

Presidente da Câmara Municipal de Lisboa
Número :68/ A/98
Processo: P-6/95
Data:6.11.1998
Área: A1

Assunto:URBANISMO E OBRAS - ESTABELECIMENTO HOTELEIRO - OBRA PARTICULAR - LICENCIAMENTO - REGRA DA COMPATIBILIDADE OU DA NAO CONTRARIEDADE.

Sequência:Não Acatada

A- Exposição de Motivos

1. Como é do conhecimento da Câmara Municipal de Lisboa, os procedimentos de aprovação da localização, do ante- projecto e do projecto de arquitectura do Hotel... (a construir no Palácio de Valle- Flôr e jardins adjacentes) mereceram a ponderação deste Órgão do Estado, que acompanhou o seu desenvolvimento até à presente data.

2. Do mesmo passo, foi considerado o procedimento de licenciamento municipal das obras de construção projectadas.

3. Neste ponto da instrução do processo, apenas dois aspectos, fundamentalmente perduram: trata- se, em primeiro lugar, de saber da conformidade do projecto de arquitectura e do acto municipal que o aprovou com o disposto no n.º 7 do Regulamento Genérico das Normas Provisórias da Coroa Envolvente da Zona Monumental Ajuda- Belém, aprovadas pela Portaria n.º 705/93, de 30 de Julho, na parte em que admite a localização de "pequenas instalações hoteleiras"; trata- se, em segundo lugar, de saber se os critérios adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa para cálculo dos índices de utilização não assentam em erro de direito, designadamente, quanto à questão dos vãos de cobertura, na medida em que a norma contida no n.º 11 das citadas Normas Provisórias impõe, como uma das condições da sua admissibilidade, o aproveitamento para fins compatíveis. Relativamente a este aspecto, mais se questiona do cumprimento das limitações da cércea (cércea <3 pisos) que são impostas pelo regulamento específico do Espaço- Plano n.º 36 (Alto de Santo Amaro), nos termos do quadro regulamentar das Normas Provisórias.

4. Isto porque, mesmo tendo presente a caducidade das citadas Normas Provisórias (que veio a ocorrer em 30 de Julho de 1995, passando, então, a vigorar o regime definido no Plano Director Municipal de Lisboa para a área abrangida pelas Normas) (1) , certo é que as mesmas foram tidas por parâmetro da decisão de aprovação da localização do estabelecimento hoteleiro em causa, tomada na reunião da Comissão Especial de Apreciação de 20 de Julho de 1995.

5. Mais do que isso: as normas vêm reproduzidas nos condicionamentos fixados na decisão de aprovação da localização da instalação hoteleira, cujo teor se passa a transcrever:

"A Comissão Especial de Apreciação(2) (...)considerando que a norma do Regulamento Genérico que prescreve que "os espaços verdes não deverão ser reduzidos ou eliminados" não deve desligar- se da perspectiva dinâmica de manutenção e valorização, condicionada no quadro da implantação específica (Espaço- Plano n.º 36 - Alto de Santo Amaro) desde que se não perca o horizonte fixado nos princípios e objectivos do Regulamento Genérico;

Considerando ainda que o Regulamento Genérico admite a localização de "pequenas instalações hoteleiras" as quais "não deverão exceder os parâmetros volumétricos fixados" no Regulamento dos Espaços Plano;

Considerando, finalmente, as normas constantes do Regulamento no Espaço Plano n.º 36- Alto de Santo Amaro;

Delibera por unanimidade:

1. Aprovar a localização de uma pequena instalação hoteleira de cinco estrelas no Palácio de Valle- Flôr condicionada ao preenchimento das condicionantes urbanísticas constantes do número seguinte;

2. Subordinar a fase de apreciação do projecto à verificação das seguintes condições:

- a) À manutenção e valorização do edifício e jardins existentes;
- b) À harmonia do conjunto que constitui a realidade urbana "Alto de Santo Amaro";
- c) À preponderância verde do recorte paisagístico, preservando, ainda, os enfiamentos e pontos de vista;
- d) À salvaguarda da estrutura fundamental do jardim e de que o futuro uso seja adaptado a essa circunstância;
- e) Aos parâmetros fixados no quadro regulamentar, designadamente quanto aos alinhamentos, cêrceas (inferior a três pisos, dois pisos à face da rua, admitindo-se um aproveitamento da cobertura com características de amansardado), profundidade máxima (inferior ou igual a 15m) e índice de utilização (inferior a 0.75);
- f) Ao ambiente urbano para o qual imediatamente se dirige, mais restrito que o conjunto do "Alto de Santo Amaro".

