

Acórdãos TCAN	Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte
Processo:	01910/09.5BEPRT-A-B
Secção:	1ª Secção - Contencioso Administrativo
Data do Acórdão:	01-04-2011
Tribunal:	TAF do Porto
Relator:	Rogério Paulo da Costa Martins
Descritores:	PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA ACTO DE LICENCIAMENTO DE OBRA PARTICULAR DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DE ACTOS DE EXECUÇÃO INDEVIDA ARTIGO 128º DO CÓDIGO DE PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS GARANTIA DA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA ARTIGOS 20º E 268º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
Sumário:	<p>1. A expressão “execução do acto”, constante do n.º 2 do artigo 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, deve ser tomada em sentido restrito ou próprio, de execução do acto administrativo em si mesmo, feito pela Administração ou por acção dos interessados, para prossecução de um interesse público.</p> <p>2. Entendimento contrário traduziria uma interpretação inconstitucional do disposto neste preceito, por violação da garantia da tutela jurisdiccional efectiva, na vertente do direito a um processo equitativo com igualdade de armas entre as partes, consagrado nos artigos 20º e 268º da Constituição da República Portuguesa, dado não estar previsto que o particular, interessado na construção, se possa opor ao ataque do contra-interessado que quer ver a obra paralisada, como a Autoridade Pública pode fazer através de resolução fundamentada, para defesa do interesse público posto por lei a seu cargo (nos termos do disposto no n.º 1 do mesmo artigo).*</p> <p>* Sumário elaborado pelo Relator</p>
Data de Entrada:	01-03-2011
Recorrente:	Município do Porto
Recorrido 1:	A... e outros
Votação:	Unanimidade
Meio Processual:	Procedimento Cautelar Suspensão Eficácia (CPTA) - Recurso Jurisdiccional
Decisão:	Concedido provimento ao recurso
Aditamento:	
Parecer Ministério Público:	Não emitiu parecer
Decisão Texto Integral:	EM NOME DO POVO Acordam em conferência os juizes da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central

Administrativo Norte:

O **Município do Porto** veio interpor RECURSO JURISDICIONAL da decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, de 9 de Dezembro de 2010, a fls. 871 e seguintes, pela qual foram declarados ineficazes os actos de execução material praticados pela contra-interessada J. ..., L.da. na pendência do pedido de suspensão deduzido pelos ora recorridos, **A... e outros**.

Invocou para tanto que a decisão recorrida violou, por erro de interpretação e aplicação ao caso concreto, o disposto no artigo 128º, n. 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no artigo 3º do Código de Procedimento Administrativo, e no artigo 102º, n.º1, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, na interpretação imposta pelo artigo 272º da Constituição da República Portuguesa.

J. ..., L. da apresentou recurso autónomo mas essencialmente com os mesmos fundamentos.

Os Requerentes, ora Recorridos, **A... e outros**, contra-alegam defendendo a manutenção da decisão recorrida.

O Ministério Público neste Tribunal não emitiu pronúncia sobre os recursos.

*

Cumpre decidir já que nada a tal obsta.

*

São estas as **conclusões das alegações** do primeiro recurso jurisdicional e que definem respectivo objecto:

1. O duto despacho em apreço viola o disposto no artigo 128.º do CPTA, artigo 9.º do Código Civil, artigo 102.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE), 3.º do Código de Procedimento Administrativo, artigos 2.º, 3.º e n.º 2 do artigo 272.º da Constituição da República Portuguesa.

2. A questão a decidir no âmbito deste incidente era a de saber se por força do disposto no artigo 128.º do CPTA o Município do Porto tinha o poder/dever de, recebido duplicado do requerimento inicial, embargar a obra licenciada pelo acto suspendendo, caso a contra-interessada não suspendesse a sua execução.

3. Mais concretamente, se o embargo poderia ser incluído no dever emergente do n.º 2 do artigo 128.º do CPTA de a autoridade requerida impedir que “os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do acto”.

4. O despacho recorrido fez uma errada aplicação do artigo 128.º do CPTA ao julgar procedente o incidente deduzido pelos Recorridos, tendo considerado que a entidade requerida, ora Recorrente, “não cumpriu com o dever de proibição que sobre ela impende”.

5. O Tribunal a quo fundamenta a sua decisão nos seguintes termos:

6. “Por outro lado, já ficou bem patente nos autos [pese embora em momento processual anterior] a convicção deste Tribunal [no

sentido] de que o dever que impende sobre a autoridade requerida em relação aos contra-interessados não se esgota com a simples notificação destes nos termos do artigo 128.º, n.º 2 do CPTA, antes exigindo-se que esta diligencie no sentido do acatamento por parte dos apontados contra-interessados da apontada proibição de execução, nem que para tal tenha de socorrer-se a medidas de fiscalização de tutela da legalidade urbanísticas, tais como o embargo da obra, pois só assim faz sentido o dever de impedir a execução e/ou continuação da execução do acto suspendendo previsto no n.º 2 do artigo 128.º do CPTA.” (sublinhado nosso).

7. As notas de rodapé não são consideradas parte decisória ou sequer fundamentação de qualquer decisão despacho ou sentença do Tribunal.

8. O duto despacho recorrido assenta unicamente na convicção do Tribunal a quo de que o artigo 128.º n.º 2 do CPTA exige que o Município do Porto diligencie no sentido do acatamento por parte da contra-interessada da proibição de execução, nem que para tal tenha de socorrer-se a medidas de fiscalização de tutela da legalidade urbanísticas, tais como o embargo da obra, “pois só assim faz sentido o dever de impedir a execução e/ou continuação da execução do acto suspendendo previsto no n.º 2 do artigo 128.º do CPTA.

9. Dispõe o artigo 9.º do Código Civil que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir, a partir do texto o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições do tempo em que é aplicada.

10. O despacho recorrido ao fazer a interpretação do alcance do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 128.º do CPTA fez uma interpretação que não tem na letra da lei o mínimo de correspondência e ignora por completo a unidade do sistema jurídico, violou o artigo 9.º do Código Civil.

