento de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico, sendo imprescindível que essa infracção tenha sido CULPOSA

C - Ora, nenhum dos factos considerados provados pela douda sentença recorrida, integra ou é susceptível de integrar VIOLAÇÃO do PDM ou PU de Santiago do Cacém ou de outro instrumento de planeamento e, muito menos, CULPOSA.

D - Não é suficiente para ser decretada a perda de mandato, que o membro de órgão autárquico cometa simples ilegalidade, é necessário que essa ilegalidade seja GRAVE e que, com ela se consiga fins alheios ao interesse público.

E - A factualidade considerada provada não constitui ilegalidade grave que tenha alcançado fins alheios ao interesse público.

F - A douda sentença recorrida julgou bem, aplicou correctamente o direito aos factos quando considerou que a conduta do aqui recorrido não consubstancia uma situação concreta final que viole instrumentos do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes e/ou omissão dolosa que integre ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público.

II. A sentença recorrida considerou assentes os seguintes factos:

A) O demandado B... foi eleito, por sufrágio universal e directo, nas eleições autárquicas de 16.12.2001, para o mandato de 2002/2005, para a Câmara Municipal de Santiago do Cacém, conforme resultados publicados no Mapa Oficial nº 1 - BI 2002 - Diário da República, I série - B, de 27.3.2002 - ver doc nº 1 junto com a petição inicial.

B) Em 8.1.2002 foi nomeado vereador dessa Câmara Municipal, em regime de permanência, tendo-lhe sido atribuídos os pelouros do Ordenamento do Território e Urbanismo, Habitação, Desenvolvimento Económico e Turismo, Solidariedade e Acção Social e ainda Ambiente e Saneamento desde 28.1.2002 sem este último pelouro), conforme despachos nº 1/2002, nº 5/2002 e nº 11/2002 do Presidente da Câmara Municipal, respectivamente, de 1.8.2002, 1.8.2002 e 16.1.2002 - ver docs nº 2, nº 3 e nº 4 juntos com a petição inicial.

C) O demandado iniciou de imediato funções e por despacho de 17.1.2002, do Presidente da Câmara Municipal, foram-lhe delegadas competências no pelouro do urbanismo, nomeadamente, para:

- embargar e ordenar a demolição de quaisquer obras, construções ou edificações efectuadas por particulares ou pessoas colectivas, sem licença ou com inobservância das condições dela constantes, dos regulamentos, das posturas municipais ou de medidas preventivas, de normas provisórias, de áreas de construção prioritária, de áreas de desenvolvimento urbano prioritário e de planos municipais de ordenamento do território plenamente eficazes,

- determinar a instrução dos processos de contra-ordenação e aplicar as coimas, nos termos da lei, com a faculdade de delegação em qualquer dos restantes membros da Câmara Municipal - ver docs nº 5, 6 e 7 juntos com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

D) No ano de 2003, a Inspeção-Geral da Administração do Território levou a cabo uma acção inspectiva ao Município de Santiago do Cacém, a qual culminou na elaboração de relatório - ver doc nº 8 junto com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

E) Na altura da inspecção encontrava-se em construção uma urbanização - obra particular - a cerca de 200 metros dos Paços do Município de Santiago do Cacém, sita na Rua de Lisboa, EN 120, em Santiago do Cacém, o que foi constatado pelos inspectores da IGAT - depoimento de C... e D....

F) No local dessa urbanização, que englobava 6 módulos habitacionais com vários pisos cada um deles, para habitação e comércio, não foi afixado aviso publicitário de qualquer alvará de licença ou de autorização camarária - depoimento de C..., D..., E... e F....

G) Desde o início da obra, no ano de 2002, que a mesma estava a ser executada sem título adequado - licenciamento ou autorização municipal - por confissão.

H) A obra estava a ser realizada no prédio designado por «...» ou «...», sito na Rua de Lisboa - Estrada Nacional 120, freguesia e concelho de Santiago do Cacém, inicialmente registado sob o art 02306/270900 da Conservatória do Registo Predial de Santiago do Cacém, com a área de 2.933,75m², em nome de F... e posteriormente averbado em nome da Sociedade «G..., SA - ver doc nº 9 junto com a petição inicial, fls. 45 a 55, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido e depoimento da F....

I) Em 19.11.2001, F..., na qualidade de proprietário do terreno denominado «...» em Santiago do Cacém, tinha requerido ao Município de Santiago do Cacém a aprovação do projecto de arquitectura a que coube o processo de obras (licenciamento) nº 424/2001 - ver doc nº 9 (fls. 102 do processo físico) junto com a petição inicial.

J) Em 15.2.2002 foi elaborada informação técnica, no pedido de licenciamento de 19.11.2001, que no ponto 18 fez constar que: considerando apenas os lugares em terreno do requerente (em cave), verifica-se estarem em deficit 17 lugares de estacionamento; no ponto 19 que: a realização de lugares de estacionamento a realizar em terreno público (e na zona de influência do loteamento) carecerá de parecer superior favorável, nos pontos 25 e 27 é também referido a ocupação de terreno municipal não só com o estacionamento público, mas com a execução dos módulos A e D, numa área de cerca de 136,00m² e nos pontos 23 e 24 é informada a falta de cedências para áreas verdes e equipamentos - ver docs juntos aos autos.

K) Por ofício de 4.3.2002, o particular foi notificado, em cumprimento do despacho do demandado de 15.2.2002, para, no prazo de 10 dias, dizer o que se lhe oferecesse sobre o conteúdo da informação de 15.2.2002 e apresentar projecto de loteamento - ver docs final sobre o pedido - por acordo.

R) Em 7.10.2002 foi lavrado o auto de notícia nº 44/2002, pelo fiscal do Município E..., com o seguinte teor:

“procedeu sem alvará de licença de construção à execução de um edifício de habitação e comércio, composto por módulos, estando em execução os módulos A, B e C, tendo o módulo A a cobertura colocada, o módulo B as alvenarias executadas e o módulo C com a extra-terra concluída, estando a proceder-se neste à elevação de alvenarias, tudo o resto se encontra por executar.

Existe na Câmara o processo nº 424/2001, com projecto de arquitectura para a obra em causa, que foi indeferido.

E porque há violação do disposto na al c) do nº 3 do art 4º do DL nº 555/99, de 16.12, com a redacção dada pelo DL nº 177/2001, de 4.6, o que se constitui como contra- ordenação, prevista na al a), do nº 1, e punida no nº 2 do art 98º do mesmo DL. Nos termos do art 41º de DL nº 433/82 de 27.10, levantou-se o presente auto o qual, depois de devidamente assinado e para os devidos efeitos, vai ser remetido a despacho do Sr Vereador B..., por delegação de competências do Sr Presidente de Câmara Municipal” - ver doc de fls. 238 dos autos.

S) Em 19.11.2002 o auto de notícia nº 44/2002 foi remetido ao demandado, com vista à instauração de processo de contra-ordenação e de embargo da obra - ver docs do processo e depoimento de E...

T) O demandado, face ao auto de notícia, não determinou a instauração de processo de contra-ordenação e o embargo da obra - por acordo.

U) A 29.1.2003 o particular deu entrada a um pedido de reapreciação do processo de loteamento, como se o mesmo tivesse sido indeferido, propondo-se a realizar um conjunto de trabalhos e uma garantia bancária no valor desse projecto e em 22.4.2003 foram juntos ao processo novos elementos – ver doc nº 9 (fls. 74 a 76) e doc nº 11 (fls. 10 da parte II).