6. Relativamente ao primeiro aspecto, qual seja o da aplicação da norma que prevê a possibilidade de instalação no local de pequenas unidades hoteleiras, encontramos-nos perante o uso de um conceito indeterminado na norma planificatória em causa, com tudo o que isso comporta em termos de sindicabilidade.

7. Não se afigura simples a resposta à pergunta: "Um hotel com 194 quartos constitui uma pequena, grande ou média instalação hoteleira?" Tudo dependerá dos critérios de comparação com a dimensão de outras unidades hoteleiras, já existentes ou projectadas, na falta de elementos de ordem legal ou regulamentar que permitam preencher o conceito.

8. Neste ponto, em concreto, procurou-se conhecer junto da Câmara Municipal de Lisboa e da Direcção-Geral do Turismo algum parâmetro de decisão, que permitisse a elucidação das questões suscitadas. As diligências instrutórias desenvolvidas não lograram efeito útil. Apesar de a Câmara Municipal de Lisboa ter devolvido a qualificação à Direcção-Geral do Turismo, este órgão veio acertadamente responder que não deveria pronunciar-se a seu respeito, uma vez que a questão é de ordem urbanística e se prende com a aplicação de normas de planeamento, cujo controlo compete à Câmara Municipal de Lisboa. O que é certo é que ainda que houvesse um critério de repartição das unidades hoteleiras a partir do número de quartos, a tal critério sempre poderia opor-se a sua natureza económica e a sua irrelevância no contexto da interpretação de normas urbanísticas.

9. Em suma, reconhecendo que não nos situamos dentro da zona de certeza dos conceitos vagos e indeterminados, diversa conclusão que se possa formular é tão falível como a de qualquer outra entidade exterior ao município. Mesmo não estando o provedor de justiça coarctado na sua apreciação pelas limitações que o princípio da separação de poderes coloca ao conhecimento dos Tribunais quando fiscalizam os actos de gestão pública da Administração, não se pode ignorar a contingência imposta pela natureza do conceito contido na norma, quando a situação em análise não se subsume pacificamente às zonas de certeza (de inclusão ou de exclusão) do que possa significar uma pequena unidade hoteleira. Como refere LUÍSA DUARTE(3), "certos conceitos técnicos encerram uma tão ampla subjectividade valorativa que se torna, se não inútil, pelo menos inconveniente a sua revisão pelo tribunal, perante a dificuldade de se chegar a um padrão de $\frac{1}{2}$ verdade objectiva $\frac{1}{2}$ Trata-se de uma zona de fronteira entre a discricionariedade e a vinculação, onde parece desnecessário o recurso a uma segunda apreciação pericial, a uma segunda opinião em domínio de tão acentuada subjectividade".

10. O que fica dito em nada prejudica, porém, a análise da segunda questão suscitada, a qual consiste em conhecer dos critérios adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa quanto ao cálculo dos índices de utilização, retirando dos valores a considerar as áreas dos pisos recuados, não obstante o facto de serem estas aproveitadas para unidades de alojamento (quartos).

11. É que não se vislumbra razão alguma para a não contabilização das áreas dos pisos recuados destinados a "fins compatíveis", por se entender que a compatibilização do seu uso com o uso principal do edifício implicaria sempre uma relação de subordinação ou de acessoriedade. A ser igual o fim, igual deveria ser o seu tratamento para efeito do cálculo do índice de utilização.

12. Para mais, parece tornar-se evidente que a interpretação feita da norma que permite o aproveitamento dos vãos de cobertura dos edifícios para fins compatíveis padece, desde logo, de um erro de princípio, qual seja o

do estabelecimento de uma relação de identidade quando a norma exige compatibilidade.

13. "A regra da compatibilidade ou da não-contrariedade implica naturalmente que a acção da Administração não deve contrariar a lei - que a lei é superior à vontade da Administração e se impõe a ela, sendo por conseguinte nulos os actos que contrariem a lei. Mas é uma regra negativa, que não impõe à Administração o conteúdo de determinados actos, e só delimita esse conteúdo negativamente, estabelecendo os fins que não podem ser prosseguidos, ou os meios que não podem ser utilizados"(4) . Mas por oposição com as relações de conformidade, melhor se recorta, ainda, o âmbito e extensão do princípio da compatibilidade.

Compatibilidade importa diferença, importa diversidade, embora num grau ou natureza tais que não colidam com a natureza ou essência de uma realidade à qual devem subordinação. Enquanto a relação de conformidade é uma relação positiva entre dois objectos individualizados, a compatibilidade sugere uma relação negativa, de não contradição entre esses dois objectos, cujos conteúdos diferem. Só assim ganha utilidade semântica este conceito: ao afastá-lo do conceito de conformidade, mas ao mesmo tempo, também, afastando-o dos conceitos de identidade, semelhança ou analogia, ou, noutra perspectiva, de "toda a possibilidade de reprodução, pura e simples"(5) .

14. Poderia aqui refutar-se esta interpretação com o argumento de que se a norma permite o mais, permite também o menos, ou seja, se admite uso compatível admite também uso conforme ou uso idêntico. Mas não pode, porém, ser assim.

15. Com efeito, no presente caso parece irrazoável o recurso a uma das formas de interpretação enunciativa, isto é, aquela que fazendo apelo a argumentos lógicos (como o argumento "a maiori ad minus" agora chamado à colação) "deduz de uma norma um preceito que nela está apenas virtualmente contido" (6). Isto porque a interpretação enunciativa vai para além da interpretação em sentido técnico, pois extrai as regras não das fontes mas de outras regras (lógicas), o que apenas tem a virtualidade de nos afastar do objectivo de interpretação das normas aplicáveis, ou seja o de, a partir delas, se proceder ao "desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, (...) fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja", nas palavras de KARL LARENZ . (7).

16. A compatibilidade a que se reporta a disposição contida no n.º 11 das Normas Provisórias é a compatibilidade com o seu aproveitamento amansardado, mas não só. É também a compatibilidade com o uso hoteleiro ou habitacional que o local admite, de acordo com o espaço plano respectivo. Ora, não parece que sirva tal relação de compatibilidade um uso que se mostra absolutamente indiferenciado: a utilização com quartos. Deve entender-se que o aproveitamento de vãos de cobertura para fins compatíveis é necessariamente um aproveitamento para fins menores, acessórios, complementares. Só deste modo se compreende a possibilidade de não contabilização das respectivas áreas para efeitos de cálculo do índice a respeitar. Seria incongruente beneficiar da não contabilização de tais áreas, se as mesmas se encontram adstritas a uma finalidade comum às demais.

17. O que todavia se verifica é que a inclusão nos cálculos das áreas respeitantes aos vãos de cobertura acaba por se mostrar de escasso significado diante dos parâmetros urbanísticos definidos para o local. Por outras palavras, ainda que a Câmara Municipal de Lisboa viesse a ultrapassar a incongruência de não contabilizar a área dos pisos recuados (já que a mesma se destina a quartos), o reajustamento do cálculo nem por isso levaria a exceder os valores fixados.

18. As duas conclusões enunciadas poderiam levar a dar por encerrado o assunto agora tratado, por não se verificar ilegalidade no acto final de licenciamento das obras de construção do hotel, por terem sido ultrapassadas algumas deficiências detectadas ao longo do procedimento conducente ao citado acto de licenciamento.

19. Permito-me, no entanto, retirar conclusão diversa, a partir da conjugação das duas conclusões preliminares. O todo mostra-se superior à soma das partes.