11. Conforme resulta da epígrafe e da letra do n.º 1 do artigo 128.º o que este preceito determina a proibição da autoridade administrativa “executar o acto administrativo”.

12. Pelo simples efeito da citação para uma providência cautelar de suspensão da eficácia do acto a entidade requerida fica impedida de o executar, até que seja decidida a providência em questão, sendo que o acto suspendendo continua válido e eficaz.

13. O Município do Porto não praticou qualquer acto ou operação material de execução do acto suspendendo.

14. Apenas se e quando fosse decretada a providência cautelar requerida de suspensão de eficácia do acto é que os efeitos do acto de licenciamento em questão estariam suspensos.

15. Um entendimento contrário – como o que resulta, na prática, do despacho recorrido – levaria a que a proibição de executar o acto tivesse os mesmos efeitos que o decretamento de uma providência cautelar, ao arrepio das mais basilares regras do Direito e do ordenamento jurídico em vigor, porquanto operaria *ope legis*, sem qualquer exercício do direito ao contraditório, o que seria

manifestamente ilegal e inaceitável.

16. Atenta a natureza do acto suspendendo emitido pelo Recorrente só a Contra-Interessada poderia evitar prosseguir com a construção da obra em apreço.

17. Na verdade, a intervenção do Recorrente esgotou-se na emissão do alvará que titula o acto de licenciamento, não ficando a sua execução dependente da prática de qualquer acto – jurídico ou material - por parte deste.

18. Trata-se de um acto instantâneo no que ao Recorrente se refere.

19. O exercício do direito de edificar pelo particular depende de um acto administrativo prévio de controlo da legalidade e da oportunidade da operação urbanística em causa, pelo que um acto administrativo que como o acto suspendendo licencia uma operação urbanística permite ao particular exercer o seu direito de construir.

20. A construção da obra licenciada pelo acto suspendendo por parte da Contra-Interessada consubstancia um exercício de um direito próprio desta e não depende de qualquer actuação/execução por parte do Município do Porto.

21. Os efeitos do n.º 1 do artigo 128.º são apenas os de não se poder “iniciar ou prosseguir a execução do acto”, pelo que o acto de licenciamento da construção continua a existir, plenamente válido e eficaz, apenas sendo automática a suspensão da sua execução.

22. Não estamos, portanto, perante uma situação de suspensão provisória dos efeitos/eficácia do acto admissível apenas nos termos do artigo 131.º do CPTA, que impusesse ao Município outro tipo de actuação.

23. Recorrido só poderia ordenar o embargo da obra em apreço nos casos expressamente previstos no n.º 1 do artigo 102.º do RJUE.

24. O acto de embargo é um acto cujos pressupostos e requisitos são vinculados, isto é, encontram-se taxativamente previstos na lei.

25. Nem de outro modo poderia ser pois que o embargo, enquanto medida de polícia urbanística consagrada no RJUE tem de respeitar o princípio da reserva de lei e da tipicidade, nos termos do artigo 272.º da Constituição da República Portuguesa.

26. Estando o acto de licenciamento da construção válido e eficaz, Município do Porto não poderia, com fundamento nas citadas alíneas do artigo 102.º do RJUE, ordenar o embargo da obra em apreço, pois a Contra-interessada continua a dispor de um acto de licenciamento para a obra em questão, que o Município do Porto reputa como plenamente válido, à luz das disposições legais que lhe são aplicáveis.

27. A este propósito cumpre citar ANDRÉ FOLQUE:

“O embargo, verdadeiro acto administrativo impositivo de um dever de *non facere*, justifica-se por um de três motivos taxativamente enumerados no artigo 102.º, n.º 1: ou por se verificar que a obra é clandestina (sem licença ou autorização) ou por estar a ser executada ao arripio dos projectos aprovados e das condições estipuladas ou ainda por violar norma legal ou regulamentar aplicável.”

28. Tendo em conta o que vem dito, não pode confundir-se a

proibição do n.º 1 do artigo 128.º do CPTA de “não iniciar ou prosseguir a execução” do acto, com o decretamento de uma providência cautelar, essa sim apta a verdadeiramente suspender os efeitos/eficácia do acto de licenciamento da obra.

29. Interpretar o n.º 1 do artigo 128.º no sentido de que com a simples interposição de uma providência cautelar de suspensão de eficácia de um acto administrativo fica suspensa a sua eficácia, logo que recebido o duplicado do requerimento inicial pela Administração, é atribuir a este preceito legal um alcance que o Legislador manifestamente não pretendeu, pois que é atribuir, na prática, ao n.º 1 do artigo 128.º do CPTA os mesmos efeitos que se logram obter através do decretamento provisório de uma providência.

30. O despacho recorrido ao impor ao Município do Porto que ordene o embargo da obra em apreço, ao abrigo do disposto no artigo 128.º do CPTA, é ostensivamente ilegal.

31. Como se viu, ao impor que o Município do Porto cumpra o dever que para si resulta do n.º 2 do artigo 128.º “tenha de socorrer-se a medidas de fiscalização de tutela da legalidade urbanísticas, tais como o embargo da obra” para é também inconstitucional, por impor que o Recorrido exerça uma medida de polícia urbanística para um fim diferente daquele para o qual foi consagrada e à revelia dos seus pressupostos legais, tudo em violação dos artigos 2.º, 3.º e n.º 2 do artigo 272.º da CRP.

32. Nem do n.º 2 do artigo 128.º, nem do artigo 102.º do RJUE, decorre qualquer poder/dever para o Município do Porto que o habilitem, na situação em apreço nos presentes autos, a embargar a obra.

33. Sendo certo que se o Município do Porto tem o dever de impedir que a Contra-interessada prossiga na execução do acto, esse dever terá de ser exercido à luz do princípio da legalidade, plasmado no artigo 3.º do CPA.

34. Acresce que, nos termos do n.º 2 do artigo 103.º, tratando-se de obras licenciadas, como é o caso, o embargo determina a suspensão de eficácia da respectiva licença, pelo que a ordem de embargo pelo Município do Porto em cumprimento do despacho em apreço traduz-se, na prática, nos mesmos efeitos que teria o decretamento da providência cautelar requerida pelos Recorridos, extravasando, claramente, o âmbito da proibição do artigo 128.º do CPTA.