V) Em 6.5.2003 foi prestada nova informação técnica continuando a constar a deficiência das áreas a ceder ao município e o mesmo problema dos lugares de estacionamento em deficit, verificando-se a necessidade de parecer superior favorável a realização destes em terreno público, tal como a necessidade de realização de uma reunião e um acerto de extremas relativamente ao módulo D da obra - ver doc nº 9 (fls. 88 a 95) junto aos autos com a petição inicial.

W) Tal informação propõe à consideração superior o indeferimento face às propostas do particular - ver doc nº 9 junto com a petição inicial.

X) Apesar da informação técnica que antecede, em 3.6.2003 o demandado promoveu informação para abertura de discussão pública do loteamento do «...» - ver doc nº 9 junto com a petição inicial (fls. 101).

Y) Esta proposta foi levada à reunião de Câmara realizada em 16.6.2003, não tendo havido qualquer reunião para delimitar o terreno em parte ocupado pelo módulo D - ver doc nº 9 junto com a petição inicial.

Z) Após o procedimento de discussão pública do loteamento e por ofício de 4.7.2003, assinado pelo demandado, o particular teve conhecimento das conclusões, o qual contém a transcrição da informação técnica e que relativamente às extremas do módulo D que iria ser apresentado para apreciação na Câmara Municipal a delimitação de novo traçado do terreno, por forma a regularizar a situação - ver docs juntos aos autos.

AA) Por deliberação camarária de 27.8.2003, tomada por maioria, rectificada em reunião de 19.11.2003, no processo de loteamento 06/2002, foi aprovado: *o loteamento com a constituição de um lote para um edifício plurifamiliar com 6 módulos e respectivas obras de urbanização, conforme plantas e memórias descritivas, documentos que são dados cor-no reproduzidos na presente acta, (...), e de acordo com requerido em 29.1.2003, através de requerimento nº 438, nomeadamente garantir o máximo de lugares de estacionamento públicos no edifício, contemplando os restantes exigidos por lei em terreno exterior à área de intervenção do loteamento, assim como a construção do Rua B e da Rotunda e execução dos arranjos exteriores no valor de 11. 796,90, relativo a área não cedida para áreas verdes.*

Deverá proceder ao pagamento de 30.610,64 referente a compensação por áreas não cedidas para equipamentos.

Deverá prestar garantia bancária relativa a obras de urbanização no valor de f 331.600,00.

Deverá prestar garanta bancária no valor de 50.333,22 relativo à execução de 19 lugares de estacionamento em falta e que serão executados em terrenos do domínio público - ver docs nº 9, 11 e 17 juntos com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

BB) Na deliberação, tomada na reunião realizada em 19.11.2003, referente a «aprovar a demarcação entre o prédio do requerente e o prédio do município conforme planta síntese», com fundamento: «não se conhecem». Por despacho nº 13/2003, de 13.10.2003, o demandado embargou as seguintes obras de construção civil que estão a ser executadas, sem prévia autorização municipal: execução de edifício de habitação e comércio, composto por seis módulos, que de modo geral se encontram em fase de rebocos, com cobertura colocada, alvenarias e estrutura executadas e tubagens colocadas. Nos módulos A, B e C a construção encontra-se com rebocos exteriores parcialmente concluídos, por executar rebocos interiores, encontram-se também colocados azulejos nas cozinhas e instalações sanitárias. Nos módulos D e E os rebocos exteriores estão parcialmente executados. Estão em execução os rebocos interiores nas cozinhas e instalações sanitárias para assentamento de azulejos nos módulos D, E e F - ver doc nº 13 junto com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

HH) Na mesma data, 13.10.2003, foi publicado o edital nº 64/2003, em 15.10.2003 foi elaborado o respectivo auto de embargo, com o nº 14/DGU- SF/03, e, por ofício, foi o mesmo notificado a F... - ver docs nº 14, 15, 16 juntos com a petição inicial.

II) Em 18.11.2003 foi emitido o alvará de autorização de construção nº 299/2003 - ver doc nº 9 junto com a petição inicial.

JJ) Em 18.12.2003, na sequência da emissão do alvará, o embargo foi revogado - ver doc nº 9 junto com a petição inicial.

KK) O prédio onde foi realizada a construção localiza-se na área abrangida pelo perímetro fixado no Plano de Urbanização de Santiago do Cacém, sector 4.6, zona esta que na Planta Síntese do PU se identifica como «sujeita a operação de loteamento a elaborar pela administração» - ver doc nº 10 junto com a petição inicial.

LL) No concelho de Santiago do Cacém vigora o Regulamento de Qualificação do Estacionamento Necessário nas Operações Urbanas a realizar na Cidade de Santiago do Cacém, o qual dispõe, no seu art 3º, nº 1, al b), que o promotor terá de garantir que 45% dos estacionamentos que está vinculado a realizar sejam públicos, estacionamentos estes que depois de realizados e recebidos pela Autarquia integram o seu domínio público - ver doc nº 9 junto com a petição inicial.

MM) Na sequência de comunicação da IGAT foi instaurado procedimento criminal contra o aqui demandado, que deu origem ao inquérito nº 60/04.5TASTC e no qual foi proferida decisão de arquivamento - ver doc junto aos autos em 21.5.2007.

NN) Em 7.10.2005 deu entrada neste Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja a presente acção para perda de mandato - ver petição inicial.

OO) Em 9 - lo-2005 realizaram-se eleições autárquicas, para o mandato de 2006/2010.

PP) O demandado foi eleito, nas eleições autárquicas de 9.10.2005, para a Assembleia de Freguesia de Santa Maria da Feira, concelho de Beja, conforme informação da Comissão Nacional de Eleições, tendo tomado posse em 31.10.2005 - ver doc junto aos autos em 12.12.2005 (fls. 215), cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

III. O Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja intentou a presente acção administrativa especial, ao abrigo do disposto nos artigos 8º, nº 1, al d), 9º, als c) e i) e 11º da Lei nº 27/96, de 1.8, propor acção administrativa para perda de mandato contra B..., vereador da Câmara Municipal de Santiago do Cacém, identificado nos autos, alegando, em síntese que o Réu no exercício das suas funções de vereador do referido município, em regime de permanência, responsável pelos pelouros do Ordenamento do Território e Urbanismo, Habitação, Desenvolvimento Económico e Turismo, Solidariedade e Acção Social e ainda Ambiente e Saneamento, no âmbito do processo de licenciamento de obra nº 424/01 e no processo de loteamento nº 6/2002, cometeu

diversas ilegalidades que, no entender do A, consubstanciam violação culposa do Plano de Urbanização de Santiago do Cacém e do Regulamento Municipal de Quantificação do Estacionamento Necessário nas Operações Urbanas daquela cidade, bem como “ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público”, que, nos termos das supracitadas disposições legais, determinam a perda de mandato do R.

A sentença recorrida, considerando embora que, face à matéria de facto provada, o R. *“agiu contra as disposições legais que lhe impunham decisão final, decisão de embargo, decisão a ordenar a instauração de processo de contra-ordenação, não promoção de informação para abertura de discussão pública do loteamento do «...»”,* concluiu face ao facto de a obra em causa ter, a final, obtido o alvará de licenciamento do loteamento onde se inseria bem como o alvará de licença de construção, que *“a sua conduta atento o apurado, maxime, nas als AA), BB), DD), II) dos factos provados, não consubstancia uma situação concreta final que viole instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes e/ou omissão dolosa que integre ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público”,* razão por que julgou improcedente a acção, absolvendo o R. do pedido.