20. É que o conceito de "pequena instalação hoteleira", independentemente do seu carácter vago e indeterminado, possui um valor interpretativo que se projecta sobre as demais disposições das Normas Provisórias (recebidas na decisão de aprovação de localização de empreendimento turístico em causa) e a partir

PROVISÓRIAS (recebidas na decisão de aprovação da localização do empreendimento turístico em causa), a partir da sua zona de certeza. Por outro lado, a conclusão alcançada quanto ao uso a conferir aos pisos amansardados, se por si só, não tem relevância no cômputo final do índice de utilização, não pode deixar de ser confrontada com as citadas exigências interpretativas, para além, naturalmente, do que já foi considerado quanto ao conceito de compatibilidade.

21. Julgo pois, estar em condições de afirmar que a Câmara Municipal de Lisboa deve impor à requerente do licenciamento que esta destine o uso dos pisos recuados (ao nível dos vãos de cobertura) a outro que não seja o de quartos, por nos encontrarmos diante da exigência de a unidade hoteleira ser de pequena dimensão.

22. Às dúvidas que formulei com base na compatibilidade dos fins vêm acrescer os requisitos do n.º 7 das Normas Provisórias. Quando se admite, por razões cuja justificação não foi sequer apresentada pela Câmara Municipal de Lisboa, o aproveitamento dos pisos recuados para fins compatíveis, deve, do mesmo passo, ter-se presente a limitação da envergadura do empreendimento turístico.

23. Uma pequena unidade hoteleira é- o na generalidade dos padrões urbanísticos utilizados. Já o não o consente a excepcionalidade do aproveitamento dos pisos recuados. De outro modo, estaria a escapar- se ao núcleo do conceito de pequena instalação hoteleira à custa da exploração das potencialidades de um aproveitamento que se consagrou como última ratio.

24. Para mais, e mesmo que não se tivesse em perspectiva uma interpretação sistemática, e nos circunscrevêssemos à norma contida no n.º 7 das Normas Provisórias, sempre se mostraria vedado o recurso à interpretação analógica ou, sequer, extensiva do preceito em causa, por forma a aceitar- se o aproveitamento dos vãos de cobertura para fins semelhantes aos dos demais pisos do edifício. De outro modo, estaria pura e simplesmente a frustrar- se a excepcionalidade da sua admissão, preterindo- se a elementar regra de interpretação e aplicação jurídica contida no art. 11º do Código Civil.

25. A este propósito, ensina KARL LARENZ que há uma "exceção segundo a matéria quando a lei derogou em relação a determinados casos, as mais das vezes estritamente delimitados, uma regra que procura conseguir validade no sentido mais amplo possível, porque a sua realização pareceu ao legislador, inclusivamente nesses casos, pouco prática ou oportuna e, devido a isso, acreditou poder aqui renunciar a ela. Tem de evitar- se aqui que, mediante uma interpretação excessivamente lata das disposições excepcionais, ou mediante a sua aplicação analógica, o propósito do legislador se transmude afinal no seu contrário" (8).

26. No que concerne ao presente caso, se é certo que o conceito de pequena unidade hoteleira é vago e indeterminado, certo é também que nem por esta característica se admitirá uma interpretação e aplicação dos constrangimentos impostos pelas Normas Provisórias que levem a permitir uma instalação hoteleira tão grande quanto possível. A directriz nesta matéria há- de ser , precisamente, a inversa. E se a um pequeno hotel é consentido que a ocupação de todos os pisos se faça com integral aproveitamento por quartos (cércea < 3) e que por isso se reconheça o aproveitamento dos vãos de cobertura com ocupações instrumentais (por forma a rentabilizar a unidade), já não será de consentir que a uma mesma pequena instalação hoteleira se permita utilizar esses espaços para expandir a utilização preferencial e principal do ponto de vista dessa mesma rentabilização.

27. Seria irrazoável permitir que se desse azo a uma expansão das oportunidades de ocupação do espaço. É que ao conceito de "pequena instalação hoteleira", pese embora, uma vez mais, o seu carácter vago e indeterminado, não está associada apenas a dimensão exterior e o impacto que a mesma possa produzir na paisagem urbana que se quis proteger com as Normas Provisórias. Está também contida uma limitação do volume de clientes e dos seus efeitos nas características locais e na qualidade de vida dos moradores vizinhos.

28. Até porque tal desvirtuaria a própria limitação da cércea dos edifícios, aproveitando- se o vão de cobertura como de um piso se tratasse, pois não são permitidos três pisos (cércea < 3).

29. A formulação do quadro regulamentar das Normas Provisórias, na parte em que se aplica ao designado Espaço- Plano n.º 36 "Alto de Santo Amaro", é clara quanto à definição da cércea máxima: "Manter <3 pisos". O mesmo se diga do acto de aprovação da localização da instalação hoteleira em causa, quando

condiciona a apreciação do respectivo projecto aos "parâmetros fixados no quadro regulamentar, designadamente (...) quanto às cérceas (inferior a três pisos, dois pisos à face da rua, admitindo- se um aproveitamento da cobertura com características de amansardado)".

30. Poderia inclusivamente questionar- se a validade do condicionamento fixado na parte em que se refere ao aproveitamento da cobertura com características de amansardado, pois as próprias Normas Provisórias, no ponto 19 do seu regulamento genérico, vêm relacionar o aproveitamento (e apenas parcial) dos vãos de cobertura com a previsão de "situações de ½ no capítulo das cérceas", o que não se verifica sequer na formulação escolhida pelo regulamento específico do Espaço- Plano 36 "Alto de Santo Amaro".

31. Parece, todavia, admissível a possibilidade de aproveitamento da cobertura dos edifícios a construir, mas nos moldes já defendidos, ou seja, um aproveitamento compatível e não igual ao dos pisos permitidos. Assim não tendo sido, deverá concluir- se pela ilegalidade do acto de licenciamento das obras de construção do hotel.

32. Este acto, praticado no dia 3 de Dezembro de 1997 (e titulado pelo alvará de licença de construção n.º 9/98, emitido em 15 de Janeiro de 1998) mostra- se viciado por erro de direito na interpretação e aplicação das regras urbanísticas em causa, o que acarreta o desrespeito pelas condições fixadas no acto de aprovação da localização, o qual é vinculativo, nos termos do disposto no art. 29º, n.º 3, do Decreto- Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro.

33. A revogação daquele acto impõe- se com vista à reintegração da legalidade infringida e à regular prossecução do interesse público, cumprindo reapreciar o projecto de arquitectura com a imposição da condição de não ser permitida a ocupação com quartos dos vãos de cobertura.

34. Nada obsta o decurso de tempo decorrido desde a emissão do acto de licenciamento, pois a revogação por ilegalidade dos actos constitutivos de direitos é permitida no ano subsequente ao da prática do acto revogado, tendo presente que o prazo para revogação por ilegalidade coincide com o prazo de recurso contencioso mais dilatado (um ano para o Ministério Público), por aplicação do art. 141º do Código do Procedimento Administrativo.

B- Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

RECOMENDO

A revogação do acto administrativo que licenciou as obras de construção do Hotel... no Palácio de Valle- Flôr e jardins adjacentes, na estrita parte em que permite a utilização dos vãos de cobertura com quartos para hóspedes.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

José Menéres Pimentel

(1)O regime estabelecido pelas normas Provisórias da Coroa Envolvente da Zona Monumental Ajuda- Belém apenas prevaleceu sobre a disciplina do P.D.M. nos seus dois anos de vigência, nos termos do disposto no artº 126º, do Regulamento deste plano.

(2)Órgão colegial ad- hoc previsto no artº 29º, do Decreto- Lei nº 328/86, de 30 de Setembro.

(3)Cfr. As discricionariedades administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade, in Boletim do Ministério da Justiça,nº 370(1987),p.68.

(4)Cfr ANDRÉ GONCALVES PEREIRA Erro e ilegalidade no acto administrativo Lisboa 1962 p 38

- (4) Cfr. ALVES CORREIA, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade no ato administrativo, Lisboa, 1982, p.158.
- (5) Cfr. CH.EISENMANN, Le Droit Administratif et le Principe de Legalité, in Conseil D'État (Études et Documents), 11(1957), Paris, pp. 30-31, apud ALVES CORREIA, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p.197, nota 53.
- (6) J.BAPTISTA MACHADO, Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador, 6^a reimpressão, Coimbra, 1993, pp. 186-187
- (7) Cfr. Metodologia da Ciência do Direito, 2^a edição, Lisboa, 1989, p.377