35. Ao abrigo do n.º 2 do artigo 128.º do CPTA, o Município do Porto não dispõe de qualquer poder sobre a Contra-interessada para impedir que esta continue a execução da obra.

36. A Contra-interessada, à semelhança do Recorrente também foi citada para deduzir oposição à providência cautelar de suspensão de eficácia do acto, nutrido “um legítimo interesse na manutenção do acto impugnado” (artigo 57.º do CPTA).

37. Deste modo e por tudo que vem alegado, atenta a natureza do acto suspendendo emitido pelo Requerido só a Contra-Interessada poderia evitar prosseguir com a construção da obra em apreço.

38. Sem prejuízo do que vem dito, sempre o incidente de

declaração de ineficácia em apreço deveria ter sido indeferido, porquanto os Requerentes, ora Recorridos, não especificaram que trabalhos foram realizados após o recebimento do duplicado do requerimento de suspensão de eficácia, limitando-se a juntar fotografias, supostamente, para elucidar o Tribunal da evolução da obra.

39. Não alegam, concretamente, nenhum trabalho que tenha sido executado indevidamente, limitando a referir que a Contra-Interessada não parou as obras.

40. É, pois, totalmente inaceitável que o Tribunal a quo tenha considerado que, a análise do requerimento que suscitou o incidente “revela-nos que a execução indevida invocada nos autos “tem como pano de fundo” [todos] os actos de execução material da obra visada nos autos praticada pela contra-interessada após o recebimento do duplicado do requerimento de suspensão de eficácia, assim se mostrando cumprido o ónus que impedia sobre os requerentes de identificar os actos de execução indevida cuja declaração de ineficácia se pretende.” (sublinhado nosso).

41. Ademais, não pode ignorar-se que tais fotografias, como aqui já foi dito, se reportam ao estado das obras em Agosto de 2009, quando por força da evolução do presente processo (cfr. supra ponto I) o Município do Porto só foi notificado para deduzir oposição à providência em 26.07.2010.

42. O que quer dizer que nem o Tribunal, nem o Recorrente, nem os Recorridos sabem sequer quais são os actos de execução material da obra foram declarados ineficazes...

43. Assim sendo, não tendo os Recorridos identificado devidamente os actos cuja ineficácia pretendiam ver declarada, como era seu ónus, deveria este incidente ter sido indeferido.

44. Em suma, tudo visto e bem visto, resulta claro e inequívoco que o duto despacho recorrido deverá ser revogado e substituído por outro que julgue improcedente o presente incidente.

São estas as **conclusões das alegações** do segundo recurso jurisdicional e que definem respectivo objecto:

1. Após o acto administrativo que defere a pretensão construtiva do apelante, só os actos de emissão do alvará de construção e o pagamento das taxas e atribuição de licenças de utilização e habitabilidade é que são actos executivos daquele acto administrativo.

2. O exercício do direito de construção por parte da apelante não é um acto executivo do acto suspendendo, podendo, quando muito, ser um acto que é uma consequência do acto suspendendo, no sentido de que foi permitido por aquele, mas não é um acto executivo dele próprio dado que se traduz no exercício de um direito subjectivo próprio da apelante, enquanto proprietária do solo em causa.

3. O acto de licenciamento de uma dada operação urbanística é um acto de execução instantânea que esgota a sua execução em si mesmo.

4. Ao contrário do que sucede com a licença para exercer uma

actividade, a licença para construir uma dada operação urbanística não é um acto de execução continuada, porque a mesma não perdura no tempo, embora o prédio possa demorar algum tempo a ser construído.

5. Quando a apelante promove a construção da obra não executa um acto administrativo: exerce um direito subjectivo próprio que lhe foi concedido em determinada data, por meio de um acto administrativo, num determinado momento e contexto factual e legal específico.

6. Ao declarar ineficazes as operações materiais de construção da obra, o tribunal a quo errou no seu julgamento, pois incluiu no âmbito objectivo da proibição de execução prevista no artigo 128º, nº 2, do CPTA actos que são o exercício de um direito próprio do aqui apelante e não actos de execução de um acto administrativo que é o licenciamento da operação urbanística, pois, como é patente este acto é de natureza instantânea e não depende de actos de execução.

7. Ao assim apreciar e interpretar de modo errado o âmbito objectivo do 128º, nº 2, do CPTA, o tribunal a quo promoveu uma agressão não justificada e não permitida ao direito de propriedade privada da aqui apelante, que é um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias.

8. A interpretação de acordo com a qual a entidade requerida estaria obrigada a impedir a apelante de continuar a obra como consequência da mera propositura de uma providência cautelar, redundaria na atribuição a um particular da possibilidade de, sem mais, impedir outro particular de exercer o seu direito de propriedade e, designadamente, o seu direito de edificação sem que antes haver pronúncia judicial sobre a legalidade ou ilegalidade da licença obtida e concedida para o efeito.

9. O conceito de acto de execução a utilizar tem necessariamente de ser o conceito restrito ou formal a que acima se fez apelo, sob pena de se permitir uma agressão desproporcional e, conseqüentemente, ilícita e ilegal do direito de edificação e de propriedade privada do contra-interessado, bem como, ainda, da tutela judicial efectiva que este como, titular passivo da relação processual, também tem de ver acautelado.

10. O artigo 128º, nº 2 do CPTA, a não ser interpretado no caso concreto do modo supra descrito, constituirá uma agressão desproporcional na tutela judicial efectiva da aqui apelante que também é parte no processo administrativo em curso, pelo que o tribunal a quo violou a proporcionalidade com que este direito, liberdade e garantia pode ser restringido ao interpretá-lo da forma contrária ao defendido pelo aqui apelante.

11. E se a interpretação feita do preceito e do seu âmbito objectivo já está profundamente errada de *per si*, então, quando coadunada com um processo, dito urgente, que dura mais de 500 dias para ser decidido não podem existir dúvidas quanto à manifesta inconstitucionalidade do mesmo ou da interpretação que dele é feita pelo tribunal a quo.