O recorrente sustentando, em síntese, que demonstrado que está que o recorrente, no exercício das suas funções de vereador, praticou diversas ilegalidades que consubstanciam violação culposa de instrumentos de ordenamento do território e de planeamento urbanístico válidos e eficazes, bem como ilegalidades graves traduzidas na consecução de fins alheios ao interesse público, não é o facto de, em altura posterior, a obra ter sido licenciada que retira o carácter ilícito àquela conduta, pelo que a decisão recorrida ao não decretar a perda de mandato fez errada interpretação e aplicação dos artigos 8º, nºs 1, al. d), e 3, e 9º, al. c) e i), da Lei n.º 27/96, de 1-08, razão porque deve ser revogada.

Vejamos.

Resulta dos factos provados que o R, então vereador para a Câmara Municipal de Santiago do Cacém, para o mandato de 2002/2005, com o pelouro do Ordenamento do Território e Urbanismo, Habitação, Desenvolvimento Económico e Turismo, e poderes delegados pelo respectivo Presidente para “embargar e ordenar a demolição de quaisquer obras, construções ou edificações efectuadas por particulares ou pessoas colectivas, sem licença ou com inobservância das condições dela constantes, dos regulamentos, das posturas municipais ou de medidas preventivas, de normas provisórias, de áreas de construção prioritária, de áreas de desenvolvimento urbano prioritário e de planos municipais de ordenamento do território plenamente eficazes”, bem como para “determinar a instrução dos processos de contra-ordenação e aplicar as coimas, nos termos da lei”, tendo conhecimento que, a cerca de 200 metros da Câmara Municipal, se encontrava em construção uma obra constituída por seis módulos habitacionais com vários pisos cada um deles, para habitação e comércio, para a qual, em 19.11.2001, lhe tinha sido presente o pedido de aprovação do respectivo projecto de arquitectura, com vista ao licenciamento das obras, cujo processo tomou o n.º 424/2001 - pontos A) a D) e F) a I), da matéria de facto.

O prédio em causa localiza-se na área abrangida pelo perímetro fixado no Plano de Urbanização de Santiago do Cacém1, – Publicado no DR II Série, n.º de 140, de 20-06-98., sector 4.6, zona esta que na Planta Síntese do PU se identifica como «sujeita a operação de loteamento a elaborar pela administração», estando ainda sujeito ao Regulamento de Quantificação do Estacionamento Necessário nas Operações Urbanas na Cidade de Santiago do Cacém2 – Aprovado pela Câmara Municipal em 28 de Janeiro de 1998 e pela Assembleia Municipal na sessão de 27 de Fevereiro de 1998, publicado no Apêndice do DR, II Série, n.º 263, de 13-11-1997., o qual obriga à garantia de determinada percentagem dos estacionamentos a realizar sejam públicos, a qual passará a integrar o domínio público da Autarquia - pontos KK) e LL), da matéria de facto.

O Réu, apesar da informação dos serviços, de 15-02-2002 no sentido do indeferimento de tal pretensão pelo facto de “estarem em deficit 17 lugares de estacionamento” e da implantação do edifício implicar “a ocupação de terreno municipal não só como estacionamento público, mas com a execução dos módulos A e D, numa área de cerca de 136,00m²”, bem como de estarem em falta de cedências para áreas verdes e equipamentos, não tomou qualquer decisão sobre o pedido de licenciamento - pontos J) a L), da matéria de facto.

Do mesmo modo, tendo-lhe, em 14-5-2002, sido solicitada a apreciação e aprovação do Projecto de Operação de Loteamento para o prédio em causa, cujo processo tomou o n.º 6/2002, datada de 11-06-2002, e de uma nova informação de 26-09-2002, no mesmo sentido, o R; de novo, apesar do parecer de indeferimento nelas contido, não tomou qualquer decisão sobre tal pedido, permitindo que a obra prosseguisse sem o respectivo licenciamento municipal - pontos G) e M) a Q), da matéria de facto.

Em 7.10.2002, pelos serviços de fiscalização da Câmara Municipal de Santiago do Cacém, foi lavrado o auto de notícia n.º 44/2002, o qual, dando conta da ilegalidade da obra em causa, foi, em 19.11.2002, remetido ao Réu, a fim de ser determinado o embargo da obra e ordenada a instauração de processo de contra-ordenação, o qual só o fez em 13-10-2003 - cfr. pontos R) a T) e FF) e GG), da matéria de facto -, mais de um ano depois e após, em 3-06-2003, ter promovido a abertura da discussão pública do loteamento objecto das informações de indeferimento de 14-05-2002 e de 26-09-2002, bem como de ter proposto à Câmara Municipal, informando favoravelmente, a aprovação do loteamento do prédio em causa - Proc. n.º 6/2002-, o que veio a acontecer por deliberação de 27-08-03, rectificada em 19-11-2003, tendo porém o alvará de licenciamento do loteamento sido emitido em 22-09-2003 - pontos X) a AA), DD), da matéria de facto.

Só então, em 13-10-03, foi ordenado o embargo - FF, GG e HH - que foi revogado em 18-12-2003, na sequência da emissão, em 18-11-2003, do alvará de licença de construção n.º 299/2003 - pontos II) e JJ), da matéria de facto.

Após o termo legal do mandato de vereador na Câmara Municipal de Santiago do Cacém, o recorrido foi eleito membro da Assembleia de Freguesia de Santa Maria da Feira, concelho de Beja.

Perante esta factualidade a sentença considerou o seguinte: *“a omissão e tardia emissão de despacho a ordenar o embargo da obra e processo de contra-ordenação, constitui uma omissão dolosa, que não teve em conta o interesse público no ordenamento do território e do urbanismo.*

No caso, a obra começou a ser edificada construída no ano de 2002, o vereador do pelouro teve conhecimento da sua existência com o auto de notícia de 7.10.2002, mas deixou que continuasse a ser feita sem a necessária licença até ser aprovado o loteamento, em 27.8.2003, para depois disso a embargar e determinar fosse objecto de processo de contra-ordenação.

A conduta do demandado é, nesta parte, dolosa e não se limita a um dolo eventual.”

Por outro lado, e relativamente à actuação do R nos processos de licenciamento n.º 424/2001 e 6/2002, considerou, ainda, que *“o demandado sabia, por os ter despachado, que os pedidos de licenciamento, de 19.11.2001, 14.5.2002, 29.1.2003, tinham informações técnicas, de 15.2.2002, 11.6.2002, 26.9.2002, 6.5.2003, que referiam a ocupação de terreno municipal com estacionamento público (só assim o particular conseguia cumprir o estacionamento exigido pelos instrumentos legais) e a ocupação do terreno da autarquia pelo bloco D.*

O particular não poderia cumprir o Plano de Urbanização de Santiago do Cacém (53º, nº 2 do Regulamento do Plano de Urbanização de Santiago do Cacém) e o Regulamento de Quantificação do Estacionamento Necessário nas Operações Urbanas a realizar na cidade de Santiago do Cacém (art 3º, nº 1, al b), sem a ocupação do terreno público do município, por não ter terreno para executar o estacionamento público exigível pelos instrumentos legais.

E, pese embora a descrita situação fáctica, o demandado, ainda assim, propôs a discussão pública do loteamento promovido pelo particular e informou favoravelmente a proposta de aprovação do loteamento.

Fê-lo sem que o particular dispusesse do terreno necessário para a construção do bloco D e para executar o estacionamento público exigível pelos instrumentos legais, bem sabendo que o particular para cumprir a operação de loteamento ia ocupar terreno público do município”.

Considerando, porém, que a obra acabou por ser licenciada por deliberações camarárias que não foram impugnadas, a sentença recorrida concluiu que a conduta do aqui recorrido “*não consubstancia uma situação concreta final que viole instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes e/ou emissão dolosa que integre ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público.*”, razão por que não decretou a perda do mandato do Réu.

Depreende-se da decisão recorrida o seguinte raciocínio: uma vez que a obra foi licenciada pela Câmara Municipal de Santiago do Cacém é porque está conforme ao bloco de legalidade aplicável, designadamente com o respectivo Plano de Urbanização e com o Regulamento de Quantificação do Estacionamento Necessário da Cidade, em vigor, e com o interesse público que é pressuposto de toda a actuação administrativa, razão porque se não verifica o condicionalismo previsto nas al.s c) e i), do art.º 9º, da Lei n.º 27/96, de 1-08.

Não é, porém, totalmente assim.

Na verdade, se pode dizer que o recorrido, com a sua conduta essencialmente omissiva, não praticou qualquer acto que, em concreto, tenha violado quer o PDM de Santiago do Cacém quer o Regulamento de Quantificação já que, apesar de promover a discussão pública do loteamento que na altura não observava as prescrições daqueles instrumentos de gestão territorial e de planeamento urbanístico, o certo é que a Câmara Municipal, após vários ajustamentos com o particular interessado, acabou por licenciar a obra julgando-a conforme tais instrumentos regulamentares, razão por que se não verificam os pressupostos de aplicação da al. c), do artigo 9, da Lei n.º 27/96, de 1-08.

Outro tanto não acontece, porém, em relação à al. i), da mesma disposição legal, conjugada como n.º 1, al. d) do artigo 8º, do mesmo diploma legal, que determina que perdem o mandato os membros dos órgãos autárquicos que incorram “por acção ou omissão dolosas, em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público”.

De facto, face ao conhecimento directo que tinha da ilegalidade da obra em causa e da continuação da mesma, é notória a omissão dolosa dos seus deveres a cargo do recorrido enquanto autarca responsável pelo pelouro do Ordenamento do Território e Urbanismo. Tal resulta, desde logo, da sua conduta ao não determinar a instauração do competente processo de contra ordenação bem como ao não ordenar o embargo das obras que sabia serem ilegais, não dando seguimento, inclusive, ao auto de notícia elaborado pelos serviços de fiscalização em 7-10-2002, antes pelo contrário, continuando a prosseguir com o processo administrativo, ignorando as sucessivas informações dos serviços que, face à situação irregular do processo de licenciamento verificada desde início - falta de área para a o cumprimento da obrigação imposta pelo Regulamento e PDM de 17 lugares de estacionamento e ocupação de 2 m2, de domínio público - concluíam pela ilegalidade da obra e propunham o indeferimento do pedido de licenciamento, chegando ao ponto de propor à Câmara Municipal o deferimento com informação favorável - cfr. doc n.º 9, junto aos autos - o que é demonstrativo do elevado grau de desrespeito pela legalidade urbanística, tutelada não só pelo poder/dever de decidir os processos de licenciamento e de embargar as obras ilegais, como pelo dever de instaurar os respectivos processos de contra ordenação.

Como refere a sentença recorrida, o recorrido, apesar de alertado, deixou que a obra “*continuasse a ser feita sem a necessária licença até ser aprovado o loteamento, em 27.8.2003, para depois disso a embargar e determinar fosse objecto de processo de contra-ordenação.*”, o que só veio a acontecer por despacho seu de 13-10-2003, revogado em 18-12-2003, face à emissão do alvará de licenciamento de construção - pontos GG., II. e JJ. da matéria de facto

A conduta descrita, que se prolongou por mais de um ano e meio, viola os especiais deveres do recorrido a quem, na qualidade de vereador do responsável pelo pelouro do Ordenamento do Território e Urbanismo, cumpria de zelar pelo cumprimento da legalidade urbanística e ordenamento do território municipal, e que a própria sentença qualifica de dolosa, integra ilegalidade grave que se traduziu na consecução de fins alheios ao interesse público uma vez que as omissões por ele deliberadamente cometidas permitiram, contra o interesse público subjacente, a continuação da obra ilegal e o prosseguimento artificial dos processos administrativos, em claro benefício do particular interessado.

Conclui-se, assim, que aquelas omissões, dolosamente cometidas, consubstanciam ilegalidades graves que visaram fins alheios ao interesse público, considerando-se verificados os pressupostos previstos nas disposições combinadas dos artigos 8º, n.º I, al. d), e 9º, al. i), da Lei n.º 27/96, de 1-08, pelo que a sentença recorrida, decidindo em contrário, não pode manter-se.

IV. Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam em conceder provimento ao recurso, revogar a sentença recorrida e, julgando procedente a acção, declarar a perda do mandato do recorrido como actual membro da Assembleia de Freguesia de Santa Maria da Feira, concelho de Beja (artigo 8º, nº 3, da Lei n.º 27/96, de 1-08).

Custas pelo recorrido fixando-se a taxa de justiça em 3 UCs, na primeira instância e 6 UCs na presente instância.

Lisboa, 8 de Outubro de 2009. - *José António de Freitas Carvalho* (relator) - *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* - *Jorge Artur Madeira dos Santos* (Vencido. Por um lado, não está demonstrada a ocorrência de “ilegalidade grave”; por outro, não pode dizer-se que a conduta do recorrido se subsuma à al. i) do artº 9º da Lei nº 27/96, pois a matéria de facto não denota que ele, através das suas omissões e da acção que praticou, tenha pretendido atingir “fins alheios ao interesse público”. Portanto, negaria provimento ao recurso e confirmaria, pelas razões expostas, a sentença impugnada).

Comentário:

I. Tutela Administrativa

O regime jurídico da tutela administrativa a que ficam sujeitas as autarquias locais e respectivo regime sancionatório encontra-se previsto na Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto.

É no âmbito deste diploma legal que se estabelecem, como sanções pela prática, por acção ou omissão, de ilegalidades no âmbito da gestão das autarquias, a *perda do mandato* e a *dissolução de órgão autárquico*, cuja aplicação se encontra atribuída aos tribunais, na sequência, ou não, de acções inspectivas¹.

Os fundamentos para a aplicação destas sanções são, nos termos deste diploma legal, objectivos, encontrando-se nele previstos de forma tipificada sem remissão para outros diplomas legais (cfr. artigos 8.º e 9.º).

De entre tais fundamentos encontra-se a *violação culposa de instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes*, e a *comissão de ilegalidade grave para fins alheios aos interesses públicos*, precisamente os fundamentos que se encontravam em causa na situação vertente.

¹ Normalmente, porém, como sucedeu no caso, a acção administrativa especial é intentada pelo Ministério Público, na sequência da participação que lhe é feita pelos corpos inspectivos do Estado, em particular a Inspecção Geral da Administração Local e a Inspecção Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território.

Admite, contudo, a lei, de forma expressa, a ocorrência de causas justificativas ou desculpantes (artigo 10.º), o que se encontra em consonância com a natureza sancionatória destas decisões, o que significa que, mesmo que se encontrem, *prima facie*, verificados aqueles fundamentos legais, a aplicação da perda de mandato (ou da dissolução do órgão autárquico) não pode ser encarada como uma sua consequência automática e irremediável.