12. É que esse preceito, mesmo que tivesse esse âmbito de actuação objectivo – que não tem – sempre teria de combinar com providências cautelares que, segundo os prazos indicativos da lei teriam de ser decididas em 5 dias, e não em mais de 500 dias e sem ainda ter fim à vista, sendo certo que quando o processo de urgente só tem o rótulo, cumpre ao tribunal adequar ainda mais criteriosamente a interpretação dos restantes preceitos que se combinam em sede cautelar, zelando para que a interpretação dos mesmos ainda possa ser consentânea com a Constituição.

13. Deve pois ser revogada a declaração judicial de ineficácia das operações materiais de construção da obra por violação do 128º, nº 2 do CPTA, na medida em que não se tratam aquelas de actos de execução do acto suspendendo e, ainda, por violação desproporcionada do direito de propriedade e da iniciativa privada do aqui apelante e da tutela judicial efectiva do mesmo. (62º, ... e 20º e 268º da CRP).

B. A ORDEM JUDICIAL PARA CUMRIR O DEVER DE IMPEDIR A SUPOSTA EXECUÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDENDO, PREVISTO NO 128, Nº 2, DO CPTA ESTÁ IGUALMENTE ERRADA PORQUE:

1. O tribunal a quo não entendeu o verdadeiro e único alcance da *ratio legis* ou a função do preceito que impõe à requerida o dever de não continuar a execução.

2. Do escolhido conceito de ineficácia dos actos de execução deriva, claramente, que o que o legislador pretendeu assegurar com a regra vertida no n. 2 do 128º, do CPTA foi que os efeitos da procedência da suspensão de eficácia do acto suspendendo retroagem à data da citação da providência cautelar à entidade demandada, isto é, decretada que seja a suspensão, tudo se passa como se a mesma tivesse sido decretada no momento da citação.

3. Significando tal que a partir desse momento a autoridade citada e os seus serviços, bem como os contra-interessados, aqui apelante, agem por sua própria conta e risco, sendo responsáveis pelos danos que o início e a suspensão da execução dos actos venha a causar desde a efectivação da citação e ficando claro que a providência cautelar não deixará de ser decretada por se ter verificado no plano dos factos uma situação consumada, como por exemplo a conclusão da obra, tudo porque estes actos são ineficazes ou seja inoponíveis aos requerentes.

4. O tribunal errou portanto ao ordenar ou “determinar” à entidade requerida o exercício do dever de impedir através do embargo o avanço da obra licenciada pelo acto suspendendo, porque decidir isso é o equivalente a decidir que a citação da providência cautelar de suspensão de eficácia do acto administrativo tem o mesmo efeito que o seu decretamento, ou seja, tem o condão nem a virtualidade de promover a antecipação desse efeito.

5. Em primeiro lugar, esta interpretação não é compatível com o CPTA, designadamente com os requisitos de que o código faz depender a concessão de tutela antecipatória: basta pensar que para que uma providência antecipatória possa ser decretada é necessário

que o tribunal fique absolutamente convencido da existência do direito alegado pelo requerente, exigindo-se uma intensa probabilidade de que a pretensão impugnatória venha a ser julgada procedente (ser provável que a pretensão principal venha a ser julgada procedente).

6. Ora, se para decretar uma providência antecipatória o legislador exige esse grau máximo de critério decisório não é de modo algum defensável, num quadro de unidade jurídica, que se permita a obtenção desse mesmo efeito antecipatório dentro de uma providência de conservação (suspensiva), através de um mero acto burocrático de citação.

7. Mais: defender isso seria o mesmo que defender que, nesta situação particular, e dentro da mesma providência cautelar, seria mais fácil conceder a tutela antecipatória do que a conservatória (suspensiva) para a qual apenas basta que o tribunal fique convencido de que a pretensão impugnatória não tem manifesta falta de fundamento.

8. Em segundo lugar, porque tal interpretação – a poder ser aceite – violaria o princípio do contraditório que é uma pedra angular de todo o processo, inclusive do administrativo, entendido como é desde a reforma de 2004 como um verdadeiro processo de partes e, portanto, equitativo: basta constatar que se a entidade requerida tem no plano substantivo a “resolução fundamentada” para defender o interesse público urgente como forma de contraditar ou de contestar o efeito decorrente do disposto no n. 2 do artigo 128º do CPTA, o mesmo já não sucede com as apelantes ou, se se preferir, com as entidades beneficiárias do acto administrativo suspendendo a quem este consagrou, constituiu ou reconheceu direitos subjectivos.

9. A admitir-se que a interpretação correcta do preceito em causa corresponde àquela que defendem os aqui apelados, tem de admitir-se que uma das partes passivas no processo – o contra-interessado, aqui apelante – fica inteiramente à mercê da investida do apelante, sem qualquer contraditório que não corresponda apenas ao referente à questão de fundo suscitada na providência cautelar. (Cfr. parecer do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves e Dr. Bernardo Azevedo que aqui se juta com estas alegações)

10. É suficiente colocar as coisas neste plano para logo se perceber que esta interpretação viola o princípio da igualdade de armas previsto no artigo 6º do CPTA e, conseqüentemente, os princípios da igualdade e da tutela judicial efectiva previstos, respectivamente, nos artigos 12º e 20º da CRP. Em suma a garantia e o direito a um direito equitativo.

11. Ora, se o próprio legislador endereça ao Tribunal o dever de zelar e de cuidar pela aplicação do princípio da igualdade efectiva entre as partes, não pode concluir-se que ele próprio tenha querido quebrar o princípio cujo cumprimento entregou ao Tribunal.

12. Por isso, se nem sequer se considerar que a defesa admissível ao contra-interessado aqui apelante é continuar a executar a obra à sua responsabilidade, então esta é a única parte processual que no caso concreto não tem qualquer direito de defesa, o que – a concretizar-

se – seria manifestamente inconstitucional.