Efectivamente, para além de um escrupuloso preenchimento do tipo de ilícito previsto em cada uma das alíneas dos artigos 8.º e 9.º, é necessário, que de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, se afirme um *forte juízo de censura* à conduta do titular do cargo político, cuja actuação está em crise. No entendimento deste Tribunal “*atendendo (i) à natureza sancionatória da medida de perda de mandato, (ii) à intrínseca gravidade desta medida, equivalente às penas disciplinares expulsivas, com potencialidade destrutiva de uma carreira política, (iii) e que a conduta dos titulares de cargos políticos electivos é periodicamente apreciada pelo universo dos respectivos eleitores, há que concluir que a aplicação de tal medida só se justifica a quem, tendo sido eleito membro de um órgão de uma autarquia local, no exercício das respectivas funções, ‘violou os deveres do cargo em termos tais que o seu afastamento se tornou imperioso’*”².

Tratando-se da aplicação de uma sanção, traduzida em *limitação grave a direitos liberdades e garantias*³, não basta, para que a mesma possa ser determinada, o apuramento, em termos objectivos, da ocorrência de ilegalidades, exigindo-se também a constatação da ilicitude do comportamento, da culpa, a que acresce a necessidade de se dar cumprimento ao respeito pelos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, não é a perda de mandato uma consequência que resulte da simples prática do facto, sendo imprescindível ainda, para que a mesma possa ser aplicada, apurar se a apontada ilegalidade é *grave* do ponto de vista da *censurabilidade* da conduta e do *grau* de culpa, de tal modo que, “*em nome da salvaguarda do prestígio da Administração Local, se torne imperioso o afastamento*” do faltoso⁴.

Assim, a aplicação da sanção prevista na Lei, atenta a sua severidade e repercussão nos normais mecanismos de democracia local, para além de poder apenas ter lugar quando em causa estejam os ilícitos nesta tipificados — também eles considerados, *prima facie*, como detendo considerável gravidade —, não pode deixar de co-envolver um juízo de ponderação sobre os efeitos da mesma.

Este juízo de ponderação deverá ter em consideração, essencialmente, a gravidade, *in concreto*, da lesão ao bem jurídico tutelado e a sua possibilidade de reintegração, bem como o comportamento e motivações do agente. Isto de modo a aferir se as severas limitações introduzidas nos direitos de permanência em cargos públicos e de sufrágio passivo — verdadeiros direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias —, se impõem do ponto de vista do interesse público que se pretende salvaguardar.

² Cfr. o Acórdão de 11 de Março de 1999, Recurso nº 44576 (*Apêndice ao Diário da República*, de 12 de Julho de 2002, pp. 1847). No Acórdão de 9 de Janeiro de 2002, Recurso nº 48349 (*Apêndice ao Diário da República*, de 18 de Novembro de 2003, pp. 52), o mesmo Tribunal fez apelo ao conceito de indignidade para permanência no cargo, aferido de acordo com o critério do homem médio, colocado nas circunstâncias do agente. Para maiores desenvolvimentos, cfr. *Direito do Urbanismo e Autarquias Locais — Realidade Actual e Perspectivas de Evolução*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 52. e ss., estudo do qual somos co-autoras.

³ No sentido de que a perda do mandato e a inelegibilidade constituem “limites ou restrições *ab externo* a dois direitos, liberdades e garantias (direito de permanência em cargos públicos e direito de sufrágio passivo)”, cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, “Anotação”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125º, nº 3825, pp. 379.

⁴ Cfr. o Acórdão de 7 de Agosto de 1996, Recurso nº 40.775 (*Apêndice ao Diário da República*, de 15 de Março de 1999, pp. 5758).

II. Medidas de Tutela da Legalidade Urbanística

Compete ao Município, mesmo nos casos em que a violação de disposições legais ou regulamentares seja imputada a um acto de licenciamento municipal, desencadear todos os actos e procedimentos necessários à reposição da legalidade urbanística⁵.

A legislação urbanística, de modo a promover a efectivação desta obrigação, sempre que se torne necessário dar execução a um acto administrativo que vise a reposição da legalidade — por aquele carecer de uma intervenção material subsequente que o concretize e a mesma não ter sido voluntariamente desencadeada pelo responsável — permite, expressamente, o uso da coacção no plano da execução coerciva ou forçosa de actos administrativos que a Administração edita e preordena expedientes técnicos e financeiros para dotar a entidade exequente de mecanismos suficientemente operativos para concretizar as medidas de tutela da legalidade que edita.

Esta incumbência de ordenar o território surge, assim, no que a edificações de raiz ilegal diz respeito, a partir do momento em que se detecta tal ilegalidade, pelo que com ele se formam especiais deveres de actuação por parte da Administração.

Ainda assim, a dificuldade na actuação sobre situações ilegais pelo circuito vicioso que por elas é gerado — por um lado, a consolidação de expectativas de facto na manutenção da situação de ilegalidade, em especial pelo decurso do tempo: por outro, a ausência de reacção administrativa em tempo devido —, torna difícil que se estabeleça um tempo definido para que as medidas de tutela da legalidade sejam adoptadas e executadas.

Efectivamente, apesar de não ser discricionário o sentido da decisão de legalizar ou, ao invés, o de ordenar a demolição de um imóvel, discute-se há muito se a decisão de adopção de medidas de tutela da legalidade é discricionária quanto ao *tempo* da decisão⁶.

No caso concreto, o binómio legalização – demolição, pendeu a favor da primeira. De facto, através do licenciamento de uma operação de loteamento (e da autorização da edificação) foram afastados os motivos que, num primeiro momento, faziam concluir pela ilegalidade da pretensão do interessado.

Ou seja, apesar da mobilização e execução de medidas da tutela da legalidade urbanística competir à Administração — e esta, na pessoa do Sr. Vereador não as ter desencadeado -, tal não desonera o particular de proceder a tarefas instrutórias no âmbito dos procedimentos de legalização. Efectivamente, nos casos em que seja imprescindível a apreciação

⁵Em geral sobre as medidas de tutela da legalidade, cfr. os nossos “Medidas de tutela da legalidade urbanística”, *Revista do CEDOUA*, n.º 2, 2004, “Vias procedimentais em matéria de legalização e demolição. Quem, como, porquê” Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (3.ª Subsecção do Contencioso Administrativo) de 2 de Fevereiro de 2005, Processo n.º 0633/04, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 65, 2007, e Susana Carvalho FERREIRA, “As medidas de tutela da legalidade urbanística”, *O Urbanismo, o Ordenamento do Território e os Tribunais*, Coimbra, Almedina, 2010.

⁶Em sentido negativo, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987 e, em sentido positivo, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de Maio de 1998 e de 11 de Maio de 1999. Nesta linha, discute-se cada vez mais se não haverá mecanismos que, provisória ou limitadamente permitam a manutenção de situações ilegais, de modo a compor, de forma mais harmoniosa, os vários interesses que se fazem sentir em matéria de ocupação urbanística. A este propósito, e sobretudo nos casos em que a legalização de determinadas situações esteja prevista em instrumentos de planeamento em preparação, questiona-se se não se deverá manter a situação provisoriamente, de modo a evitar a afectação desproporcional da esfera jurídica dos particulares. Em suma, coloca-se a questão da manutenção provisória de certas obras ou usos, que podem revelar-se incompatíveis com o destino do ordenamento urbanístico, mas que só quando interfiram efectivamente com a execução do plano serão objecto de demolição. E esta não é uma figura desconhecida do nosso ordenamento jurídico já que o Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março, atinente às áreas de construção clandestina, previa já a manutenção temporária de obras ilegais. Também o artigo 134.º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo parece fazer apelo, em nome da jurisdiciação das situações nulas mas constituídas em conformidade com os princípios gerais de direito administrativo, para uma regulamentação precária, mas legítima, da situação ilegal.

do projecto concreto de legalização da construção, no caso uma licença de loteamento (por imposição do Plano de Urbanização aplicável), este deve ser apresentado pelo interessado (correspondendo a um *onus jurídico* que sobre ele recai)⁷, o que sucedeu no caso.

Tendo o interessado – ao que parece em concertação com o Município – procedido à entrega do pedido de licenciamento do loteamento e da (então) autorização da edificação, e tendo ambos os pedidos sido deferidos – sem que se tenha colocado em causa a sua legalidade – pouco sentido teria o órgão competente ordenar formalmente a demolição do edificado, uma vez que esta seria sempre inútil pelo facto de a obra ser legalizável e de o interessado, efectivamente, ter desencadeado prontamente todos os mecanismos legais para o efeito.

Não nos parece grave que, num caso atípico como o vertente, em que os acertos do projecto com o Município são essenciais para a aquisição da legitimidade para a aprovação da operação urbanística (lembre-se a ocupação inicial de uma área do domínio deste pelas edificações ilegais), se privilegie uma abordagem mais informal. Naturalmente, sem que com ela se descautelem os princípios que regem toda a actuação da Administração: os da imparcialidade e do interesse público.

Ora, é aqui que se começa por não compreender o aresto do Supremo Tribunal Administrativo: por um lado censura o Vereador por não dar seguimento às propostas de indeferimento apresentadas pelos serviços, quando admite que a solução final do procedimento administrativo foi sendo ajustada e, portanto, revista em função daquelas mesmas informações (o que pressupõe, pensamos, a apresentação de aditamentos/alterações ao projecto inicialmente aresentado, que foram sendo apreciados); por outro lado, censura o Vereador por ter promovido a discussão pública do loteamento que na altura não observava as prescrições dos instrumentos de gestão territorial e de planeamento urbanístico, quando, na verdade, este é apenas um acto de trâmite cuja decisão, ademais, foi da responsabilidade da Câmara Municipal (que, ao que parece dos dados do processo, inclusive da informação prestada em 6.5.2003, que constava do processo, estava já a par da necessidade de suprir a ausência de legitimidade do requerente). Mais, se esta discussão pública não tivesse sido promovida, nunca teria a legalização da obra sido possível.

Em nenhum dos casos nos parece, pelo exposto, que aqueles princípios de prossecução do interesse público e da imparcialidade tenham ficado prejudicados, como, aliás, não resultou nem das pronúncias em sede de discussão pública, nem das deliberações da Câmara Municipal.

Reprovar, ainda que incidentalmente, a conduta do Vereador por estes motivos, parece-nos, por isso, excessivo e desconforme com as exigências de gravidade e elevada censurabilidade da conduta dos titulares de cargos políticos, para que a perda de mandato fosse devida.

Ainda para mais quando se admite que a possibilidade de legalização da operação urbanística - e, no caso, a sua efectiva legalização sem recurso à revisão ou alteração de quaisquer instrumentos de planeamento ou regulamentos municipais – possa servir como *mais um critério* para a formulação daquele juízo de censura⁸, não funcionando,

⁷ Neste sentido, cfr. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Segunda Subsecção do Contencioso Administrativo), datado de 14 de Dezembro de 2005 e proferido no processo n.º 959/05.

⁸ Note-se, com importância a este propósito, que, no Artigo 10.º, alínea c) da Proposta de Lei n.º 22/VII, a perda de mandato só poderia resultar da *violação reiterada* de instrumentos de ordenamento de território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes, determinando ainda expressamente o n.º 2 do artigo 11.º daquela Proposta a não aplicação da sanção “Quando a gravidade da ilicitude for diminuta e os efeitos do facto ilícito se mostrem regularizados, bem como reparados os interesses eventualmente ofendidos...”. O facto de esta proposta não ter sido aprovada não significa que o legislador tenha querido que tais factores deixassem de funcionar como elementos *eventualmente* excludentes da sanção. Pelo contrário, em nosso entender o legislador limitou-se a substituir uma técnica legislativa mais redutora, porque nessa enumeração faltariam sempre outros elementos susceptíveis de serem levados em consideração pelo intérprete, por outra mais ampla, traduzida na remissão para as cláusulas gerais que justifiquem o facto ou excluam a culpa dos agentes, constantes do artigo 10.º da Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto.

porém, como acentua o Tribunal como fundamento automático para excluir a ilicitude do comportamento do visado.

Do que resta, efectivamente, o facto de perante um ilícito urbanístico – a realização de obras sem título para o efeito, devidamente constatado por auto de notícia – não ter o Vereador competente ordenado o embargo da obra e a imposição de sanções contraordenacionais.

Será sobre esta omissão de conduta que nos debruçaremos de seguida.

III. Omissão de Conduta e Tutela Administrativa

Para que o Supremo Tribunal Administrativo pudesse ter aferido, de forma adequada, da gravidade e censurabilidade da conduta do Vereador do responsável pelo pelouro do Ordenamento do Território e Urbanismo, necessário seria que se tivesse detido sobre a natureza e função da ordem de embargo e da imposição de sanções administrativas. Sem analisar o *quid specificum* das omissões de conduta imputadas àquele Vereador, como se pode concluir pela sua ilegalidade grave para fins alheios aos interesses públicos a prosseguir? Ainda para mais tendo em consideração os efeitos que a perda de mandato tem no gozo de basilares direitos e garantias de natureza política dos cidadãos.

O embargo consiste, nos termos do artigo 103.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, numa ordem de paralisação imediata de trabalhos, de forma a evitar o agravamento da irregularidade ou a tornar a sua reposição na legalidade mais difícil ou gravosa. O embargo surge, no âmbito das medidas de tutela da legalidade, como medida meramente cautelar e, por isso, provisória, já que não visa fornecer a solução definitiva para a situação de irregularidade detectada, solução esta dependente do instituto da legalização ou da demolição das obras realizadas ou reposição do terreno, mas apenas paralisar uma operação urbanística que esteja em curso. O Regime Jurídico da Urbanização e Edificação veio acentuar este carácter cautelar e provisório do embargo ao afirmar que ao mesmo se deve suceder uma decisão definitiva sobre a situação de irregularidade, sob pena da caducidade do embargo no termo do prazo fixado para o efeito ou do prazo supletivamente aplicável. Decorrido este prazo sem que o interessado tenha promovido a regularização da obra, esta não passa a ser regular, pelo que não terá cobertura legal qualquer operação urbanística levada a cabo pelos privados⁹.

Este acto serve também, ainda que indirectamente, como um mecanismo de protecção do particular que, assim, vê paralisadas as obras e, em regra, as despesas que com elas teria (tanto na sua realização como, eventualmente, com a sua demolição). Por isso tem o nosso Supremo Tribunal administrativo vindo a considerar que o facto de um embargo levar à suspensão da obra não conduz necessariamente à natureza urgente da decisão, nem do procedimento, devendo, em princípio, ser garantida a audiência prévia dos interessados¹⁰.