13. Para além do mais, a defesa de tal interpretação viola da mesma forma o princípio da tutela judicial efectiva previsto no artigo 268º, nº 4 da CRP e no artigo 2º do CPTA, a qual não é garantia exclusiva dos apelantes, estendendo-se, da mesma forma, aos contra-interessados e, designadamente, à aqui apelante.

14. Aliás, como já se advertiu supra, admitir aquela interpretação fundamentalista do n. 2 do artigo 128º do CPTA e pretender que o dever da autoridade citada impedir os interessados de iniciar ou continuar a execução do acto através de acto coactivo como o embargo administrativo, seria simplesmente – perante a ausência de apreciação judicial da situação concreta – uma forma de institucionalizar uma acção directa dos particulares contra outros particulares.

15. Consequentemente, a interpretação constitucional e legalmente correcta a promover do preceito em causa não pode legitimar uma actuação coactiva por parte da Administração demandada contra a aqui apelante.

16. Como tal, estava o tribunal a quo impedido de a ordenar ou determinar à entidade requerida, como fez erradamente.

17. Por outro lado, admitir que ao abrigo de tal disposição (128º, nº 2 do CPTA) a entidade aqui requerida estaria legitimada ou mesmo obrigada a embargar a obra licenciada – como se veio a concretizar - implicaria impor à Administração uma actuação que não é consentânea com a consequência derivada do incidente de declaração de ineficácia dos actos executivos praticados desde a citação.

18. Na verdade, quando os actos de alegada execução são considerados indevidos e, portanto, ineficazes em relação aos apelantes da providência (aqui os contra-interessados indicados), tal significa, no máximo, (mantendo-se na ordem jurídica a decisão que, como se referiu, será alvo de impugnação pelo aqui apelante) que a aqui apelante terá que repor a situação que existir desde a citação da providência cautelar.

19. Portanto, se o que a lei prevê é a ineficácia de tais actos e não a sua invalidade, e se essa ineficácia apenas consolidará os seus efeitos após o decretamento definitivo da providência de suspensão, então há-de convir-se que, até lá, a entidade administrativa citada só pode é notificar a apelante (aqui apelante) para não continuar a obra.

20. O que significa que, sendo esta a consequência última e porque a apelante não está senão a exercer um direito que lhe foi reconhecido por um acto administrativo válido E AINDA EFICAZ NESTE MOMENTO, a requerida não está legitimada, nem tem a obrigação de ir mais longe do que ordenar a não continuação da mesma.

21. Por isso, não podia o tribunal ordenar o embargo à entidade requerida porque nem isso lhe é imposto ou legitimado pelo artigo 128º do CPTA, nem lhe podia ter sido imposto pelo tribunal na decisão que decidiu o incidente da ineficácia dos actos de execução

do acto administrativo suspendendo e impugnados pelos aqui requerentes apelados.

22. Em terceiro lugar, o tribunal naquela decisão não pode impor ou determinar ou ainda ordenar à entidade requerida de modo algum à apelante o dever de embargar, nem de resto o poderia fazer porque isso seria equivalente a uma decisão nula por usurpação de poder, pois ainda compete à administração administrar e ao tribunal julgar.

23. E, assim sendo, apenas competia ao tribunal declarar ineficazes os actos que reputa – embora erradamente, como já seu conta – como actos de execução, não podendo ordenar à Administração qualquer proibição de execução ou ainda qualquer dever de impedir a execução.

24. Se, sendo a obra da entidade requerida o tribunal só poderia declarar ineficazes os actos de construção e não poderia ordenar o embargo da mesma obra como consequência da mera citação para o exercício do contraditório nessa mesma providência cautelar porque razão há de poder dirigir à entidade requerida uma ordem para embargar quando a obra é de um terceiro?

25. Determinar o embargo da obra propriedade da entidade requerida seria considerada uma invasão na esfera de poder da administração: a mesma conclusão deve, portanto, se retirada da circunstância de o tribunal a quo se ter atrevido a impor ou a ordenar à Administração que procedesse ao embargo da obra de um terceiro por esta licenciada e eficaz, sem que concorra decisão judicial neste sentido e como efeito de uma mera citação.

26. A opção por este entendimento é o que mais se adequa à circunstância de preceito em causa ser reconhecidamente considerado pela doutrina como um preceito que não assegura uma protecção suficiente dos contra-interessados, visto que não toma em consideração os seus interesses na execução imediata do acto que podem ser comparativamente mais relevantes e merecedores de tutela dos que os dos apelantes, pois o preceito esquece que as relações emanadas do acto administrativo suspendendo nem sempre se estabelecem sempre e entre estes e a administração, mas frequentemente até entre esta e os beneficiários directos do acto. – cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Justiça Administrativa*, edição, pág. 257, nota 828.

27. Sendo certo que esta desprotecção manifesta dos contra-interessados é tanto mais chocante, quando os apelantes podem deduzir pedidos infundados, Pelo que se a essa desprotecção já crónica do preceito se juntar ainda a admissibilidade ou mesmo a imposição coactiva ao contra-interessado por parte da Administração demandada da proibição de execução do acto administrativo suspendendo, então a situação agudiza-se de modo a justificar-se que já aqui se considere essa interpretação manifestamente inconstitucional não só pela manifesta violação do princípio da igualdade de armas, do contraditório e da tutela judicial efectiva da apelante, mas também pela violação desproporcional, desnecessária e desadequada do direito de propriedade privada da apelante, previsto no artigo 62º da CRP,

designadamente do direito daquela à edificação, já reconhecido por acto administrativo, ainda não julgado ilegal e, portanto, ainda plenamente válido e eficaz na ordem jurídica.

28. Em quinto lugar, a concessão da providência não depende da formulação de um juízo de valor absoluto sobre a situação dos apelantes, mas também da verificação de um requisito negativo, pois a atribuição da providência não pode causar danos desproporcionados com que se dá expressão, neste contexto, ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da proibição de excesso.

29. E se assim é, em sede de apreciação judicial da providência, tem a Apelante para si que numa interpretação consentânea com a lei fundamental não pode defender-se outra ideia que não seja a de que o embargo, no caso concreto, representa uma medida desproporcional violadora dos direitos, liberdades e garantias supra identificados, pois que se tais cautelas e cuidados com a garantia da proibição do excesso o legislador teve para o momento da apreciação da providência requerida, há-de convir-se que o mesmo não há-de ter querido desvirtuar esse mesmo princípio, pelo que, por mais esta razão, não pode ter-se como certa nem como coadunável com a Lei Fundamental de que como mera consequência da pendência da providência de suspensão em causa a Administração terá que proceder ao embargo da obra em causa – propriedade da aqui apelante – sem que os seus interesses e direitos sejam considerados em qualquer grau que seja!

30. Também por esta razão, a mera notificação da interposição de uma providência de suspensão de acto administrativo não pode ter, como os apelantes pretendem, o mesmo efeito, efeito jurídico equivalente ou de todo idêntico ao do decretamento da suspensão de eficácia desse mesmo acto, sendo inequívoco que, admitir que a Administração demandada pode ou tem mesmo de embargar a obra da aqui apelante – considerada como suposto acto de execução do acto suspendendo – é precisamente o mesmo que admitir que a simples notificação da interposição dessa providência tem os mesmos efeitos (antecipados) que o seu decretamento, sem que tenha ou possa fazer a ponderação de interesses do contra-interessado aqui apelante e dos requerentes, aqui apelados!!!

31. Os interesses aqui em conflito estão bem clarificados na sua medida e no seu peso: os requerentes querem proteger as suas vistas de mar e a perda de valor unitária de cada uma dos seus apartamentos e o aqui contra-interessado apelante tem de manter 60 postos de trabalho, não contribuir ainda mais para o desemprego e para a crise financeira do país, honrar os compromissos com os seus parceiros financeiros e, ainda, com todos os outros que lhe prometeram adquirir fracções e lhe venderam material para a obra e esperam dele receber para também eles não terem que despedir os seus trabalhadores.

32. Não pode ser consentânea com a Constituição e, por isso vai categoricamente repudiada pelo aqui Apelante, a interpretação do tribunal a quo segundo a qual a citação para a suspensão de eficácia

do acto administrativo tem efeitos antecipatórios que justificam a imposição do embargo da obra sem que tenham sido tidos em conta – como teriam de o ser para a concessão da providência suspensiva ou conservatória – os interesses dos contra-interessados aqui apelados que, mesmo numa análise superficial e perfunctória comandada pelo mero bom senso ou senso comum, são incomensuravelmente superiores aos dos requerentes, tudo em manifesta violação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. (Cfr. parecer do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves e Dr. Bernardo Azevedo, que aqui se junta com estas alegações)

33. A interpretação judicialmente efectuada do 128.º, n.º 2 é materialmente inconstitucional porque ignora ou despreza, pura e simplesmente, os direitos ou interesses dos contra-interessados, que acaba por abandonar a uma situação de total indefesa.

34. Estes direitos ou interesses não são objecto de ponderação material em ordem a determinar se deve, ou não, haver execução do acto, partindo o legislador do paradigma tradicional de uma relação bilateral entre a Administração e o requerente da providência e esquecendo, do mesmo passo, os potenciais interesses conflituantes de terceiros contra-interessados, que são, assim, completamente sacrificados e “sem apelo nem agravo”.

35. Este esquecimento ou imolação dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contra-interessados traduz-se, atento o princípio da equitividade, numa violação da garantia constitucional de tutela jurisdiccional efectiva (artigo 20.º e 268.º da CRP), sobretudo na sua dimensão de direito a um processo equitativo capaz de assegurar a igualdade de armas no processo – proibição de tratamentos preferenciais ou discriminatórios de carácter arbitrário – e o direito ao contraditório – abertura para as partes fazerem valer as razões de facto e de direito que lhes assistem.

36. Por tudo quanto ficou exposto, a decisão que “determinou”, ou seja, ordenou à entidade requerida o embargo da obra do aqui apelante é ilegal e inconstitucional por se basear numa interpretação contrária e violadora da Constituição nos preceitos já invocados, evidenciando, aliás um erro judicial grosseiro, devendo, por isso, ser imediatamente revogada.

*

2. A matéria de facto.

Ficou provada, sem reparos nessa parte, a seguinte **matéria de facto** relevante:

i). Por despacho de 20 de Fevereiro de 2009, proferido pelo Vereador do Pelouro do Urbanismo e Mobilidade da Câmara Municipal do Porto, foi deferido o pedido de licenciamento requerido por J. ... Lda. para construção de um edifício no gaveto das Ruas B... e P..., na cidade do Porto, no âmbito do processo administrativo n.º 126678/O8/CMP, (ACTO SUSPENDENDO), conforme emerge de fls. 27 a 38 dos autos principais, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;

- ii) Em 3 de Agosto de 2009, o Vereador do Pelouro do Urbanismo e Mobilidade da Câmara Municipal do Porto, revogou, com eficácia retroactiva à data da sua pratica, o acto referido em i), com fundamento na ausência de fundamentação bastante nos termos do artigo 125º, n.º.2 do C.P.T.A., e, em substituição, praticou um novo acto de conteúdo idêntico ao referido em i), com eficácia retroactiva, conforme emerge de fls. 927 a 941 dos autos principais, cujo teor se dá por integralmente reproduzido;
- iii) A presente providência cautelar e, bem assim, a acção principal da qual depende deram entrada em juízo no dia 14 de Julho de 2009, conforme emerge dos carimbos apostos nas respectivas petições iniciais.
- iv) A Autoridade Requerida não juntou aos presentes autos a resolução fundamentada a que se refere o n.º. 3 do artigo 128º do C.P.T.A.
- v) Dá-se por integralmente reproduzido o teor do requerimento dos requerentes [resposta à matéria de excepção e modificação objectiva da instância] que faz fls.1051 e seguintes dos autos [numeração virtual].

*

Enquadramento jurídico.

Em nota preliminar diga-se que as críticas feitas à decisão recorrida pelo Município Recorrente nas suas conclusões 9 e 10 não são, na nossa perspectiva, fundadas.

Nenhuma norma diz que as notas de rodapé não servem ou não valem como fundamentação da decisão, seja sentença (acórdão) ou despacho.