Por seu turno, a imposição de sanções contraordenacionais tem como objectivo directo a repressão de uma infracção administrativa típica pela imposição de uma coima (e, eventualmente, de sanções acessórias), ainda que, no caso, se aplique à mesma factualidade das medidas de tutela da legalidade: a realização de obras sem acto autorizativo para o efeito. Ao contrário do embargo, que tem uma função essencialmente preventiva, a imposição de

⁹ De um ponto de vista prático, a diferença entre a prossecução de uma obra ilegal com e sem embargo reside no facto de, no primeiro caso, o responsável pela mesma poder ser perseguido por crime de desobediência (cfr. artigo 100.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) e por o embargo se encontrar registado, inviabilizando, assim, negócios jurídicos sobre o imóvel. No entanto, o embargo não tem qualquer influência no destino do procedimento de legalização, que corre a título principal.

¹⁰ Cfr. Acórdão de 15 de Novembro de 2006, proferido no processo 0531/06, disponível no sítio www.dgsi.pt

uma coima visa sancionar a conduta ilícita do promotor, ainda que nenhuma destas medidas tenha uma função solucionadora da situação de ilegalidade que motivou (ou deveria ter motivado) a sua adopção.

Vista a natureza destes actos e constatado o facto de não ter sido ordenado o embargo (ou de o mesmo ter sido ordenado extemporâneamente, quando a obra se encontrava quase concluída e com a sua legalização “assegurada”) nem impostas coimas pelo ilícito urbanístico verificado, cumpriria aferir se, nas circunstâncias do caso, tal omissão se configurava como uma *violação culposa de instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes* ou como uma *omissão dolosa, que o faça incorrer em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público*.

a) Violação culposa de instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes

A menção à alínea c) do artigo 9.º da Lei n.º 27/96 poderia parecer irrelevante na economia da presente anotação, por o Supremo Tribunal Administrativo não ter declarado a perda de mandato com este fundamento. De facto, o Tribunal acabou por afastar – e bem – a aplicação desta alínea, ainda que, como vimos, não tenha deixado de tomar em consideração a conduta procedimental do Vereador (que promoveu alguns trâmites procedimentais em incumprimento, de acordo com o Tribunal, das regras urbanísticas então aplicáveis, e nada faz para evitar que a obra continuasse a ser feita sem a necessária licença até ser aprovado o loteamento), para constar a violação da alínea i) daquele mesmo artigo.

Ora, quanto à alínea c), não poderá deixar de se exigir que a violação culposa esteja incorporada num juízo próprio da Administração Municipal, reflectido na prática de um acto da sua autoria.

Pensamos, por isso, que pelo facto de as operações urbanísticas ilegais não terem sido precedidas de qualquer acto autorizativo, não pode imputar-se a responsabilidade pela consolidação de uma obra ilegal aos órgãos municipais.

Consideramos, também a este propósito, que o facto de não serem concretizadas medidas de tutela da legalidade relativamente a actuações dos particulares que não tenham sido precedidas de um título autorizativo emitido pela Administração municipal, não pode desencadear, por si só, consequências tutelares. É que fazer equivaler uma omissão deste poder-dever de reposição da legalidade urbanística a uma violação “activa” de instrumentos de planeamento – à emissão de actos de gestão urbanística – corresponde a uma leitura expansiva e não restritiva – como se impõe –, das causas que fundam a responsabilidade tutelar.

Efectivamente não se pode fazer equivaler o licenciar ou autorizar uma operação urbanística em desconformidade com as normas legais e regulamentares aplicáveis – situação esta que gera consequências indemnizatórias para o Município e se traduz na criação de expectativas legítimas na legalidade da operação, tanto no destinatário do acto, como em terceiros¹¹ – aos casos em que a obra ilegal não é precedida de qualquer acto autorizativo, apenas não se repõe, imediatamente, a legalidade violada.

Estas considerações são ainda mais verdadeiras se atentarmos na natureza dos actos em falta no caso vertente – embargo da obra e imposição de contraordenações –, uma vez que são actos que, só por si, não têm qualquer efeito regularizador, o que significa que não é pela sua omissão que se consolida, em definitivo, a violação urbanística cometida¹².

¹¹ Inclusive poderá nestes casos ocorrer a alienação do bem a terceiros, terceiros estes que, no plano civilista e de direito registal, merecerão sempre alguma tutela da confiança que depositaram no acto autorizativo.

Esta ampliação das causas de violação dos instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico esquece que o legislador dispôs outras vias para se obviar à inércia da actuação da Administração municipal na reposição das medidas de tutela da legalidade. A este propósito basta invocar os mecanismos judiciais que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos regula no âmbito do processo executivo, seja a execução para prestação de factos (artigo 162.^o e seguintes), nas situações em que não tenha sido praticado acto administrativo de licenciamento inválido, seja a execução de sentenças de anulação de actos administrativos (artigo 173.^o e seguintes)¹³.

Do mesmo modo confira-se o disposto no artigo 108.^o-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, que admite que as Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional possam determinar medidas de tutela de legalidade (embargos, demolições ou reposição do terrenos) em relação a quaisquer operações urbanísticas desconformes com planos municipais de ordenamento do território ou planos especiais de ordenamento do território, sempre que as referidas medidas não se encontrem devidamente asseguradas pelos municípios¹⁴.

A existência destas vias de reacção e a necessária interpretação restritiva das causas de ilícito tutelar conduzem, então, a que recusemos a possibilidade de serem impostas sanções tutelares motivadas na violação puramente “por omissão” dos instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico válidos e eficazes.

b) Omissão dolosa, que faça incorrer em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público.

A alínea i) do artigo 9.^o da Lei n.^o 27/96, que sanciona com perda de mandato quem “*incorra, por acção ou omissão dolosas, em ilegalidade grave traduzida na consecução de fins alheios ao interesse público*”, assume a natureza de cláusula geral (e supletiva) na qual caem os ilícitos *graves* e *dolosos* que, ao mesmo tempo que não preencham uma das outras causas típicas de perda de mandato (permitindo colmatar as falhas de previsão das restantes alíneas daquele artigo 9.^o), se traduzam na consecução de fins alheios ao interesse público.

Precisamente por se tratar de uma norma com elevada indeterminação, o legislador faz depender a sua aplicação da verificação, no caso concreto, de três apertados pressupostos:

- acção ou omissão dolosas;
- ilegalidade grave; e
- consecução de fins alheios ao interesse público.

Pensamos, tal como resulta do Voto de Vencido junto ao Acórdão, que a verificação destes pressupostos não logrou ser demonstrada na situação vertente, ausência de demonstração esta que deveria ter tido como consequência a não declaração da perda de mandato.

¹² Poder-se-ia ainda, na situação vertente, discutir a amplitude do conceito instrumentos de ordenamento do território ou de planeamento urbanístico. Neste pensamos incluir-se os vários instrumentos de gestão territorial, bem como regimes legais que estabelecem condicionantes à actividade de planeamento municipal (Reserva Agrícola Nacional, por exemplo), mas já não nos parece legítimo alargar este conceito de modo a albergar regulamentos municipais (como o Regulamento de Qualificação do Estacionamento Necessário nas Operações Urbanas a realizar na Cidade de Santiago do Cacém), cuja sanção para o incumprimento é apenas a da anulabilidade.

¹³ Acresce que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos prescreve, no seu artigo 157.^o, n.^o 3, que as regras do processo administrativo se aplicam à execução de actos administrativos inimpugnáveis a que a Administração não dê a devida execução e dos quais decorrem direitos dos particulares. Admite-se, assim, que terceiros, que não são os destinatários do acto, possam desencadear o procedimento de execução judicial de actos desfavoráveis, por a Administração se ter vinculado a produzir um resultado no seu interesse.