Não se vê razão para, por exemplo, a citação de jurisprudência que é feita no corpo da sentença valer como fundamentação e já não valer se for feita em nota de rodapé. Trata-se de uma opção formal, eventualmente discutível e menos usual, mas que não deixa de ser conteúdo da decisão. Por outro lado a expressão “*fazer sentido*”, usada na decisão ora em apreço, refere-se, como se compreende, a uma interpretação lógica, a uma interpretação da lei que presume ter o legislador consagrado as soluções mais acertadas e exprimido o seu pensamento em termos adequados – artigo 9º do Código Civil.

Também se mostra acertada a decisão na parte em que e entendeu que os actos cuja declaração de ineficácia se pede são “*os actos de execução material da obra visada nos autos praticados pela contra-interessada após o recebimento do duplicado do requerimento de suspensão de eficácia, assim se mostrando cumprido o ónus que impedia*

sobre os requerentes de identificar os actos de execução indevida cuja declaração de ineficácia se pretende.”

Aliás a Contra-Interessada compreendeu bem quais eram os actos materiais da sua autoria que estavam em causa, como resulta da invocação de prejuízos que faz para pedir o efeito suspensivo ao recurso jurisdicional.

Dito isto, vejamos.

As questões que se colocam prendem-se essencialmente com a interpretação do disposto no artigo 128º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e consistem em determinar, em particular, num caso, como o dos autos, em que se pede a suspensão da eficácia do acto de licenciamento da construção de um edifício, quais são os actos de execução do acto administrativo e se a proibição de o executar impõe à entidade administrativa, nomeadamente, o dever de embargar a obra licenciada.

Determina o n.º1 do artigo 128.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, sob a epígrafe “*Proibição de executar o acto administrativo*”, que:

”Quando seja requerida a suspensão da eficácia de um acto administrativo, a autoridade administrativa, recebido o duplicado do requerimento, não pode iniciar ou prosseguir a execução, salvo se, mediante resolução fundamentada, reconhecer, no prazo de 15 dias, que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público.”

Por seu turno estipula o n.º 2, do mesmo preceito, o seguinte:

“Sem prejuízo do previsto na parte final do número anterior, deve a autoridade que receba o duplicado do requerimento impedir, com urgência que os serviços competentes ou os interessados procedam ou continuem a proceder à execução do acto.”

Em termos práticos colocam-se ao tribunal duas opções: ou determinar a paralisação das obras de construção levadas a cabo pela J. ... Lda., até à decisão final da providência cautelar de suspensão da eficácia do acto - como pretendem os Recorridos - ou permitir o prosseguimento das mesmas como pretende a empresa Recorrente com a aprovação do Município do Porto.

Também numa perspectiva dos efeitos práticos, não se vislumbra qualquer situação definitiva de facto consumado mas apenas uma situação que perdurará enquanto não for decidida a questão da legalidade do licenciamento.

Isto porque das duas uma: ou a construção é legal ou

legalizável e, nessa hipótese, com apoio no acto suspendendo ou noutra acto subsequente, as obras serão levadas a cabo, traduzindo-se a paralisação numa situação temporária; ou a construção é ilegal e não legalizável e as obras terão, mais tarde ou mais cedo, de ser demolidas, mostrando-se o prosseguimento das obras, nesta segunda hipótese, também como uma situação temporária.

A escolha reconduz-se, assim, numa perspectiva prática, a permitir ou impedir transitoriamente a construção.

Não haverá, por isso, em qualquer caso, uma situação irreparável de facto consumado, mesmo no plano dos factos.

Entremos agora na análise jurídica da situação.

O despacho liminar a que alude o artigo 116º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, apenas traduz um juízo sobre a validade formal do requerimento inicial e sobre a manifesta ilegitimidade das partes ou manifesta ilegalidade da pretensão.

Ora, em particular, a ausência de um juízo de manifesta ilegalidade do pedido de suspensão da eficácia do acto de licenciamento – traduzido na admissão liminar do pedido - não traduz qualquer juízo, ainda que perfunctório, sobre a conformidade ou desconformidade das obras em curso com a lei.

O que significa que nem os Requerentes, ora Recorridos, nem a empresa ora Recorrente contam a seu favor com qualquer decisão judicial que defina como ilegais ou legais as obras em causa, ainda que em termos perfunctórios ou precários.

Mas a empresa Recorrida conta com uma decisão administrativa, do Município Recorrido, que lhe é favorável, a definir essas obras como conformes com a lei e, assim, a autorizar a construção.

Ora a Administração está obrigada, como os Tribunais, a actuar de acordo com critérios de legalidade, justiça e isenção em relação aos interesses conflitantes dos particulares – artigos 3º e 6º do Código de Procedimento Administrativo e artigo 266º, n.º2, da Constituição da República Portuguesa.

É certo que foi abandonado o princípio da presunção da legalidade dos actos administrativos. Mas não se adoptou, em substituição, o princípio da presunção da ilegalidade desses actos. Menos ainda a suspeição sobre a conduta da Administração.

Temos pois esse facto incontornável de a Administração na análise do pedido de licenciamento – que se presume

minimamente aprofundada até por ter dado origem a dois actos no mesmo sentido, sendo que o segundo reconhece a insuficiência da fundamentação do primeiro – ter adoptado, na prossecução do interesse público e no contexto de um conflito de interesses particulares, a solução favorável à empresa ora Recorrida.

Ora mostra-se intuitivo, neste quadro de inexistência de qualquer decisão judicial, provisória ou definitiva, perfunctória ou aprofundada, a favor de qualquer das partes neste conflito de interesses particulares, mas em que existe uma decisão da Administração favorável à empresa ora Recorrente, que a solução mais sensata e justa será a de permitir o prosseguimento provisório das obras.

Por outro lado, mostra-se como feridente do sentido comum de justiça, que a Autoridade Administrativa seja compelida a praticar um acto, o embargo da obra, contrário à sua convicção, da legalidade da obra, sem que tenha sido emitido pelo Tribunal qualquer juízo, ainda que perfunctório, sobre a legalidade ou ilegalidade do licenciamento e das obras.

Uma norma não pode deixar de ser aplicada por ser injusto ou imoral o seu conteúdo – artigo 8º, n.º 2, do Código Civil. Também não pode ser adoptada, por via judicial, uma solução que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência – n.º 2 do artigo 9º do Código Civil.

Mas a interpretação da lei não se deve cingir à sua letra e deve conduzir às soluções mais acertadas – n.ºs 1 e 3 do mesmo preceito.

Impõe-se retomar aqui o disposto no artigo 128º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos: a interpretar-se estas normas no sentido de que, no caso concreto, o Município estaria obrigado a praticar um acto, o embargo, contrário ao que por si foi decidido, e sem que o Tribunal tivesse emitido pronúncia favorável aos interesses de qualquer das partes sobre a legalidade do acto de licenciamento, estaríamos a dar ao caso a solução injusta.

Pergunta-se: e a letra da lei, em particular o disposto no n.º 2 do artigo acabado de referir, não impõe esta solução, do embargo?

O Tribunal *a quo* entendeu que sim, tanto quanto resulta da decisão recorrida.

Entendemos no entanto que a solução oposta, a que se reputa justa, também cabe sem esforço na letra da lei. Este preceito foi elaborado claramente a pensar numa relação jurídica administrativa simples ou típica, entre a

Administração e um particular e de um acto administrativo que não constitui ou declara, mas limita, nega ou condiciona direitos do particular em virtude de um interesse público oposto.

Não foi previsto para relações jurídicas de múltiplos interesses, públicos e particulares, conflituantes entre si e de actos administrativos que, na solução do interesse público, beneficia um interesse particular em detrimento de outro interesse particular.

Daí que, perspectivando uma relação jurídica bilateral simples, se preveja a possibilidade de a Administração Pública impedir o efeito cominatório do conhecimento oficial do pedido de suspensão e prosseguir com a execução do acto, justificando essa atitude com a necessidade de evitar grave prejuízo para o interesse público.

E daí que não se preveja, por outro lado, que qualquer dos particulares em conflito, numa relação jurídica complexa ou multipolar, possa invocar um prejuízo mais relevante dos seus interesses para obstar ao referido efeito cominatório.

O âmbito de previsão da norma, o seu âmbito de protecção, é, portanto, e apenas, o de assegurar neste domínio uma justa composição entre, por um lado, o interesse público por parte da Administração em executar de imediato o acto que praticou e, por outro, o interesse de um particular em suspender a execução do acto.

Criando um mecanismo que garante o contraditório e a igualdade de armas entre as partes, prévio a uma decisão judicial que afecta necessariamente um dos interesses em jogo, porque opostos.

Não se prevê aqui a possibilidade de impor a um particular que suspenda a prática de actos não administrativos que sejam praticados contra os interesses de outro particular, ainda que como consequência ou ao abrigo de um acto administrativo.

Daí que a expressão “*execução do acto*”, constante do n.º 2 do artigo 128º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, deva ser tomada em sentido restrito ou próprio, de execução do acto administrativo em si mesmo, feito pela Administração ou por acção dos interessados, para prossecução de um interesse público.

Exclui-se desta previsão, portanto, os actos de execução que se traduzem na prática de actos de natureza jurídica privada, na realização de interesses particulares, como a construção de um edifício no exercício de um direito privado de propriedade.

Em todo o caso, e complementarmente, também se mostra válida a argumentação dos recorrentes de que a construção em causa não é um acto de execução do acto administrativo de licenciamento.

O acto de construção é, sem dúvida, um acto consequente do acto de licenciamento. Mas nem todos os actos consequentes são actos de execução.

O licenciamento define que o projecto apresentado cumpre os ditames legais e estabelece, desse modo, em termos autoritários e inovatórios, os parâmetros legais do direito a construir. Mas não impõe que se construa nem define onde, o quê e como construir.

A construção do edifício levado a cabo pela empresa Recorrente representa o exercício do seu direito de propriedade.

E é um acto de execução do projecto – privado – que apresentou.

O acto de construção de obra particular não executa o acto de licenciamento porque este não define os termos da execução da obra - mas apenas se os termos definidos no projecto cumprem ou não os parâmetros legais – nem a oportunidade de construir.

Entendimento contrário conduziria, como defendem os Recorrentes, a que na prática a proibição de execução do acto tivesse os mesmos efeitos do decretamento da providência cautelar, sem estar assegurado qualquer contraditório ou possibilidade de reacção por parte do particular contra-interessado, o que constituiria uma violação da garantia constitucional de tutela jurisdicional efectiva na vertente do direito a um processo equitativo com igualdade de armas entre as partes, consagrado nos artigos 20º e 268º da Constituição da República Portuguesa.

Isto sendo certo que neste caso o interesse da Entidade Pública não coincide com o interesse da Contra-Interessada, sendo os prejuízos para esta, claramente distintos dos eventuais prejuízos – se houver – para o Município, com a paralisação da obra.

Pelo que não se vislumbra a possibilidade de, através de uma qualquer resolução fundamentada, se acautelarem os interesses particulares da empresa Contra-Interessada.

Não tendo sido identificados pelos Requerentes a prática de qualquer acto de execução por parte da Administração e não constituindo a construção de um edifício privado a execução do acto administrativo de licenciamento, para efeitos do disposto no artigo 128º do Código de Processo nos

Tribunais Administrativos, outra solução não resta que não seja indeferir o pedido de declaração de ineficácia de actos de execução indevida.

Face ao exposto, impõe-se revogar a decisão recorrida.

*

Pelo exposto, os juízes da Secção Administrativa do Tribunal Central Administrativo Norte, acordam em conceder provimento a ambos os recursos jurisdicionais, revogando a decisão recorrida e julgando improcedente o pedido de declaração de ineficácia dos invocados actos de execução indevida.

Custas pelos Recorridos.

*

Porto, 1 de Abril de 2011

Ass. Rogério Paulo da Costa Martins

Ass. Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro

Ass. Maria do Céu Dias Rosa das Neves