¹⁴ Esta norma terá de ser interpretada de forma restritiva de modo a evitar que esta intervenção — de um órgão, ainda que local, da Administração municipal na gestão de questões eminentemente locais — possa ser entendida como uma *tutela substitutiva*. Cfr. Fernanda Paula OLIVEIRA, “A Alteração Legislativa ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação: uma lebre que saiu gato...?”, *Revista de Direito Regional e Local*, n.^o 0, Outubro/ Dezembro de 2007, p. 68.

Naturalmente que não ignoramos que o Vereador responsável pelo pelouro do ordenamento do território e do urbanismo não cumpriu alguns dos poderes-deveres que a legislação lhe comete e que essa conduta não poderia deixar de ter sido consciente e, por isso, dolosa.

No entanto, considerar que desta omissão de conduta, “*que se prolongou por mais de um ano e meio*” se deduz um “*elevado grau de desrespeito pela legalidade urbanística*”, e resulta uma “*ilegalidade grave que se traduziu na consecução de fins alheios ao interesse público uma vez que as omissões por ele deliberadamente cometidas permitiram, contra o interesse público subjacente, a continuação da obra ilegal e o prosseguimento artificial dos processos administrativos, em claro benefício do particular interessado*”, parece-nos excessivo e insuficientemente fundamentado.

É de perguntar se mais vale ter um edifício não embargado, por um ano e meio (lembre-se que o prazo supletivo do embargo é de seis meses eventualmente prorrogável pelo mesmo período), e que, no final desse tempo é legalizado (sem recurso, recorde-se, a alteração das disposições normativas aplicáveis) do que ter obras paradas durante anos, sem que qualquer acto de legalização ou de demolição sejam, *in fine*, praticados.

Imprescindível teria sido questionar em que medida as omissões de conduta do Vereador responsável pelo pelouro do ordenamento do território e do urbanismo, para além de, efectivamente, poderem ter impedido a continuação da obra ilegal, atentaram contra o *interesse público subjacente*, permitiram o *prosseguimento artificial dos processos administrativos*, e foram adoptadas *em claro benefício do particular interessado*.

Quanto ao interesse público subjacente, identificado pelo aresto como a legalidade urbanística, pensamos não ter o Tribunal tido em devida conta que em falta estavam *apenas* actos que não procediam, por si só, à reintegração da ordem urbanística violada e que, ainda que estes não tivessem sido – como não foram – praticados, tal não teria – como não teve – influência na decisão do caso vertente. E lembre-se que, apesar de não ter diligenciado no sentido do embargo, o vereador responsável diligenciou – a nosso ver sem que qualquer censura lhe possa ser dirigida por isso – no sentido da legalização da operação urbanística subjacente. E com sucesso!

É certo que a tramitação procedimental seguida pelo órgão municipal competente não seguiu os moldes estabelecidos no artigo 103.^o e seguintes do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, o que configura um desvio procedimental. No entanto, de modo algum poderá este desvio ser qualificado como grave, quando a situação de ilegalidade substancial (falta de licença) que motivou o levantamento do auto de notícia foi resolvida dentro um prazo relativamente curto, salvaguardando-se, assim, ainda que de forma atípica, o *interesse público subjacente: o da reposição da legalidade urbanística*.

Por outro lado, não se vê como pode o Tribunal considerar que com a sua omissão permitiu o Vereador o *prosseguimento artificial dos processos administrativos*, quando admite que o resultado final desses procedimentos – a legalização da obra, através do licenciamento do loteamento e da autorização da edificação – não tem mácula¹⁵. O prosseguimento dos procedimentos administrativos foi, efectivamente, irregular – uma vez que tudo se passou como se não estivesse em causa uma situação de legalização (*ex post*) mas de licenciamento (*ex ante*) – mas esteve longe de ter sido irreal ou artificial, pois produziu válida e eficazmente os efeitos para que tendia.

Por último, cumpre indagar quem é que beneficiou com a conduta do Vereador: se o particular interessado, se o interesse público, se ambos, se nenhum...

¹⁵ Por falta de elementos, não nos debruçaremos sobre a validade, em concreto, destes actos de gestão urbanística. Supomos apenas, como o fez o Tribunal, que eles se conformam com o bloco de legalidade aplicável.

Reflexamente, é claro, o proprietário do imóvel que não teve de parar necessariamente de parar a obra enquanto o procedimento de “legalização” se encontrava em curso foi beneficiado, pois teve um ganho de tempo que, de outra forma – com a ameaça de um crime de desobediência a impender sobre si - poderia não ter tido, por, muito provavelmente, decidir não arriscar a realização de uma obra ilegal a que se encontrava associada a prática de um ilícito penal.

Não obstante, para além de ter sido apenas este o benefício colhido pelo particular (uma vez que não é sequer de cogitar uma demolição do construído ilegalmente, sempre que o procedimento para a sua legalização esteja em curso), não ficou demonstrado que a passividade do vereador responsável tenha sido motivada, apenas e só, na garantia de condições de execução da obra ao privado.

O facto não ter sido imputado um qualquer vício ao acto de licenciamento da operação de loteamento e à autorização da edificação realizada, designadamente um vício de desvio de poder, só nos pode fazer concluir pela tentativa de alinhamento, no caso, entre o interesse privado e o interesse público urbanístico e não pelo total afastamento deste na ponderação de interesses levada a cabo, no caso, pelo Vereador responsável pelo pelouro do ordenamento do território e do urbanismo.

III. Notas Finais

Compreende-se, da discussão em torno das prioridades actuais do direito do urbanismo português, o relevo que tem sido deferida à matéria da fiscalização e da efectiva adopção e concretização de medidas de tutela da legalidade.

Esta é, efectivamente, uma das matérias em que os Municípios mais têm dificuldade em agir, em virtude das expectativas já criadas, das consequências sociais e económicas das medidas adoptadas e dos próprios constrangimentos legais à actuação municipal (designadamente o que lhes impõe uma análise, o mais certa possível, da possibilidade ou impossibilidade de legalização da obra, para permitir a adopção de medidas de cariz restritivo, como a de demolição ou reposição da situação).

Não se pode, porém, pretender um correcto ordenamento do território à custa das garantias constitucionais e legais dos titulares de cargos políticos. Estes necessitam de um quadro previsível e estável de actuação (e de sancionamento), sob pena de não agirem por estarem demasiado receosos para o efeito, ou sob pena de se verem forçados a adoptar uma posição estritamente policial e repressiva relativamente aos munícipes.

Aos titulares de cargos políticos, pela função que desempenham é-lhes pedido que ponderem, caso a caso, os interesses públicos e privados em causa, ponderação esta que, dado o grau de discricionariedade das variáveis que envolve, não é isenta de risco ou de margem de erro. Nos eleitos locais, esse risco parece aumentar, dado a proximidade que têm relativamente às populações que administram.

A redução desta margem de erro consegue-se por muitas vias: formação, informação, avaliação, reformulação da legislação (como sucedeu recentemente no âmbito criminal com a aprovação das Leis n.º 32/2010, de 2 de Setembro, n.º 4/2010, de 3 de Setembro, e n.º 4/2011, de 16 de Fevereiro), mas não deve ter lugar, a nosso ver, através de decisões judiciais que, ao invés de concretizarem o acervo legal existente, inovam substancialmente as condições da sua aplicação, ao não exigirem para a imposição das sanções previstas na Lei n.º 27/96, de 1 de Agosto, o preenchimento das condições de gravidade e elevada censurabilidade, que sempre as acompanharam.

Dulce Lopes

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra