

# *Rev* **CEDÖUA**

N.º 29 \_ Ano XV\_ 1. 12

**Revista do Centro de Estudos de Direito  
do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**  
Urbanism, Territorial Order and Environment  
Studies Center Law Review

29.

*RevCEDÖUA*





Cedoua

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, Urbanismo e Ambiente (RevCEDOUA) é uma publicação periódica semestral que, desde 1998, tem contribuído para o enriquecimento científico nas áreas do ordenamento, urbanismo e ambiente pela publicação de textos originais — de caráter jurídico ou transdisciplinar — com interesse para profissionais, investigadores ou académicos que lidem com os instrumentos jurídicos do ordenamento, urbanismo e ambiente.

O objetivo da RevCEDOUA é identificar, refletir e propor soluções para problemas de ordenamento, urbanismo e ambiente com relevância jurídica e social, promovendo o alargamento das fronteiras do conhecimento e o progresso jurídico, social, cultural e tecnológico, procurando também aprofundar o tratamento destas temáticas em ordens jurídicas estrangeiras.

A RevCEDOUA está aberta a contributos seja pelo envio de artigos originais, recensões ou comentários jurisprudenciais para publicação, seja pela sugestão de temas para futuros números.

## Ficha Técnica

### Diretor

José Joaquim Gomes Canotilho  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### Diretora Adjunta

Alexandra Aragão  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### Conselho Coordenador

Fernanda Paula Oliveira  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
José Eduardo Figueiredo Dias  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
Lícinio Lopes Martins  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

### Conselho Científico

Alessandra Sandulli  
(Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre)  
António Barbosa de Melo  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
Antônio Herman Benjamin  
(Superior Tribunal de Justiça do Brasil)  
Fernando Alves Correia  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
Jacqueline Morand-Deviller  
(Université Panthéon-Sorbonne)  
José Cardoso da Costa  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
José Casalta Nabais  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
José Rubens Morato Leite  
(Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina)  
Ludwig Krämer  
(European Commission, Forschungsstelle für  
Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen)  
Manuel Lopes Porto  
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
Maria da Glória García  
(Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)  
Martín Bassols Coma  
(Universidad de Alcalá de Henares)

### Propriedade e Edição

CEDOUA - Centro de Estudos de Direito do  
Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### Correspondência

CEDOUA  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra  
3004-545 COIMBRA  
Tel.: 239833451/239834572  
Fax: 239826481  
rcedoua@fd.uc.pt  
www.cedoua@fd.uc.pt

### Assinaturas e Distribuição

Livraria Almedina

### Periodicidade

2 números / ano

### Ano de Publicação

2012

### Número Avulso

14,66 Euros - IVA incluído

### Capa e Arranjo Gráfico

www.ruverissimodesign.com

### Impressão e acabamentos

Tipografia Lousanense

### Tiragem

400 Ex.

**Depósito Legal:** 121 196 / 98

**ISSN:** 0874 - 1093

**N.º de Registo no ICS:** 122 384

# RevCEDÖUA

N.º 29 – Ano XV – 1. 12

## › Doutrina

- › 11 Medir a Desmaterialização e o Desenvolvimento sustentável: os Indicadores e os seus Dilemas  
Sara Moreno Pires
- › 25 Consumo Sustentável e Desmaterialização no Âmbito do Direito Brasileiro  
Patrícia Faga Iglecias Lemos
- › 41 Normas Abertas nos Sistemas Informáticos do Estado: Quo Vadis?  
Alexandre Libório Dias Pereira
- › 47 Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais  
Afonso Patrão
- › 85 O Elogio da Suficiência: Transformando Padrões de Consumo à Luz da Desmaterialização  
Mariana Nicolau
- › 103 Direito do Urbanismo e Desmaterialização  
Fernanda Paula Oliveira | Dulce Lopes
- › 117 A legitimação participativa de uma decisão ambientalmente responsável  
Cristiana Maria Cardoso Lopes

## › Jurisprudência

- › 133 O "Caminho" dos Pareceres Vinculantes na Jurisprudência:  
Desde a Impugnabilidade Autônoma à Intervenção de Terceiros  
Pedro Matias Pereira

## › Recensões

- › 155 Isabel González Ríos, Régimen Jurídico-Administrativo de las  
Energías Renovables y de la Eficiencia Energética  
Suzana Tavares da Silva

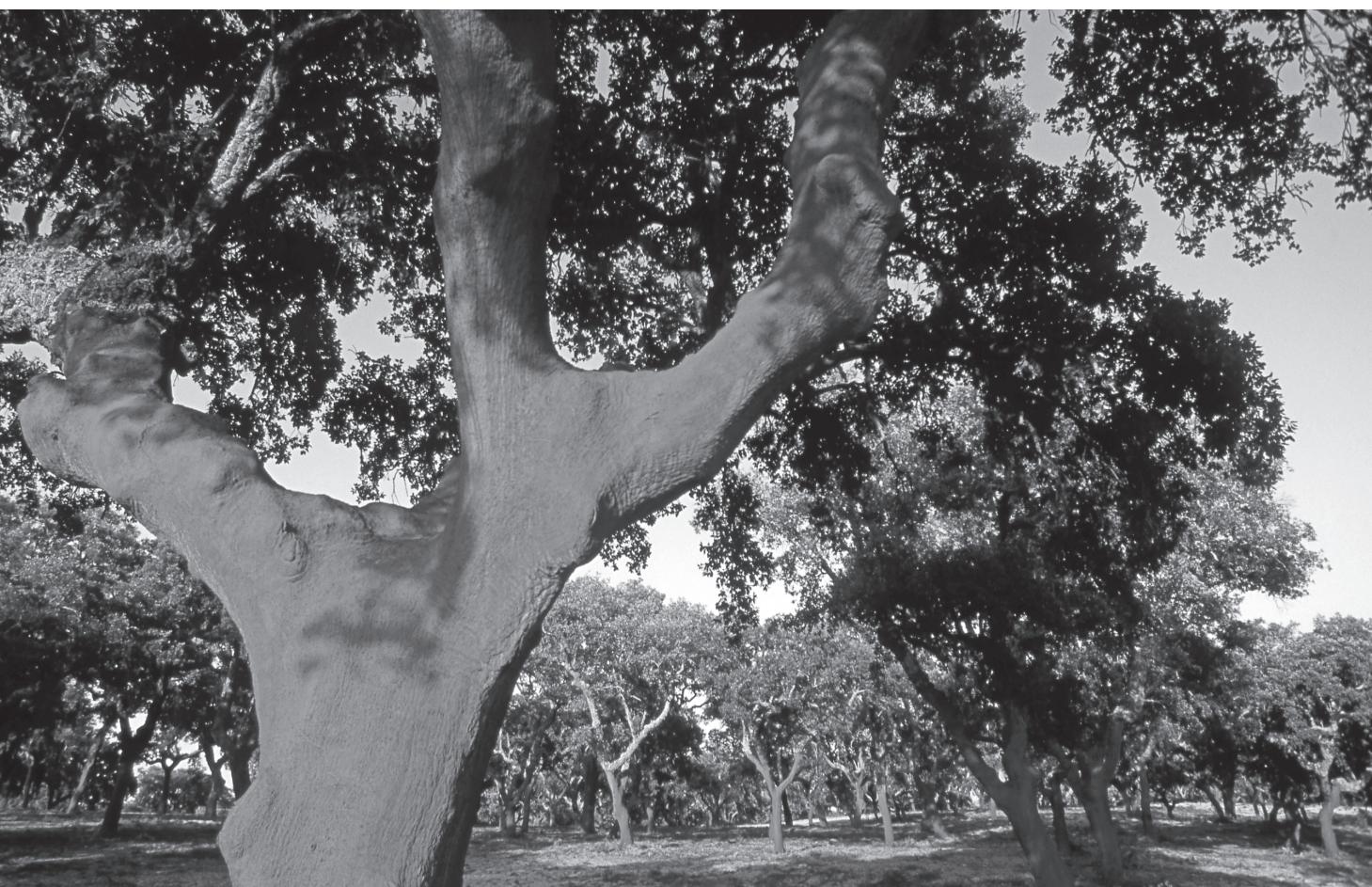
## › Dossier

- › 161 Desmaterialização: uma mudança de paradigma?  
Alexandra Aragão

## › 173 › Abstracts

- › 179 › Últimas Aquisições Bibliográficas

índice



A presente edição da revista do CEDOUA, sobre os efeitos jurídicos, ambientais e urbanísticos da desmaterialização beneficiou do apoio da Corticeira Amorim, a quem é devido o público agradecimento.

A Corticeira Amorim, S.G.P.S., S.A. é a maior empresa mundial de produtos de cortiça do mundo e uma das mais internacionais de todas as empresas portuguesas, com operações em dezenas de países em todos os continentes.

Organizada em cinco unidades de negócios - Matérias-Primas, Rolhas, Revestimentos, Aglomerados Compósitos e Isolamentos – a Corticeira Amorim disponibiliza aplicações de cortiça que incluem não apenas produtos tradicionais de alto valor acrescentado, como é o caso da rolha, mas também um vasto portfolio de soluções que incorporam avançada tecnologia de fabrico e elevados padrões de I&D, para incorporação em indústrias tão diversificadas e exigentes quanto a aeronáutica ou construção.

A atividade da Corticeira Amorim apresenta características únicas em termos de sustentabilidade, constituindo num raro exemplo de interdependência entre a indústria e um ecossistema, gerando riqueza e preservando o ambiente.

Ao promover a extração regular da cortiça, a Corticeira Amorim assegura a viabilidade do montado de sobre, em Portugal e na Bacia Ocidental do Mediterrâneo, um recurso natural que desempenha um papel fundamental na fixação do CO<sub>2</sub>, na preservação da biodiversidade, na regulação do ciclo hidrológico e no combate à desertificação.

[www.amorim.com](http://www.amorim.com)



RevCEDÖUA

J.J. Greenway.



*Rev CED* **ÓUA**

**Doutrina**



# *Medir a Desmaterialização e o Desenvolvimento Sustentável: os Indicadores e os seus Dilemas*

## Resumo

Se há questões que permanecem em aberto elas estão seguramente relacionadas com a nossa capacidade para medir, quantificar ou qualificar o conceito de desenvolvimento sustentável ou avaliar os reais impactes da desmaterialização da nossa sociedade. A relatividade destes conceitos, a escassez de dados e outros dilemas, tornam os indicadores numa ferramenta complexa mas com enorme potencial para operacionalizar, avaliar e monitorizar as tendências evolutivas da nossa sociedade. Quais as vantagens que os indicadores podem trazer? Quais as suas limitações? Que dilemas encerram em si? Qual será o caminho que eles nos apontam? Podemos afirmar que caminhamos para um modelo de desenvolvimento mundial cada vez mais sustentável? E quais têm sido os reais impactes da desmaterialização? Estas são algumas das questões que este artigo pretende analisar.

## Introdução

A ‘sociedade de informação’ em que vivemos, agilizada pelas novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) em rede, otimizou em larga medida a capacidade de processamento da informação e tornou, de uma certa forma, o mundo num espaço pequeno e desmaterializado. À distância de um segundo podemos aceder a notícias que marcam a actualidade de países tão diferentes como o Brasil ou o Japão, ler e consultar bibliografia das mais vastas áreas científicas; podemos influenciar uma decisão num qualquer outro país longínquo ou ter acesso às mais variadas informações do nosso município. Esta perspetiva desmaterializada, simplificada e ‘facilitada’ que as TIC proporcionam merece ser analisada à luz dos impactes que produzem nas mais diversas vertentes do desenvolvimento sustentável, sejam elas económicas, ambientais, legais, sociais, culturais ou institucionais.

Mas o caráter relativista, evolutivo e dinâmico do conceito de desenvolvimentos sustentável, no espaço e no tempo, torna a questão de como o medir estes impactes numa questão controversa: como medir o grau de desenvolvimento de uma sociedade nas suas múltiplas vertentes e como as interligar num todo em plena evolução? Como quantificar ou qualificar os reais impactes da desmaterialização para o desenvolvimento sustentável? Como distinguir e comparar desenvolvimento sustentável na Europa, na Ásia ou no Planeta como um todo? Como medir valores, mentalidades, hábitos, crenças ou comportamentos?

O presente artigo pretende trazer algumas questões a este debate, avaliando a capacidade dos indicadores para fornecer informação sobre as trajetórias de desenvolvimento da sociedade e de avaliar os possíveis impactes, nessas trajetórias, da desmaterialização da economia do conhecimento.

A primeira parte deste artigo deixa transparecer a complexidade que existe entre a aparente facilidade com que se usa o conceito de desenvolvimento sustentável nos mais variados contextos e a difícil tarefa de o operacionalizar na prática. A desmaterialização é também questionada, enquanto conceito mais operacionalizável, mas não isento de uma série de questões e contradições sobre como medir e avaliar os seus múltiplos impactes. Num segundo momento de reflexão centra-se a atenção no papel dos indicadores para este esforço de quantificar e qualificar o desenvolvimento sustentável e a desmaterialização, fazendo-se uma curta análise das suas vantagens e limitações. De seguida, num terceiro momento, problematiza-se a questão da desmaterialização sob diferentes perspetivas, tendo como pano de fundo a informação proveniente de um conjunto de indicadores específicos. A principal questão que se coloca é se a desmaterialização está de facto a ocorrer. A resposta dependerá da forma como a definirmos e por isso tentaremos abordá-la sob duas perspetivas distintas, uma mais abrangente e global e outra mais contextualizada e específica. Na quarta e última parte, apresentam-se umas breves notas conclusivas.

### **1. O Desenvolvimento Sustentável e a Desmaterialização: como definir, como medir?**

É globalmente aceite que o significado de desenvolvimento sustentável é, explicitamente ou implicitamente, um produto de ideologias políticas e sociais de uma determinada época e espaço e, por isso, um produto das relações de poder e de processos de governação de um determinado contexto. A grande controvérsia em torno da sua definição não se esgota nos já longos anos de debate, desde o seu surgimento em 1987 pela Comissão de Brundtland, nem muito menos lhe retira dimensão e importância; pelo contrário. Bell e Morse (2003) escrevem que um conceito bem definido é um luxo raro e Dryzek explora esta perspetiva considerando o desenvolvimento sustentável como tão contestado como outros conceitos, tal como democracia; e que é ‘precisamente a contestação acerca da sua essência que torna a democracia interessante’ (Dryzek, 2005, p.147).

O conceito de desenvolvimento sustentável enfatiza sobretudo a diversidade de caminhos possíveis para a transformação da sociedade, dependendo dos pontos de partida ecológicos, políticos, culturais, sociais e económicos (Becker e Jahn, 1999). Pode ser visto como um movimento, uma ideia normativa, um princípio jurídico do direito contemporâneo internacional<sup>1</sup>, um princípio constitucional e legal<sup>2</sup>, uma política, uma forma de discurso, um objetivo pragmático, um sonho, uma visão antropocêntrica ou ecocêntrica, uma teoria, uma estratégia, uma questão ética, pura retórica oca, um processo “interminável” ou uma “meta-solução” (Mineur, 2007; Jordan, 2008). Continuando com o argumento de Dryzek, a sustentabilidade, tal como a democracia, é sobretudo acerca de “aprendizagem social”, relacionando abordagens exploratórias e imprevisíveis sobre o caminho que se quer alcançar (Dryzek, 2005).

Assim, a necessidade de operacionalizar este conceito, de se saber o que se quer alcançar, em diferentes contextos e níveis territoriais, requer uma avaliação crítica do que tem que ser feito, por quem, onde, quando e por quanto tempo, e uma avaliação do progresso relativamente às mudanças em vista (Bell e Morse, 2003). De acordo com Davies *et al.* (citado em Williams, 2006, p.255), a avaliação é extremamente desafiante nestes contextos, mas é imperativo que se implemente.

O perigo do conceito de desenvolvimento sustentável se ter tornado num conceito tão utilizado em qualquer discurso político, tão falado na comunicação social, no dia-a-dia, e transposto para as nossas leis, é efetivamente o de o tornar demasiado banal e simplista nas enormes contradições que encerra em si, redutor do seu caráter relativista e evolutivo.

<sup>1</sup> Na opinião de Bosselman, desenvolvimento sustentável deve servir como um princípio jurídico eco-cêntrico tão amplo e tão fundamental como qualquer outro princípio antropocêntrico, como justiça, liberdade, paz, etc. (Aragão, 2008).

<sup>2</sup> Vide, por exemplo, a discussão em Gomes Canotilho (2001) ou em Bosselmann (2008).

Não é de admirar que os Indicadores de Sustentabilidade tenham merecido especial atenção desde os anos de 1990 e sejam hoje vistos como elementos chave para fornecer informação vital às questões, objetivos, políticas e estratégias de desenvolvimento sustentável. Eles pretendem no seu essencial, e mesmo não sendo possível “medir” ou “quantificar” com exatidão a sustentabilidade, desempenhar um papel importante no enquadramento do seu significado e desafiar estruturas de governação, comportamentos individuais e coletivos, padrões de consumo e a própria “aprendizagem social”, através da sua construção (Moreno Pires e Fidélis, 2012a).

No que respeita ao significado de desmaterialização, este pode ser considerado de uma forma mais simplista e consensual do que o conceito de desenvolvimento sustentável. Por desmaterialização entende-se a perda da forma material. Ela implica a redução de consumos de matérias primas na fase da produção, de recursos naturais, de energia e implica, por outro lado também, uma consequente redução de resíduos gerados. A primeira expectativa criada pela sociedade de informação é a de que a desmaterialização tenha produzido um impacte ambiental positivo. No entanto, vários estudos têm evidenciado movimentos opostos, demonstrando o crescente consumo de recursos naturais desde a segunda metade do Séc. XX, sobretudo pelas economias dos países do “Norte”, como os EUA, o Canadá, o Japão e os países Europeus. Gilzun *et al.* (2007) argumentam que, por exemplo, de 1980 a 2005, o consumo mundial de alguns recursos naturais como a Bioamassa, o Carvão ou o Gás Natural aumentou cerca de 40% e de que a previsão aponta para a continuação deste aumento e a um ritmo mais acelerado. O que se pode esperar desta trajetória, para o desenvolvimento sustentável, com o iminente crescimento económico de países como a China, a Índia, a Indonésia e o Brasil que representam mais de 40% da população mundial?

Estes dados quantitativos globais ou parciais, refletidos em inúmeras metodologias como a Análise de Ciclo de Vida<sup>3</sup>, a Análise de Fluxo de Massa<sup>4</sup> ou a Pegada Ecológica<sup>5</sup>, deixam, no entanto, de lado uma infinidade de impactes que a desmaterialização e a sociedade de informação podem trazer para as sociedades aos mais variados níveis e, sobretudo, negligenciam fortemente os impactes imateriais e qualitativos.

A problemática de ‘como medir’ é evidentemente complexa, mesmo para conceitos mais fáceis de definir e operacionalizar. Que vantagens podem trazer os indicadores para esta problemática? Que dilemas e limitações encerram em si? Quais os caminhos que eles nos apontam? Podemos afirmar que caminhamos para um modelo de desenvolvimento mundial cada vez mais sustentável? E quais têm sido os reais impactes da desmaterialização? Estas são algumas das questões que as próximas partes pretendem levantar.

## **2. As vantagens e limitações dos Indicadores de Sustentabilidade**

Segundo a OCDE (1998), um indicador pode ser geralmente visto como um reflexo sintético e representativo de uma soma maior e mais complexa de fenómenos medidos, preferencialmente, numa escala quantitativa. Esta definição de indicador, tal como tantas outras, tende a basear-se no pressuposto “natural” de que os indicadores são unidades de medida quantitativas e operacionais. De uma forma geral, os dados quantitativos são considerados mais científicos e, consequentemente, mais seguros e fidedignos do que os dados qualitativos. Contudo, por princípio, um indicador pode ser tanto uma variável qualitativa como uma variável quantitativa (Gallopin, 1997) e, na realidade, muitas questões económicas, sociais e ambientais não podem ser quantificadas, como já aludimos.

<sup>3</sup> A Análise de Ciclo de Vida é uma ferramenta que permite avaliar as entradas e saídas de recursos naturais e os potenciais impactes ambientais de um produto ao longo do seu ciclo de vida, desde a sua fabricação, utilização, manutenção e deposição final.

<sup>4</sup> A Análise de Fluxo de Massa é uma família de técnicas de contabilização mássica de um determinado setor produtivo ou região com vista a avaliar a quantidade de recursos naturais consumidos e o seu destino (Tanimoto, 2010).

<sup>5</sup> Provavelmente o Índice de Sustentabilidade mais conhecido internacionalmente e que pretende medir a quantidade de recursos – terra e água – necessários para sustentar o nosso estilo de vida, podendo ser aplicado aos mais variados níveis territoriais e mesmo a nível individual. Uma análise da sua expressão a nível nacional e mundial vai ser feita mais à frente.

Embora a maioria dos indicadores seja e vá continuar a ser quantitativa, existem questões que são mais fáceis de compreender através da utilização de indicadores “de natureza não-quantificável” e de informação qualitativa (Wong, 2006). No que se refere ao desenvolvimento sustentável, Lundquist (citado em Mineur, 2007) realça a utilidade de se ter mais dados qualitativos: não apenas pelo facto de os dados quantitativos não serem suficientes para “definir ou avaliar” desenvolvimento sustentável e, potencialmente, descurarem muitos dos seus aspectos, mas também porque dados quantitativos insuficientes podem afetar a escolha dos próprios indicadores (bem como a escolha da fronteira do sistema e das próprias políticas). Desta forma, as abordagens qualitativas são úteis para tratar questões subjetivas e para complementar o que se pretende (ou é possível) medir através de abordagens quantitativas. Expressão atual disso mesmo é a tendência crescente para estudos na área da economia sobre felicidade e percepção da qualidade de vida individual (*vide* Blanchflower e Oswald, 2008).

Uma definição diferente de indicador é proposta por Innes (1990). Innes afirma que os indicadores são uma forma de reduzir a incerteza e de extrair ideias simples de ideias complexas: são apenas “um conjunto de regras para a recolha e organização de dados, para que lhes possa ser atribuído significado”. Para esta autora, estes criam uma sensação de segurança relativamente a determinados factos num contexto de discussão em constante mudança e são uma forma de melhorar a comunicação e de chegar a um entendimento relativamente a alguns problemas (Innes 1990, p.291).

Nesse sentido, entende-se por Indicadores de Sustentabilidade<sup>6</sup> todo o tipo de indicadores, quantitativos e/ou qualitativos, que procurem interligar as diferentes áreas de desenvolvimento social, ambiental, económico e territorial. Os Indicadores de Sustentabilidade distinguem-se dos indicadores meramente setoriais — como indicadores económicos (ex: PIB) ou ambientais (ex: poluição sonora), por exemplo —, na medida em que eles tentam abranger, organizar e *integrar* diversos setores e áreas, num esforço de perceber as múltiplas interligações entre essas dimensões, ao longo do tempo e para determinados espaços.

Os Indicadores de Sustentabilidade têm estado no centro de inúmeros e incessantes debates científicos, académicos e políticos desde os anos de 1990, como referimos, quer no que respeita à tentativa de encontrar as melhores metodologias para ‘medir’ e comunicar a sustentabilidade, quer na tentativa de avaliar o potencial destes indicadores, e do próprio processo da sua construção, para uma melhor governação da sustentabilidade (*vide* Moreno Pires e Fidélis, 2012b).

## As diferentes funções dos Indicadores de Sustentabilidade

### Definição e comparação de objetivos

- Ajudar a definir objetivos e políticas de desenvolvimento sustentável (e apontar possíveis soluções)
- Identificar/diagnosticar as condições e trajetórias atuais e as suas dimensões mais importantes
- Permitir a comparação ao longo do tempo e do espaço

### Técnicas e administrativas

- Sistematizar e organizar informação complexa, dispersa e que provém de inúmeras fontes e áreas
- Informar atempadamente o planeamento e os processos de tomada de decisão, permitindo antecipar condições e tendências futuras;
- Monitorizar (medir) o progresso em relação a determinados objetivos e metas
- Avaliar o desempenho e permitir a (re)alocação de recursos (quando associados a programas ou projetos em que o apoio financeiro depende da sua evolução);

### Comunicação e participação pública

- Sensibilizar, educar e encorajar alterações de comportamentos e de padrões de consumo;
- Simplificar um conceito complexo e melhorar a comunicação com o público ou com grupos-alvo;
- Encorajar a participação pública e motivar a ação cívica;

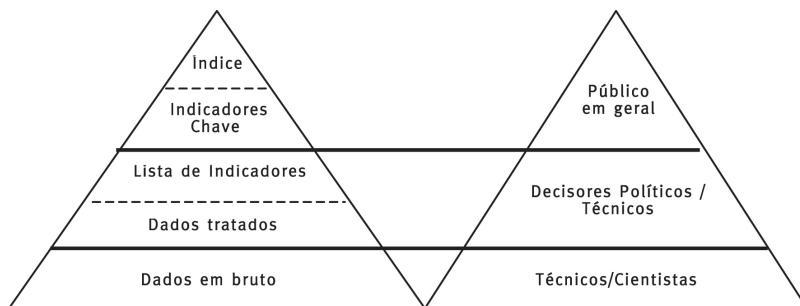
**Tabela 1 – As diferentes funções dos Indicadores de Sustentabilidade**

**Fonte:** Adaptado de PASTILLE (2002).

<sup>6</sup> *Vide* Moreno Pires, S. ‘Sustainability Indicators’ in Michalos, A. C. (Ed.) *Encyclopedia of Quality of Life Research*, Springer (forthcoming).

A Tabela 1 sintetiza algumas das possíveis funções atribuídas aos Indicadores de Sustentabilidade. Para além de serem instrumentos que ajudam a direcionar as ações políticas e a fornecer informação atempada para o seu planeamento e implementação, estes indicadores podem desempenhar outros papéis igualmente relevantes. Principalmente, se na escolha e definição dos próprios indicadores intervierem diversos atores e grupos de interesse, isso gera oportunidades para um debate mais abrangente sobre o que significa o conceito de desenvolvimento sustentável num determinado contexto. Dessa forma, os indicadores facilitam o conhecimento de uma realidade heterogénea e dinâmica e fortalecem a capacidade de estabelecer metas mais ajustadas e de definir objetivos mais reais, a partir dos quais se pode seguir a sua evolução e grau de concretização.

Não se pode descurar que os indicadores de sustentabilidade podem ser uma excelente forma de comunicar, sensibilizar e educar, não só a população em geral, mas também políticos, decisores, técnicos e os mais variados agentes económicos, para a necessidade de alterar estilos de vida e comportamentos. Nesse sentido, e para que os indicadores cumpram de uma forma mais eficiente o objetivo a que se propõe, muitos autores argumentam que se deve adequar o tipo de indicadores ao seu público-alvo.



**Figura 1 - “A pirâmide de informação” e os seus potenciais utilizadores**

**Fonte:** Adaptado de Hammond et al. (1995) e Braat (1991).

A Figura 1 mostra, na “pirâmide da informação” (à esquerda), como os dados podem ser sintetizados num único índice (como a *Pegada Ecológica*), num grupo de (poucos) indicadores chave (como os *Indicadores Chave de Desenvolvimento Sustentável do Algarve*<sup>7</sup>) ou num conjunto mais ou menos alargado de indicadores sociais, económicos, ambientais, institucionais (como o *Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável de Portugal*<sup>8</sup>). A cada um destes níveis de agregação de dados corresponde um grupo alvo mais adequado (espelhado na pirâmide da direita). Braat (1991) defende, por exemplo, que os índices são preferíveis para o público em geral, porque transmitem mensagens inequívocas, sem redundância e numa mensagem única. Por outro lado, os decisores políticos preferem dados mais desagregados e que possam ser associados a objetivos concretos, critérios de avaliação ou metas. Por último, os analistas profissionais e os cientistas preferem dados em bruto para que possam ser analisados estatisticamente através de diferentes metodologias.

Esta falta de consenso em torno das melhores metodologias para ‘medir’ o desenvolvimento sustentável tem-se traduzido, justamente, numa diversidade de propostas e ferramentas. Na Tabela 2 constam os principais Índices de Sustentabilidade desenvolvidos nos últimos anos por diversos autores e organizações. Cada um deles é paralelamente auxiliado por um, também vasto, grupo de instrumentos visuais (como mapas, gráficos, com uso de cores semafóricas ou dispositivos qualitativos, etc.).

<sup>7</sup> Vide <http://web.ccdr-alg.pt/sids/indweb/areaTematica.asp?idl=-5>

<sup>8</sup> Vide <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=19&subref=139&sub2ref=503&sub3ref=513>

Principais Índices de Sustentabilidade	Autores	Data
<b>Com ênfase na dimensão ecológica</b> Ecological Footprint (EF) Environmental Space Environmental Performance Index (EPI) Environmental Vulnerability Index (EVI) The Living Planet Index (LPI) Sustainable Process Index (SPI)	Wackernagel and Rees Friends of the Earth, Wuppertal Institute Columbia University Jonathan Mitchell (SOPAC) World Wildlife Fund (WWF) Institute of Chemical Engineering, Graz University	1996 1994 2006 2004 1999 1996
<b>Com ênfase na dimensão económica</b> Eco-efficiency (EE) Index of Sustainable Economic Welfare (ISEW) Genuine Progress Indicator (GPI) Down Jones Sustainability Index	World Business Council on Sustainable Development Daly and Cobbs Cobb Down Jones & Company	1992 1990 1994 1999
<b>Com ênfase na dimensão social</b> Human Development Index (HDI) Capability Poverty Measure (CPM)	UNDP UNDP	1990 1996
<b>Abordagens mais integradas</b> Barometer of Sustainability (BS) Environmental Sustainability Index (ESI) Wellbeing of Nations Index Dashboard of Sustainability (DS) Compass of Sustainability	IUCN - Prescott - Allen World Economic Forum, Yale Univ., Columbia Univ. Prescott - Allen International Institute for Sustainable Development AtKisson Group	1997 1999 2001 2000 1992

**Tabela 2 – Principais Índices de Sustentabilidade**

A acrescer a esta falta de consenso, associam-se aos Indicadores de Sustentabilidade inúmeras críticas e dilemas, que realçam o facto destes indicadores não poderem ser tratados como dados neutros, apolíticos, ahistóricos ou acontextuais (*vide* Bell e Morse, 2003). Os indicadores não são, nem nunca poderão ser “ciência exata”; eles apenas “indicam” e permitem identificar e destacar padrões de desenvolvimento que merecem uma análise e investigação mais aprofundada. A famosa citação de Laurence J. Peter dá-nos um conselho sensato: «alguns problemas são tão complexos que temos de ser altamente inteligentes e bem informados só para estarmos indecisos em relação aos mesmos» (Laurence J. Peter, famoso pedagogo e escritor) (Wong 2006, p.191). Ou, tal como Hammond *et al.* (1995, p.32) afirmam, os Indicadores de Sustentabilidade são ferramentas que, «usadas com sabedoria e alguma restrição podem servir para apoiar as alterações necessárias e para orientar as ações dos governos, das organizações internacionais, do setor privado, de ONGs e de outros grupos rumo» ao necessário processo de “aprendizagem social”.

### 3. Desmaterialização? Avaliar os seus impactes ambientais, económicos, sociais, jurídicos, organizacionais

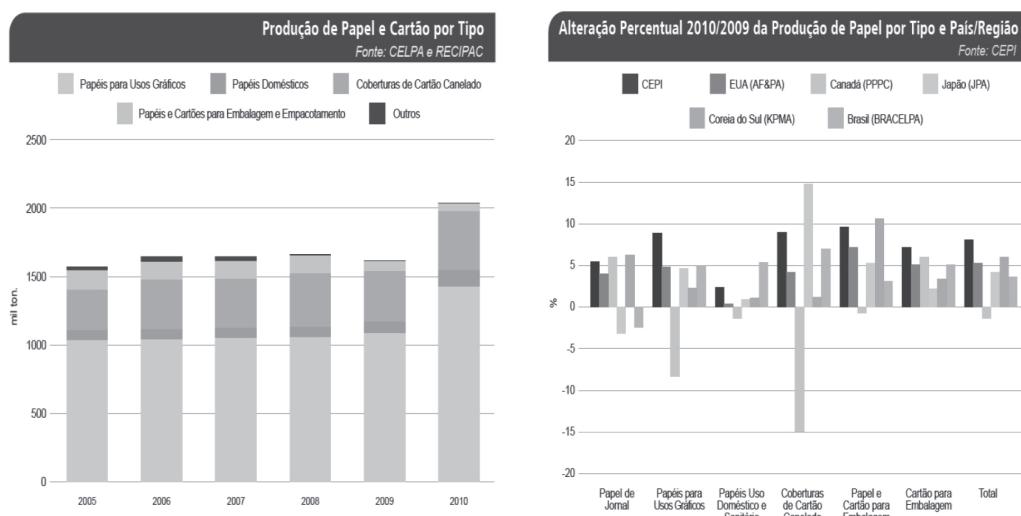
Neste ponto, pretendemos olhar para a desmaterialização e os seus impactes numa dupla perspetiva. Por um lado, a um nível mais agregado, tentaremos analisar as trajetórias de desmaterialização da economia Portuguesa e da economia mundial e mesmo questionar se poderemos efetivamente falar de desmaterialização, com a ajuda de alguns indicadores. Como vimos, uma das expectativas criada pela sociedade de informação é a de que a desmaterialização de produtos ou serviços tenha produzido um impacte positivo na redução do consumo de recursos naturais e na quantidade de resíduos gerados pela economia. Poderá esta expectativa ser confirmada pelos indicadores?

A um nível mais desagregado, pretendemos considerar a desmaterialização sobretudo enquanto um processo específico de informatização, desregulamentação, harmonização e simplificação de procedimentos, implicando a desmaterialização de processos, produtos ou serviços em determinadas organizações públicas ou privadas. Alguns estudos têm sido feitos no contexto Português (*vide* Dias *et al.*, 2007; Guedes *et al.*, 2009; Fernandes *et al.*, 2010; Lopes, 2010; entre outros), mas independentemente dos seus resultados, eles têm evidenciado algumas lacunas, não olhando para os impactes desses processos numa perspectiva holística e integradora. O esforço para construir uma matriz de possíveis indicadores que permita avaliar os diferentes impactes, a nível ambiental, legal, económico, social e institucional deve ser visto com precaução mas é no entanto, um esforço válido e pertinente que desenvolveremos mais à frente.

### ***Num mundo sem papel?***

Se olharmos para alguns indicadores da Indústria Papeleira em Portugal eles permitem-nos questionar: *viveremos num mundo desmaterializado, ‘quase’ sem papel?*

A totalidade de área plantada com diversas espécies de árvores para produção florestal em Portugal tem aumentado sistematicamente, de 2003 a 2010. Desde o Eucalipto (que subiu de 1.369ha em 2003 para 4.736ha em 2012) até ao Sobreiro (que de zero hectares de área plantada passou para 15ha em 2010), esta área praticamente triplicou na sua totalidade (CELPAP, 2010). Esta tendência crescente também se verificou quer na produção de papel e cartão em Portugal (Figura 2), quer nas vendas desses mesmos produtos; que posicionaram Portugal, em 2010, no 11º lugar dos maiores produtores europeus, representando a indústria papeleira cerca de 5,6% das exportações nacionais (CELPAP, 2010).



**Figura 2 – Produção de Papel e Cartão, por Tipo, em Portugal**

**Figura 3 – Alteração percentual 2009/2010 da Produção de Papel, por Tipo e País**

Fonte: CELPA (2010), Boletim Estatístico da Indústria Papeleira Portuguesa

Podemos também afirmar que não é exclusivamente Português este cenário ascendente. Por exemplo, entre 2009 e 2010, em praticamente todos os países que constam da Figura 3, como os EUA, Japão ou Brasil, registou-se um aumento na produção de papel de vários tipos, incluindo o papel para usos gráficos. Já em 2000, Herman *et al.* argumentavam com

o seu estudo que o advento dos computadores fez aumentar, e não diminuir, o consumo de papel nos Estados Unidos (Herman *et al.*, 2000). Mesmo em países como a Finlândia ou o Japão, que adotaram estratégias fortes de proteção das suas florestas, não se manifestou a redução do consumo interno de madeira (e de papel). O facto destes países não terem feito acompanhar essas políticas protetoras de uma redução real de consumo de madeira, isso apenas fez com que a pressão sobre esse recurso natural fosse transferida para outros países (no caso da Finlândia para as florestas da Rússia e no caso do Japão para as florestas da Indonésia) (Tanimoto, 2010).

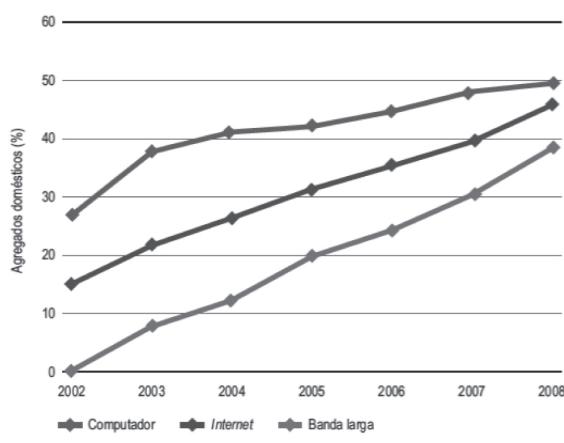
De facto, a afirmação de Berkhout e Hertin (2001, p.7) é paradigmática e merece a nossa atenção:

*"The use of computers in business administration did not replace conventional paper work but supplemented it, and the promise of an environmentally friendly 'paperless office' did not materialise" (...) "Anecdotal evidence so far suggests that the rebound effect is a real threat to incremental efficiency gains. For example, there seems to be a positive correlation between the use of email and business travel, one spurring the other"*

Os extraordinários avanços tecnológicos na divulgação da informação trouxeram consigo, verdadeiramente, “evidências anedóticas” no aumento do consumo de papel, pelo apelo quase irracional à impressão (Lopes, 2010), pela agilização, facilidade e rapidez dessa mesma impressão, etc. Um exemplo caricato assiste-se com o surgimento dos livros eletrónicos ou eBooks. As vendas destes livros superaram, em pouco mais de 4 anos, as vendas dos livros em papel em livrarias online, o que faria antever uma redução na impressão de livros. No entanto, este aumento de vendas tem sido acompanhado por campanhas publicitárias agressivas, fomentando claramente a sua impressão em papel: “with the eBook comes the print! Buy your print copy for only x\$”.

### Em direção a uma economia desmaterializada?

Se olharmos novamente para a economia Portuguesa, muitos indicadores confirmam essa intensificação do uso das TIC. Da matriz de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável de Portugal, podemos verificar que relativamente à posse de computadores, ligação à internet e ligação através de banda larga houve um aumento exponencial entre 2003 e 2008, nos agregados domésticos (*vide* Figura 4).



Fonte: INE/UMIC, 2008

**Figura 4** –Posse de computador, ligação à Internet e ligação através de banda larga nos agregados domésticos

**Fonte:** APA (2010), SIDS Portugal

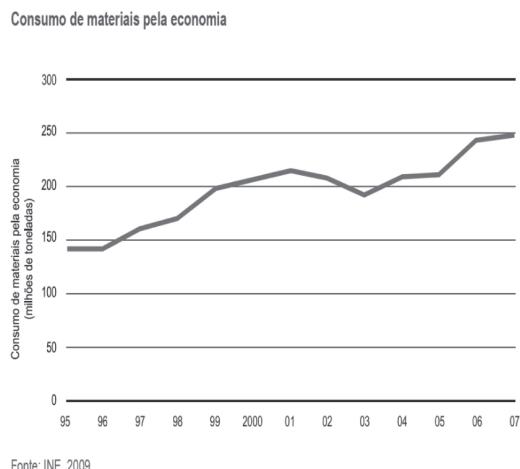


Em 2008, o acesso desses agregados a computador era de 50%, à Internet de 46% e à banda larga de 39%. Este crescimento tem sido fruto da orientação de claras políticas e programas de fomento da utilização das TIC (desde o ‘Livro Verde para a Sociedade da Informação, aprovado em 1997, à criação da Unidade de Missão Inovação e Conhecimento (UMIC) em 2002, ou à implementação, mais recentemente, do Plano Tecnológico, Programa ‘Ligar Portugal’, Agenda Digital 2015, entre outros).

De acordo com a Agência Portuguesa do Ambiente (APA, 2010), em 2008, as TIC já se encontravam generalizadas em todos os setores da Administração Pública (por exemplo, todos os organismos da Administração Pública Central dispunham de ligação à Internet). A tendência crescente no uso regular da Internet pela população portuguesa tem-se registado, igualmente, quer a nível doméstico (42% em 2008), quer a nível empresarial, onde a Internet foi utilizada por 28% dos trabalhadores em 2008.

Nesse mesmo sentido, as iniciativas de ‘governo eletrónico’<sup>9</sup> têm ficado muito bem classificadas em rankings mundiais promovidos pela *United Nations E-Government National Survey*. Na presente edição deste estudo mundial, em 2012, Portugal ocupa o 33º lugar num ranking com 190 países (UN, 2012). A pergunta que se coloca é então a de saber quais as consequências desta intensificação das TIC para a (des)materialização da economia Portuguesa.

De um outro indicador da matriz de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável de Portugal (*vide* Figura 5) podemos perceber que essa intensificação do uso das TIC não tem contribuído para atenuar a característica profundamente material, e crescente, da nossa economia. Entre 1995 e 2007, o consumo de materiais pela economia portuguesa aumentou 74%.



**Figura 5 – Consumo de Materiais pela Economia Portuguesa**  
Fonte: APA (2010), SIDS Portugal

Da mesma forma, um estudo realizado em Portugal entre 1995 e 2009 (*vide* Ponte da Silva, 2011) revela que a nossa economia registou um crescimento acentuado da quantidade de recursos utilizados, tanto no que se refere aos que são extraídos no nosso território como os que são importados de outros países. Esta autora afirma que “a crescente utilização de

<sup>9</sup> Na administração pública, destaca-se a penetração das TIC e da Internet no desenvolvimento de redes setoriais (Justiça, Finanças ou Negócios Estrangeiros), a disponibilização de serviços *online* (pedido de certidões, declarações fiscais, declarações à Segurança Social, etc.), e ainda, a disponibilização de informação pública importante (Diário da República, Assembleia da República, Secretaria de Estado dos Assuntos Parlamentares, informação judicial, Geocid, Portal do Ambiente, Infoline, Infocid e Portal do Governo, etc.) (Santos, 2012).

recursos físicos associados à economia portuguesa, traduz-se num aumento das pressões ambientais que lhe estão associadas, no que se refere a exaustão de recursos mas também em outras dimensões ambientais (impactos sobre a qualidade do solo, da água, do ar, degradação da paisagem, artificialização do solo, etc.)” (Ponte da Silva, 2011, p.34). A priorar este cenário está a conclusão de que a análise da intensidade material da economia portuguesa (i.e., comparando o consumo de materiais, DMI, com o PIB) não permite concluir por ganhos estruturais na eficiência de utilização dos recursos: de um modo geral, os ganhos de eficiência coincidem com períodos de recessão ou abrandamento económico. A produtividade dos recursos na economia nacional tem apresentado mesmo uma tendência para diminuir, em vez de aumentar - em 1995 o PIB/CME era 32% superior ao que se registou em 2007 (APA, 2010). A autora justifica que a explicação para estes factos não é simples, podendo residir numa multiplicidade de fenómenos que exigiriam uma análise mais aprofundada sobre a evolução dos padrões de consumo em Portugal, da estrutura produtiva nacional, dos preços relativos das matérias primas, dos produtos manufaturados e serviços, etc. (Ponte da Silva, 2011).

A este acréscimo de consumo de matéria da economia (e do qual se excluem recursos naturais como a biodiversidade, a paisagem ou outros serviços ecológicos de difícil valoração) corresponde uma mesma tendência em muitos outros indicadores, como a produção e captação diária de resíduos urbanos em Portugal<sup>10</sup>, volume de transportes de passageiros e mercadorias por unidade do PIB<sup>11</sup>, principais emissões de Gases com Efeito de Estufa<sup>12</sup>, entre outros.

Como vimos atrás, vários estudos nas áreas da economia ecológica ou da ecologia industrial têm vindo a desmistificar a desmaterialização das economias (Hammond *et al.*, 1997; Bartelmus, 2002; Vehmas *et al.*, 2007; González-Martínez, 2008; Tanimoto, 2010; Singh *et al.*, 2012) evidenciando que uma efetiva desmaterialização só poderá ser alcançada com uma alteração nos padrões de consumo e nos estilos de vida de muitos países desenvolvidos.

Uma análise cuidada a um último indicador – a Pegada Ecológica – evidencia, de igual forma, os perigos para o planeta da manutenção do atual sistema de produção económica e do aumento da população mundial. O cálculo da Pegada Ecológica tem já uma história de mais de 15 anos e tenta colocar na agenda política internacional os limites ecológicos finitos do Planeta:

*“Without a way of comparing the demand on ecological services to the available supply, it is easy for policy makers to ignore the threat of overshoot, and remain entangled in ideological debates over the “affordability of sustainability”. Clear metrics can help change these ideological debates into discussions based on empirical facts” (...) “The Ecological Footprint communicates the challenges of a resource-constrained world. At the same time, it invites people to participate and figure out solutions themselves.”* (Ewing *et al.*, 2010, p. 5)

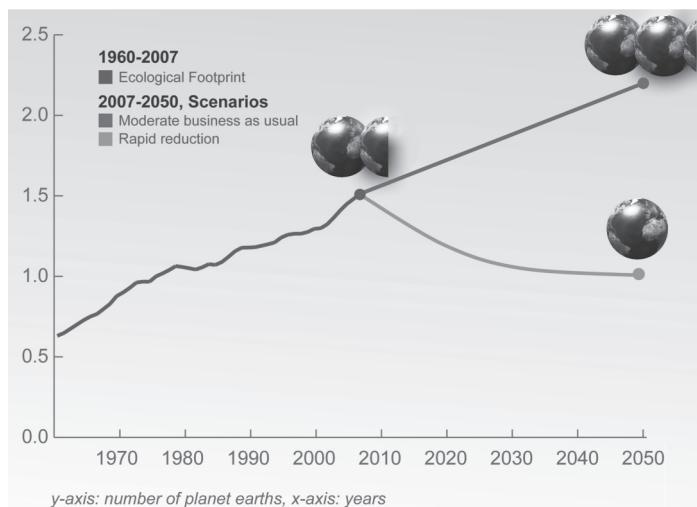
Em termos globais a Pegada Ecológica, dada pela Figura 6, mostra que, atualmente, a Humanidade necessita, em termos de terra e água, do equivalente a um Planeta e meio, para manter os níveis de consumo de recursos naturais e produção de resíduos, se toda a população mundial tivesse um estilo de vida igual à dos países mais desenvolvidos. Cenários moderados mostram que a tendência é a de que, em 2030, sejam precisos dois Planetas Terra e ainda mais em 2050, num contexto de forte crescimento populacional e de “business

<sup>10</sup> A produção e captação diária de resíduos sólidos urbanos em Portugal teve tendência crescente desde 1995 e atingiu em 2008 cerca de 5,059 milhões de toneladas de resíduos urbanos produzidos - valor superior à meta estabelecida pelo Plano Estratégico de Resíduos Sólidos Urbanos II para o mesmo ano de 4,993 milhões de toneladas. No Continente esse valor correspondeu ao equivalente a cerca de 1,3 kg por habitante por dia, valor, mesmo assim, abaixo da captação média europeia (APA, 2010).

<sup>11</sup> Em Portugal o volume de transporte de passageiros e mercadorias tem vindo a crescer nos últimos anos a um ritmo superior ao crescimento do PIB, ultrapassando a média da UE-27 (APA, 2010, p. 65).

<sup>12</sup> Em Portugal as emissões dos principais gases com efeito de estufa (CO<sub>2</sub>, CH<sub>4</sub> e N<sub>2</sub>O), excluindo as emissões e remoções da floresta e alterações de uso do solo, situaram-se, em 2007, 37% acima do valor de 1990, equivalendo a aproximadamente mais 10 pontos percentuais do que a meta estabelecida para 2008-2012. As principais fontes de emissão de GEE estiveram associadas ao setor da produção e transformação de energia e ao setor dos transportes; (APA, 2010, p. 16).

as usual”. O recente *Relatório Planeta Vivo* da World Wildlife Foundation (WWF), lançado a partir do Espaço por um astronauta da Agência Espacial Europeia, no dia 15 de Maio de 2012, confirma essa mesma tendência. A título de exemplo, a Pegada Ecológica estimada para os portugueses é de 4,12 ha/pessoa, o equivalente a 2,32 planetas<sup>13</sup> (WWF, 2012).



**Figura 6 – Pegada Ecológica do Planeta**

**Fonte:** [http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/world\\_footprint/](http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/world_footprint/)

Preocupados com esta perspetiva, Singh et al. (2012) analisaram o metabolismo social e industrial da Índia e as consequências do fortalecimento desta economia emergente para o Planeta. Estes autores concluíram que, para melhorar a qualidade de vida da sua população (quase um quinto do total mundial), este país precisa, inevitavelmente, de aumentar o seu extraordinariamente baixo nível de consumo de recursos naturais *per capita*. Mas isso só será possível com, o que os autores apelidam de uma nova revolução dos recursos: “*a new resource revolution*”. Parte desta revolução poderá conseguir-se com inovações tecnológicas, ganhos de eficiência na utilização dos recursos naturais ou utilizando as TIC e a Internet, mas uma outra parte implicará sempre mudanças mais fundamentais “*seeking a new definition of quality of life and human well-being in line with a viable and healthy environment*” (Singh et al., 2012, p. 68).

### **Quais os impactes da desmaterialização de processos/serviços?**

A um nível mais desagregado, podemos olhar para a desmaterialização como um processo específico de informatização, desregulamentação, harmonização e simplificação de procedimentos, implicando a desmaterialização (perda do suporte papel) de processos, produtos ou serviços em determinadas organizações públicas ou privadas. Mais do que analisar indicadores concretos, esta parte pretende explorar uma matriz de possíveis impactes, a nível ambiental, jurídico, económico, social e institucional, e que os permita avaliar de uma forma integrada e holística. A proposta pretende ser meramente exploratória e iniciadora de debates e investigações neste campo.

<sup>13</sup> Se toda a população mundial tivesse um estilo de vida igual à dos portugueses.

Cada processo de desmaterialização ocorre em contextos organizacionais muito concretos e depende dos fatores sócio-culturais, históricos, de liderança, etc., que os caracterizam. Por este motivo, deve olhar-se para esta matriz de indicadores como uma matriz dinâmica e flexível e não estanque ou completa. Não descartando igualmente toda a problemática associada aos indicadores discutida atrás (adequabilidade dos indicadores, capacidade para avaliar conceitos subjetivos, etc.), a Figura 7 resume principais impactes associados à desmaterialização de processos.

A aplicação de uma abordagem holística a estes estudos pode trazer uma perspetiva mais real do contributo da desmaterialização de processos para o desenvolvimento sustentável e perceber de que forma, através dela, se podem encontrar soluções estratégicas e inovadoras para uma “nova revolução dos recursos”.



Figura 7 – Matriz Integrada de Impactes de um processo de Desmaterialização

#### 4. Conclusão

Com esta breve discussão ficou ilustrado que, através do uso de Indicadores de Sustentabilidade se pode mais facilmente enquadrar e contextualizar a discussão em torno da desmaterialização e dos seus possíveis impactes. Os indicadores são caros; a escassez de dados quantitativos é um facto limitativo; a dificuldade de medir questões subjetivas e qualitativas é permanente e inultrapassável; a falta de consensos quanto às melhores metodologias predomina; e, a possibilidade de manipulação e distorção da realidade, através deles, é uma ameaça latente. Por tudo isto, percebeu-se que os indicadores devem ser usados com precaução, mas que sem eles será seguramente mais difícil perceber trajetórias, testar caminhos ou explorar alternativas e questões que permitam tornar a sociedade da informação e a desmaterialização da economia numa verdade materializada em prol de um desenvolvimento mais sustentável.

**Palavras-Chave:** Desmaterialização, Desenvolvimento Sustentável, Indicadores, Avaliação

Sara Moreno Pires

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



## Referências

- APA (2010) *Sistema de Indicadores de Desenvolvimento Sustentável, SIDS Portugal: Indicadores-Chave 2010*, Lisboa: Agência Portuguesa do Ambiente. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=19&subref=139&sub2ref=503&sub3ref=518>
- Aragão, A. (2008) Recensão do Livro ‘The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance’ de Klaus Bosselmann, *Revista CEDOUA*, 21 (1), pp. 171-180.
- Bartelmus, P. (2002) *Dematerialization and Capital Maintenance: Two Sides of the Sustainability Coin*, Wuppertal Papers, 120, Wuppertal: Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy. Disponível em <http://www.istas.net/portada/global03.pdf>.
- Becker, E. and Jahn, T. (eds) (1999) *Sustainability and the Social Sciences: A Cross-Disciplinary Approach to Integrating Environmental Considerations into Theoretical Reorientation*, London: Zed Books.
- Bell, S. and Morse, S. (2003) *Measuring Sustainability: Learning from doing*, London: Earthscan.
- Berkhout, F. & Hertin, J. (2001), *Impacts of Information and Communication Technologies on Environmental Sustainability: speculations and evidence*. A Report to OECD, Paris: OECD. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/4/6/1897156.pdf>.
- Blanchflower, D. G. & Oswald, A. J. (2008) Is well-being U-shaped over the life cycle?, *Social Science & Medicine*, 66 (8), pp. 1733-1749.
- Bosselmann, K. (2008) Direitos Humanos, Ambiente e Sustentabilidade, *Revista CEDOUA*, 21 (1), pp. 9-38.
- Braat, L. (1991) ‘The predictive meaning of sustainability indicators’, in O. Kuik and H. Verbruggen (eds) *In Search of Indicators of Sustainable Development*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, pp.71-88.
- CELPA (2010) Boletim Estatístico: Indústria Papelaria Portuguesa 2010, Lisboa: CELPA, Associação da Indústria Papelaria. Disponível em: [http://www.celpa.pt/images/pdf/art209\\_pt\\_be\\_2010.pdf](http://www.celpa.pt/images/pdf/art209_pt_be_2010.pdf)
- Dias, A.C.; Arroja, L. & Capela, I. (2007) Life Cycle Assessment of Printing and Writing Paper Produced in Portugal, *International Journal of LCA*, 12 (7), pp. 521-528. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/d52225426532667u/?MUD=MUD>.
- Dryzek, J. (2005) *The Politics of the Earth: Environmental Discourses*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> edition.
- Ewing, B. D.; Moore, S.; Goldfinger, A.; Oursler, A.; Reed, & Wackernagel, M. (2010) *The Ecological Footprint Atlas 2010*. Global Footprint Network, Oakland. Disponível em: [http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/ecological\\_footprint\\_atlas\\_2010](http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/ecological_footprint_atlas_2010).
- Fernandes, D.; Brandão, M. & Costa, M. (2010) *Desmaterializar para potenciar a informação em rede: o caso da UCD da CMP*, Congresso Nacional de Bibliotecários, Arquivistas e Documentalistas, Guimarães. Disponível em: <http://www.bad.pt/publicacoes/index.php/congressosbad/article/view/171/166>.
- Gallopin, G. (1997) ‘Indicators and Their Use: Information for Decision-Making. Part One – Introduction’, in B. Moldan, S. Billharz and R. Matravers (eds) *Sustainability Indicators: report of the project on indicators of sustainable development*, Chichester: John Wiley and Sons, pp. 13-27.
- Guedes, V.; Santos, C.; Ferreira, A. (2009) *Controlo Interno: Impacto das Novas Tecnologias na Desmaterialização de Processos*, XV Congreso AECA, Valladolid, Espanha. Disponível em: [http://personales.ya.com/aeaca/pub/on\\_line/comunicaciones\\_xvcongresoaeca/cd/157g.pdf](http://personales.ya.com/aeaca/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaeca/cd/157g.pdf).
- Gilzun, S.; Behrens, A.; Hinterberger, F.; Lutz, C. & Meyer, B. (2007) *Modelling scenarios towards a sustainable use of natural resources in Europe*, SERI working papers, 4, Vienna: Sustainable Europe Research Institute. Disponível em: <http://seri.at/wp-content/uploads/2009/08/SERIWorkingPaper4.pdf>.
- Gomes Canotilho, J.J. (2001) Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada, *Revista CEDOUA*, 2, pp. 9-16. Disponível em: <http://www.cedoua.fd.uc.pt/images/stories/PDFs/revcedoua8.pdf>
- González-Martínez, A.C. (2008) Social metabolism and patterns of material use: México, South América and Spain, Tese de Doutoramento em Ciências Ambientais, Universidade Autónoma de Barcelona. Disponível em: <http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2008/tdx-0401109-145823/acgm1de1.pdf>.

Hammond, A.; Adriaanse, A.; Rodenburg, E.; Bryant, D.; Woodward, R. (1995) *Environmental Indicators: A Systematic Approach to Measuring and Reporting on Environmental Policy Performance in the Context of Sustainable Development*, Washington, DC: World Resources Institute. Disponível em: [http://pdf.wri.org/environmentalindicators\\_bw.pdf](http://pdf.wri.org/environmentalindicators_bw.pdf)

Hammond, A.; Adriaanse, A.; Bringezu, S.; Moriguchi, Y.; Rodenburg, E.; Rogich, D.; Schütz, H. (1997) *Resource flows: The material basis of industrial economies*, Washington D.C.: World Resources Institute. Disponível em: [http://pdf.wri.org/resourceflows\\_bw.pdf](http://pdf.wri.org/resourceflows_bw.pdf).

Herman, R.; Ardekani, S.A.; Ausubel, J. H. (2000) Dematerialization, *Technological Forecasting and Social Change*, 38: 333-347.

Innes, J. E. (1990) *Knowledge and Public Policy: The Search for Meaningful Indicators*, 2<sup>a</sup> Ed., New Brunswick: Transaction Publishers.

Jordan, A. (2008) The governance of sustainable development: taking stock and looking forwards, *Environment and Planning C: Government and Policy*, 26, pp. 17-33.

Lopes, L. (2010) *O papel do papel hoje face à tecnologia digital*, Tese de Mestrado em Informação, Comunicação e Novos Media, Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/15032>.

Mineur, E. (2007) *Towards Sustainable Development: Indicators as a tool of local governance*, PhD Thesis, Sweden: Print and Media, Umeå University. Disponível em: <http://umu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:141019>.

Moreno Pires, S. & Fidélis, T. (2012a) Is the development of sustainability indicators changing local governance in Portugal, *Journal of Environmental Policy and Planning*, (in press).

Moreno Pires, S. & Fidélis, T. (2012b) A proposal to explore the role of sustainability indicators in local governance contexts: The case of Palmela, Portugal, *Ecological Indicators*, 23, pp. 608-615.

OECD (1998) *Towards Sustainable Development – Environmental Indicators*, Paris: OECD. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/37/1/33703867.pdf> (versão 2001).

PASTILLE (2002) *Indicators into Action – Local Sustainability Indicator Sets in Their Context*, PASTILLE Consortium, London: London School of Economics and Political Science. Disponível em: [http://www.communityindicators.net/system/publication\\_pdfs/14/original /Pastille \\_Commission\\_2005.pdf?1323963473](http://www.communityindicators.net/system/publication_pdfs/14/original /Pastille _Commission_2005.pdf?1323963473)

Ponte da Silva, G. (2011) *Metabolismo Socioeconómico e Recursos Materiais na Economia Portuguesa (1995-2009)*, Documento de Trabalho Nº 8/2011, MAMAOT: Departamento de Prospectiva e Planeamento e Relações Internacionais, Lisboa. Disponível em: [http://www.dpp.pt/pt/novidades/Documents/Metabolismo\\_Socioeconomico.pdf](http://www.dpp.pt/pt/novidades/Documents/Metabolismo_Socioeconomico.pdf)

Santos, P. A. (2012) *A evolução do governo eletrónico local: a Câmara Municipal de Águeda*, Tese de Mestrado em Ciência Política, Universidade de Aveiro.

Singh, S. J.; Krausmann, F.; Gingrich, S.; Haberl, H.; Erb, K.; Lanz, P.; Martinez-Alier, J.; Temper, L. (2012) India's bio-physical economy, 1961–2008. Sustainability in a national and global context, *Ecological Economics*, 76, pp. 60-69.

Tanimoto, A.H. (2010) *A Economia medida pela Análise de Fluxo de Massa (AFM): A desmaterialização da economia nos países desenvolvidos sustentada pelos recursos naturais dos países emergentes, a exemplo do Brasil*, Tese de Doutoramento, Universidade de Brasília. Disponível em: [http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/6946/1/2010\\_ArmandoHirohumiTanimoto.pdf](http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/6946/1/2010_ArmandoHirohumiTanimoto.pdf)

UN (2012) *United Nations E-Government National Survey: E-Government for the People*, UN. Disponível em <http://www.un.org/en/development/desa/publications/connecting-governments-to-citizens.html>.

Vehmas, J.; Luukkanen, J. & Kaivo-oja, J. (2007) Linking analyses and environmental Kuznets curves for aggregated material flows in the EU, *Journal of Cleaner Production*, 15, pp. 1662-1673.

Wernick, I.; Herman, R.; Govind, S.; Ausubel, J. H. (1990) Materializatin and Dematerialization: Measures and Trends, *Technological Forecasting and Social Change*, 38: 333-347.

Williams, P. (2006) The Governance of Sustainable Development in Wales, *Local Environment*, 11 (3), pp. 253-267.

Wong, C. (2006) *Indicators for Urban and Regional Planning: The interplay of policy and methods*, Oxon, UK: Routledge.

WWF (2012) *Relatório Planeta Vivo 2012*, WWF. Disponível em: [http://awsassets.panda.org/downloads/1\\_lpr\\_2012\\_online\\_full\\_size\\_single\\_pages\\_final\\_120516.pdf](http://awsassets.panda.org/downloads/1_lpr_2012_online_full_size_single_pages_final_120516.pdf)



# Consumo Sustentável e Desmaterialização no Âmbito do Direito Brasileiro

## Resumo

Tanto a proteção do consumidor quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estão fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsão da Constituição Federal de 1988. Assim, a defesa da vida com dignidade se coaduna com a busca de uma economia de produção e de consumo sustentáveis, que considere a necessidade de desmaterialização, de forma a utilizar menor quantidade de recursos naturais, com menor dispêndio de energia e perda de materiais, gerando menor quantidade de resíduos. Analisa-se a evolução do consumo, os padrões de consumo na sociedade contemporânea, bem como a prevenção de resíduos e a informação ao consumidor como formas de contribuir para o deseável consumo sustentável.

## Introdução

O nosso contexto atual de uma sociedade de consumo impõe reflexão e mudança de postura. Somos desafiados a alterar a lógica do consumo excessivo e prejudicial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e às relações em sociedade.

Arlie Hochschild alerta para o dano colateral decorrente do bombardeio ininterrupto de publicidade, mediante o qual somos levados a “necessitar” cada vez mais. Trabalha-se mais para ganhar mais, o que gera a compensação da ausência com presentes e a materialização do amor e seus reflexos na sociedade.<sup>1</sup> Cuida-se de verdadeira fábrica de necessidades.

Por outro lado e como forma de solução, discute-se a necessidade de desmaterialização em geral e desmaterialização da própria economia, o que pode contribuir para a redução do volume de resíduos sólidos. A produção deve utilizar a menor quantidade possível de recursos naturais, com menor dispêndio de energia e menor perda de matérias. Deve haver um aumento de eficácia dos produtos, bem como incentivo à reutilização e à reciclagem.

Assim, é preciso controlar a segurança e o impacto ambiental dos produtos em todo o seu ciclo de vida, que envolve as seguintes etapas: desenvolvimento, obtenção de matérias-primas e insumos, processo produtivo, consumo, destinação final e disposição final ambientalmente adequadas.

O presente texto procura abordar a evolução do consumo e seus reflexos no meio ambiente, bem como as soluções apontadas pelo Direito brasileiro para essa problemática.

<sup>1</sup> HOCHSCHILD, Arlie Russell. *Commercialization of Intimate Life*, p. 208 e SS. Apud Zygmunt Baumann. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Trad. Alexandre Werneck. P. 65

## 1. Evolução do consumo e reflexos no meio ambiente

Parte-se da proteção do consumidor como direito fundamental calcado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), sendo, portanto, um parâmetro interpretatório e concretizador do ordenamento.

No tocante ao tema, aduz Iturraspe:

“(...) a pessoa humana é o eixo ou centro das preocupações do direito atual, tanto do público como do privado; com a denominação de direitos de terceira geração – ou de quarta – se busca uma proteção mais completa, plena ou integral, que abarque todas as manifestações e garanta a liberdade, a segurança, a dignidade, o respeito, a privacidade e a identidade do ser humano.”<sup>2</sup>

Trata-se de um paradigma de garantia da igualdade material entre pessoas naturais e pessoas jurídicas, a partir do art. 5º combinado com o art. 170, V, da Constituição Federal, tendo por base o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, exposto no art. 1º, III, da dignidade da pessoa humana.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor prevê, entre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, “o atendimento das necessidades dos consumidores” e “a melhoria da sua qualidade de vida”. A Lei reconhece, portanto, que o consumo está estreitamente ligado à satisfação das necessidades do ser humano. Não apenas as necessidades primárias, de cunho biológico, mas também outras que têm sido agregadas com o decorrer do tempo e a evolução da sociedade. Já não é novidade o reconhecimento de que o consumo é um ato eminentemente social, permeado por fatores de ordem cultural e econômica.

Partindo do pressuposto de que o consumo é um ato social, que se realiza a partir de padrões culturais, o legislador reconheceu a fragilidade em que se situa o consumidor, donde decorre a presunção legal de sua vulnerabilidade.

E nessa satisfação de necessidades individuais, sejam elas físicas ou culturais, o consumo acaba por apresentar reflexos que ultrapassam a pessoa do consumidor. Um dos mais notáveis está precisamente no descarte dos resíduos decorrentes do consumo. A ampliação das necessidades, primárias ou socialmente induzidas, e a correspondente elevação do consumo não poderiam levar a outra consequência senão ao aumento dos resíduos, especialmente no meio urbano, com repercussão no meio ambiente, na saúde pública e, em última análise, na própria qualidade de vida, ironicamente alcançada como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.<sup>3</sup>

O mesmo consumo que se presta a assegurar uma vida digna à população, acaba por, em um movimento inverso, afetar negativamente a qualidade de vida antes desejada.

Consumir vem do latim *consumire*, que significa gastar, utilizar, despender, extinguir, destruir. Esse é o sentido comumente empregado para a expressão. O fato é que o consumo é intrínseco à nossa sociedade. Aliás, fornecimento e consumo fazem parte da geração e da circulação de riquezas, envolvendo a transformação de recursos naturais em produtos e sua utilização para a satisfação de necessidades.

Na verdade, o consumo é um fenômeno social, não envolve apenas a satisfação das nossas necessidades. A escolha dos produtos não é individual, como se poderia pensar a princípio. Isso, porque há todo um contexto de inserção na vida em sociedade, fazendo com que nossas opções de consumo levem em consideração fatores econômicos e culturais.

Como bem aduz Slater, os objetos de consumo têm valor cultural significativo, sendo utilizados em todas as épocas para reproduzir culturalmente identidades sociais. Para o autor, as questões éticas sobre a escala, a natureza e a organização social do consumo “parecem ser universalmente

<sup>2</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Daños*. Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 9.

<sup>3</sup> Para a análise da questão dos resíduos pós-consumo ver: LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Editora RT, 2011.

consideradas para a regulamentação social, moral ou religiosa do eu".<sup>4</sup> A visão sociológica do consumo pode criar uma série de necessidades infinitas, que terão reflexos na vida em sociedade.

Não se pode esquecer que o consumo, além da satisfação das necessidades físicas e sociais, envolve aspectos subjetivos, ligados aos desejos pessoais. Aliás, esse é o apelo mais utilizado pelo *marketing* para fins de oferecimento de produtos e serviços para o consumo. Por exemplo, a escolha de um carro não se refere apenas à necessidade de um meio de transporte, mas ao gosto pessoal, aos interesses envolvidos. Para Jeremy Rifkin, "dirigir um Cadillac ou um fusquinha serve como declaração social, tanto quanto um meio de transporte".<sup>5</sup>

Como ensina Antonio Junqueira de Azevedo,<sup>6</sup> o direito não é um fenômeno isolado. É um sistema de segunda ordem, que parte do sistema social. A história e a evolução do consumo são fundamentais para a compreensão do fenômeno e de suas consequências na atualidade. Ora, de fato, os preços não refletem apenas os custos de produção, mas também a curva de demanda.

Pensadores clássicos como Platão e Aristóteles já apresentavam uma preocupação em relação ao comportamento humano e ao consumo. Como aponta Mark Sagoff, Platão ensinava que a humanidade deveria limitar ou eliminar totalmente seus apetites e desejos. Já Aristóteles afirmou que o consumo seria o reverso da nobreza, razão pela qual o homem deveria cultivar a virtude da moderação, consumindo somente o necessário para sua vida e ação política.<sup>7</sup>

Nas sociedades antigas, observou-se um padrão de consumo que posteriormente foi adotado também no período medieval, caracterizado pela pessoalidade e simplicidade. Cuidava-se de comércio restrito a bens de baixa complexidade. As relações de troca estavam limitadas, ainda, pela precariedade dos meios de transporte e pela própria estrutura social da época.<sup>8</sup>

Até a Idade Média, o contexto social de separação por classes mostrava que os nobres tinham acesso a tudo, assim como a Igreja. Por outro lado, a maioria da população vivia no campo, realizando trabalho servil, e produzindo para o próprio consumo e também para a nobreza e a Igreja. De fato, a economia de subsistência foi um dos traços marcantes do feudalismo. Assim:

"(...) os contatos comerciais, embora existissem, eram raros e irregulares, de modo que as trocas ocorriam, em geral, sem intermediação monetária. Cada senhorio procurava bastar a si mesmo, produzindo localmente tudo o que fosse necessário, tendendo assim a ter uma economia autossuficiente e relativamente fechada."<sup>9</sup>

Ora, nesse período, o consumo do homem medieval era marcado pela pessoalidade: consumia o que produzia, normalmente produtos ou serviços simples, ou aquilo que era produzido por pessoas próximas.

As revoluções burguesas tiveram um papel importante para que o homem buscassem o progresso industrial, científico e técnico, alterando enormemente os padrões de consumo, pondo abaixo os privilégios da nobreza.

Nesse sentido, a Primeira Revolução Industrial, com a mecanização da indústria têxtil, uso da máquina a vapor, ferro e carvão propiciou grande desenvolvimento e alteração dos padrões de consumo. Trata-se do uso da razão no processo produtivo, com o emprego de métodos bem definidos de produção visando ao lucro.

A evolução científica e técnica, ocorrida a partir da segunda metade do século XVIII, permitiu que os produtos tivessem cada vez mais complexidade, resultado de uma produção sistematicamente organizada. Perdeu-se o caráter pessoal do consumo, iniciando-se um processo com viés de impessoalidade e complexidade. Os produtos tornaram-se cada vez mais complexos, inclusive do ponto de vista da cadeia produtiva.

<sup>4</sup> SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002, p. 14.

<sup>5</sup> RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 89.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27.

<sup>7</sup> SAGOFF, Mark. *Consumption*. In: JAMIESON, Dale (org.). *A companion to environmental philosophy*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 474-475.

<sup>8</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 50-52.

<sup>9</sup> KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000, p. 165.

Segundo Calvão da Silva, a produção passou a ser organizada por planos industriais, de forma que cada empregado apenas realizava uma das etapas do processo produtivo e o conhecimento de todas as etapas da produção passou a ficar restrito ao produtor.<sup>10</sup>

Outra consequência provocada pela pós Revolução Industrial sobre as relações de consumo foi o surgimento da produção para o mercado global. Com efeito, as mercadorias produzidas na Inglaterra do século XVIII passaram a ser exportadas por todo o mundo. As grandes nações produtoras começavam a desbravar novos mercados consumidores, como a Ásia e a América, fomentando, assim, o crescimento capitalista.

Em fins do século XIX, com o surgimento dos produtos compostos de aço, houve um significativo crescimento no uso da energia elétrica. Ampliou-se também a utilização das linhas de montagem, e os produtos passaram a ser fabricados em massa. É o que ocorreu, por exemplo, no caso paradigmático dos automóveis e da indústria automobilística.<sup>11</sup>

Dante dessa realidade, o século XX é inaugurado com empresas de grande capital, gerenciando um processo produtivo complexo em larga escala. Há produtos similares a baixo custo, meios de comunicação, redes varejistas e sistemas de distribuição. Ocorre a separação entre produção e comercialização, passando o comerciante a ser um intermediador de mercadorias. O mercado exigiu a especialização tanto da indústria quanto do comércio.

Surge, como aponta Calvão da Silva, a chamada “desfuncionalização do comércio”: os comerciantes deixam de se preocupar em convencer o consumidor da utilidade do produto, passando essa tarefa aos publicitários, aos jornais, ao rádio e, no futuro, à televisão.<sup>12</sup>

Nesse período, o desafio maior para a lógica econômica era elaborar produtos que, estandardizados, atendessem aos padrões da sociedade. Não se tratava mais de suprir *necessidades* e sim de alcançar *prosperidade*. A década de 60 mostra a busca pela obtenção de diversos produtos como máquinas de lavar, aspiradores, veículos etc. Trata-se de um consumo capaz de forjar a própria identidade. O sistema produtivo não se preocupa mais em procurar o consumidor para o produto criado, mas sim em conhecer o consumidor e desenvolver produtos individualizados, adotando, pois, o caminho inverso ao anteriormente percorrido.<sup>13</sup>

Assim, os produtos passaram a resultar de complexas cadeias de produção e técnicas precisas, conhecidas apenas pelo produtor, numa linha de consumo de massa, com as características hoje conhecidas.

Na contemporaneidade, vivemos a chamada cultura do consumo. As pessoas valem pelo que têm. O mercado é que define o que é bom, belo, necessário. Conforme esclarece Rifkin,<sup>14</sup> as técnicas de *marketing* partem do “vínculo de consciência”, criando uma ligação de identidade entre consumidor e produto oferecido. Aos poucos, busca-se oferecer mais produtos ao consumidor cativo; por fim, há a formação de comunidades cativas. São os relacionamentos transformados em *commodities*.

É interessante a visão de Max Weber<sup>15</sup> que, ao analisar a evolução da sociedade, busca afastar a atual concepção de uma relação direta entre a sociedade de consumo e o sistema capitalista. A partir de um estudo sociológico do homem capitalista do século XVIII, conclui o autor que o impulso para a persecução do lucro sempre existiu em qualquer classe social, sendo comum em todos os tempos históricos e territórios, desde que houvesse uma possibilidade. Para Weber, o que se identifica no capitalismo é a busca pela renovação do lucro,

<sup>10</sup> SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 13.

<sup>11</sup> Trata-se do chamado taylorismo, em razão do seu idealizador Frederick Taylor, ou fordismo, em alusão a Henry Ford, grande responsável por sua implementação, o que contribuiu para o barateamento dos produtos finais (KOSHIBA, Luiz. Op. cit., p. 382).

<sup>12</sup> SILVA, João Calvão da. Op. cit., p. 23-24.

<sup>13</sup> RIFKIN, Jeremy. Op. cit., p. 86.

<sup>14</sup> Ibid. p. 81-90.

<sup>15</sup> WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 25 *et seq.* Ver p. 267 – nota 272.

com base numa estrutura empresarial racionalmente organizada. Diante disso, aponta dois aspectos fundamentais da organização das empresas: (i) a separação da moradia da família dos negócios, a partir do século XVIII, o que tem influência direta na vida econômica e, (ii) a racionalidade na condução dos negócios, a partir do uso da contabilidade e do sistema jurídico.

Weber observa no comportamento do capitalista a filosofia da avareza, ligada ao dever do indivíduo de aumentar o seu próprio capital. O acúmulo das riquezas tornou-se a essência da conduta moral capitalista do século XVIII. Tratava-se de uma ética de acúmulo de dinheiro, de contenção do desperdício e de não consumo. Era exatamente o inverso da atual sociedade de consumo, cujo objetivo é consumir o que for possível com o fruto do trabalho. A ética protestante do século XVIII estava ligada à geração de dinheiro como propósito final da vida.

Entretanto, passada a fase inicial do capitalismo, Weber verifica uma alteração da racionalidade ética do capitalista protestante; um afastamento entre crenças e conduta, que deixou de lado os dogmas religiosos, passando a ser comandada pelos interesses social e econômico do ser humano.<sup>16</sup>

Não menos relevante é a análise de Hannah Arendt, em outra época histórica. Arendt parte da visão de que a natureza tem função singular no universo, pois nos oferece um habitat onde é possível movimentar-se e respirar sem a necessidade de um meio artificial, enquanto o mundo, como artifício humano, acaba segregando a existência do homem de todo ambiente que seja meramente animal.<sup>17</sup> Na Antiguidade, a raça humana defrontava-se com a necessidade, os atos e o exercício de atividades com o propósito de suprir as exigências mínimas: alimentação, repouso, procriação. Por isso, desenvolvia o labor, que não deve ser confundido com o trabalho, pois relacionado a um processo contínuo de produção de bens de consumo (bens que não tinham permanência no mundo como, por exemplo, o alimento). Tratava-se apenas da manutenção do ciclo biológico da vida.<sup>18</sup> Cuidava-se de verdadeiro *animal laborans*.

A sociedade de massa, então, deve ser compreendida como resultado de uma longa evolução do homem no seu cotidiano e reação às adversidades da sobrevivência no planeta.

Com o surgimento do trabalho como um desempenho humano vinculado a uma relação de meio e fim, a atividade deixa de gerar apenas o bem de consumo, para gerar um bem de uso, que não se esgota rapidamente. Assim, o produto não se ligava mais ao produtor, adquirindo permanência no mundo. É a partir do trabalho que são percebidas as mudanças na natureza e a tendência a dominá-la. Para Hannah Arendt, é o *homo faber* que degradará o planeta, pois deixa de considerar o valor intrínseco das coisas e enxerga tudo como meio para alcançar seus objetivos. Ou seja, cuida-se de uma racionalidade que considera tudo como descartável, inclusive as pessoas, voltando-se para a sobrevivência individual.

Com isso, na sociedade de consumo a força de trabalho é apenas um meio para atingir um resultado; tem o mesmo valor das máquinas e dos instrumentos de produção. Surge a racionalidade da máquina eficaz, com a padronização das coisas e das pessoas, transformando-os em bens de consumo numa civilização profundamente técnica.

Há uma asfixia do comportamento individual, em que cada um esquece da sua própria individualidade e passa a ser levado pelo automatismo, externando socialmente um agir entorpecido.<sup>19</sup>

As atividades devem assegurar as coisas necessárias à manutenção da vida, gerando-as em grande abundância. Assim, as atividades sérias são chamadas de trabalho e aquelas não necessárias para o processo vital da sociedade são denominadas de lazer.

Hannah Arendt conclui sua análise apontando que o ideal da sociedade de consumo não é novo, pois é possível reconhecer que já estava impregnado na premissa da economia política

<sup>16</sup> Ibid., p.155.

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

<sup>18</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

<sup>19</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

clássica, nos ideais de riqueza crescente, abundância e felicidade da maioria. Faz uma crítica apontando o caráter ilusório da busca desses ideais.<sup>20</sup> Mas o fato é que o tempo livre do ser humano acaba por ser despendido apenas em consumir, o que torna os apetites cada vez mais refinados. O consumo deixa de corresponder às necessidades vitais, relacionando-se, cada vez mais, com coisas supérfluas.

Para Hannah Arendt, o risco é que esta sociedade, deslumbrada em função da abundância de sua crescente fertilidade e ligada à ideia do funcionamento de um processo interminável não consiga reconhecer a futilidade de uma vida que não se fixa nem se realiza em coisa alguma que seja permanente.<sup>21</sup>

No mesmo sentido aponta a análise da sociedade global de consumidores feita por Zygmunt Baumann, concluindo que os padrões de comportamento de consumo podem afetar todos os outros aspectos de nossa vida, inclusive a vida de trabalho e de família. “Somos todos pressionados a consumir mais, e, nesse percurso, nós mesmos nos tornamos produtos nos mercados de consumo e de trabalho”.<sup>22</sup>

## 2. Entropia e padrões de consumo na contemporaneidade

Os padrões de consumo podem ser divididos em: entropia fisiológica, resultante da interação do homem com o meio ambiente, e entropia patológica, relacionada com o atual estilo de vida de consumo excessivo. Sem dúvida, esse é um dos maiores problemas da atualidade.

A entropia representa a energia que não pode mais ser usada por nenhum elemento de um sistema; é a energia perdida, geralmente sob a forma de calor. Pode ser interpretada como uma medida do grau de desordem de um sistema.<sup>23</sup>

Também é possível distinguir entropia individual de entropia coletiva. É fato que, individualmente, as pessoas dos países industrializados produzem muito mais entropia do que as pessoas dos países não industrializados. Por isso, para solucionar o problema não basta reduzir a explosão demográfica, que incide apenas na entropia fisiológica.<sup>24</sup>

As razões que levaram o homem a consumir com tamanha voracidade estão ligadas ao que se chamou de *indústria cultural*,<sup>25</sup> que desmistifica os fenômenos de massa. Trata-se de uma cultura que busca uma identidade universal, mascarando os pluralismos culturais.

Com isso, ocorre o atrofamento da identidade do consumidor, de forma que tanto no consumo de bens essenciais quanto no lazer, os indivíduos orientam-se por um comportamento que determina toda a unidade de produção. O indivíduo deve se portar de acordo com o seu nível social, escolhendo produtos fabricados para o seu *status*.

Há grandes questões éticas envolvidas, pois as maiores “pegadas ecológicas” são produzidas nos países industrializados. Há uma hiperexploração de bens ambientais.<sup>26</sup> Por isso, é preciso pensar em soluções macro, que envolvam educação, conscientização, mudança de postura. Trata-se de verdadeira atuação preventiva.

Do ponto de vista jurídico, a relação de consumo tal como definida pelo Código de Defesa do Consumidor não deixa de considerar o fator sociológico. Trata-se de relação composta por três elementos básicos: consumidor, fornecedor e produto.

<sup>20</sup> ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 146.

<sup>21</sup> Ibid., p. 148.

<sup>22</sup> BAUMANN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Trad. Alexandre Werneck. P. 65

<sup>23</sup> LIMA E SILVA, Pedro Paulo de et al. *Dicionário brasileiro de ciências ambientais*. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 95.

<sup>24</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 138.

<sup>25</sup> PELLIZZOLI, Marcelo. *Correntes da ética ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

<sup>26</sup> CHAMBERS, Nicky; SIMMONS, Craig; WACKERNAGEL, Mathis. *Sharing nature's interest: ecological footprints as an indicator of sustainability*. London: Earthscan Publications, 2000.



O fornecedor é aquele que desenvolve “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, nos termos do art. 3º, *caput*.

O mesmo dispositivo, no § 1º define o produto como qualquer bem destinado ao consumo.<sup>27</sup> O consumidor, por sua vez, é aquele que adquire e utiliza o bem como destinatário final.<sup>28</sup>

É preciso repensar a situação da sociedade atual, reconhecendo a necessidade de alteração dos atuais padrões “insustentáveis” de consumo. Assim, mediante a verificação dos níveis de produção e de consumo, cabe relacionar seus efeitos com o direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado previsto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Como afirma o economista alemão E. F. Schumacher, nos países ricos, o crescimento exponencial da produtividade mostra que a demanda de bens, que já se satisfazia com o nível de produção anterior, continua aumentando. Isso porque não se concebe o quanto é o “bastante” para fechar o círculo.<sup>29</sup>

Por outro lado, o problema não pode ser simplesmente transferido para o consumidor. Como ressaltam Alier e Jusmet, a demanda dos consumidores influencia as decisões das empresas, que estarão apoiadas no poder de compra do consumidor. Ocorre que, muitas vezes, o consumidor tem um número muito restrito de alternativas, de acordo com a oferta do mercado.<sup>30</sup> Por isso, não é possível que questões como embalagens, por exemplo, fiquem tão somente no âmbito de uma decisão de mercado. Nesse sentido, as disposições legais a respeito da Política Nacional de Resíduos Sólidos<sup>31</sup> permitem um controle inverso: a responsabilidade pós-consumo influencia até mesmo na escolha das embalagens e nas informações relativas ao ciclo de vida completo do produto, buscando redução, reaproveitamento e reciclagem de resíduos.

De fato, os consumidores deveriam dispor e processar uma grande quantidade de informação de forma a medir as consequências ambientais do consumo de um ou de outro produto ou de um similar oferecido por uma ou outra empresa, o que depende de informação relativa a todo o ciclo de vida do produto. Daí o cabimento de um mecanismo institucional que permita diferenciar entre ‘o ecológico’ e o ‘não ecológico’, como ocorre com a rotulagem ecológica que funciona em alguns países da União Europeia.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 587. O presente estudo toma por base o chamado consumo destrutivo, ou seja, utilização final do bem. O consumo pode ser classificado em: produtivo, consumo para fins de aproveitamento na produção de outro bem; destrutivo, utilização final do bem.

<sup>28</sup> É importante notar, como bem esclarece Claudia Lima Marques, que a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, surge o chamado “finalismo aprofundado”, especialmente na jurisprudência do STJ, interpretando a expressão “destinatário final” com razoabilidade e prudência (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 305 *et seq*). Além disso, não se pode desconsiderar a ideia de consumidor por equiparação.

<sup>29</sup> SCHUMACHER, E. F. *O negócio é ser pequeno*. São Paulo: Círculo do Livro, 1973, p. 21-22. Ressalta que há sociedades pobres que têm muito pouco, mas não há sociedades ricas que digam “Chega! Temos bastante”.

<sup>30</sup> ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. 2 ed. México: Fundo de Cultura Económica, 2003, p. 277. “La primera es el mecanismo que lleva de las demandas de los consumidores a las decisiones de las empresas es, esencialmente, antidemocrático, ya que los ‘votos’ son proporcionales al poder aquisitivo: lo único que cuentan son las demandas apoyadas en el poder de compra; si lo que ambientalmente es menos problemático es más caro, los consumidores más pobres difícilmente se apuntarán al producto más ecológico. En segundo lugar, en muchos casos la oferta no se asemeja, ni mucho menos, a los modelos competitivos de los libros de texto, y los consumidores se ven forzados a escoger entre un número muy limitado de alternativas (por ejemplo, a lo menor no pueden, aunque estarían dispuestos a pagar por ello, adquirir bebidas en botellas de vidrio reutilizables y han de escoger entre el plástico y el aluminio).”

<sup>31</sup> Cuida-se da Lei 12.305/2010, que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, a partir de agora referida no texto somente com a sigla PNRS. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto 7.404/2010.

<sup>32</sup> ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. Op. cit., p. 277.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) define o consumo sustentável: “Fornecimento de serviços e produtos que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida enquanto minimizam o uso dos recursos naturais e materiais tóxicos como também a produção de resíduos e a emissão de poluentes no ciclo de vida do serviço ou do produto, tendo em vista não colocar em risco as necessidades das futuras gerações.”<sup>33</sup>

Para Eros Roberto Grau, “a defesa do consumidor é um princípio constitucional impositivo (Canotilho), com dupla função: instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna; diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – com caráter constitucional conformador, o que justifica a reivindicação pela realização de políticas públicas.”<sup>34</sup>

Há uma íntima relação consumidor-meio ambiente, que decorre de uma sociedade com crescimento vertiginoso e de produção em massa.<sup>35</sup> Na verdade, a base da tutela do meio ambiente e da proteção do consumidor é a mesma: a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, como observamos inicialmente.

Nesse sentido, o art. 3º, XIII, da PNRS, define os padrões sustentáveis de produção e de consumo como aqueles realizados “de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras.”

Por outro lado, o art. 225, *caput*, da Constituição Federal, garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Ora, a defesa da vida com dignidade se coaduna com a busca de uma economia de produção e de consumo sustentáveis. Daí, a necessidade de conscientização do consumidor na busca da adoção de comportamentos “ambientalmente amigáveis”, gerando reflexos indiretos na proteção ao meio ambiente, que influenciam o próprio processo produtivo.

No contexto atual brasileiro encontramos uma série de mecanismos propiciadores do consumo sustentável, como a legislação sobre agrotóxicos, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), a Lei de Biossegurança, as regras atinentes à disposição final de pilhas, baterias, agrotóxicos, as normas ISO 14.000, selos verdes e as disposições que impedem a publicidade de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Do ponto de vista econômico, já em 1975, de forma precursora, apontava Fábio Nusdeo para o problema da compatibilidade entre desenvolvimento e preservação ambiental, indicando como esse tema passou a preocupar as nações ainda não desenvolvidas.<sup>36</sup> Ora, no século XIX, os

<sup>33</sup> <[www.onubrasil.org.br/agencias-pnuma.php](http://www.onubrasil.org.br/agencias-pnuma.php)>.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 262. Ressalta que: “Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inseridas nos seus arts. 5º, XXXII – ‘o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’ –, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor –, 150, § 5º – ‘a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços’ –, e 48 das Disposições Transitórias – determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor.” E, mais adiante, afirma em relação ao princípio da defesa do consumidor: “A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter intervintivo.” (p. 264).

<sup>35</sup> Cf. MONTEIRO, António Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 11, p. 71, jul.-set. 1998 (destaques nossos): “Uma sociedade em que a concorrência desenfreada leva a uma procura incessante de redução de custos em ordem a tornar as empresas *mais competitivas*, quantas vezes, afinal, à custa do sacrifício de bens e valores ambientais imprescindíveis. Uma sociedade que acaba por pôr em causa, *paradoxalmente*, o bem estar e a qualidade de vida que pretende alcançar. Ambos, consumidor e ambiente, são, assim, *vítimas* da mesma *sociedade de consumo e de risco* e ambos reclamam, para sua defesa, como já se disse, a definição de uma *política* adequada e que actue eficazmente [...] o consumidor contribui directamente para a degradação do ambiente, desde logo pelos produtos que consome em prejuízo desse bem; e também indirectamente, na medida em que é ele o destinatário e, afinal, a razão de ser da produção desenfreada e, quantas vezes, nefasta do meio ambiente”.

<sup>36</sup> NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 7.



economistas apresentavam as teses do progresso econômico contínuo, sem contrariar a primeira lei da termodinâmica, que, posteriormente, caiu por terra com a segunda lei da termodinâmica.<sup>37</sup>

Ora, o modelo econômico atual entra em contradição direta com a entropia, essência da segunda lei da termodinâmica.

A natureza sempre foi remetida ao campo de “externalidade” do sistema econômico. Ocorre que hoje, com a crise ambiental, os problemas enfrentados pela economia não são de escassez relativa de recursos naturais, que poderia ser resolvida por progresso tecnológico, mas sim o problema de *escassez global*, gerada pela destruição das condições ecológicas de sustentabilidade da economia global, em função dos níveis de entropia gerados em escala planetária pelo processo econômico: desflorestamento, perda de cobertura vegetal, aquecimento global.<sup>38</sup> Por que não incluirmos entre esses fatores o consumo excessivo típico da sociedade atual e os problemas decorrentes dos resíduos desse consumo?

Frederick Soddy (1877-1956) já apontava a impossibilidade do crescimento exponencial da economia em razão da lei da entropia. Já Nicholas Georgescu-Roegen, um dos precursores da economia ecológica, definiu a relação fundamental entre o processo econômico e a segunda lei da termodinâmica. Ao mencionar tais estudiosos, Leff corrobora para a conclusão de que os limites do crescimento econômico são estabelecidos pela *lei-limite da entropia*.

A Terra não escapa dessa lei universal. Mas o que acelera esse processo é a imposição de uma racionalidade econômica que incrementa a transformação da matéria e da energia de baixa entropia (combustíveis fósseis ou materiais) a estados de alta entropia. Soddy aponta como manifestação mais clara da atualidade o aquecimento global.<sup>39</sup>

Georgescu-Roegen fundamenta uma nova teoria econômica na lei da entropia e no desfrute da vida (um princípio cultural e subjetivo). Reconhece o papel exercido pela cultura nas formas de produção e na evolução do consumo exossomático de energia, que terão como consequência a degradação entrópica da matéria.<sup>40</sup>

Nessa linha, cabe referir o pensamento de Enrique Leff:

“No entanto, na fundamentação de um novo paradigma produtivo de uma economia sustentável, os bens e serviços ambientais devem ser entendidos como um potencial produtivo que depende tanto dos limites físicos e da escassez de recursos como de estratégias sociais que possam administrar os potenciais ecológicos da natureza [...]. A entropia deve passar de um conceito crítico a um conceito positivo. Isso significa passar das leis da entropia como limite da economia dos processos dissipativos como um potencial para a definição de um

<sup>37</sup> Primeira lei: “No universo, a energia total existente sob diversas formas é invariável. Pode ser transformada de uma forma em outra, mas sob a constância do total existente. Em outras palavras, energia (e matéria) não podem ser criadas”.

Segunda lei: “A energia disponível (que se pode converter em trabalho) tende continuamente a diminuir. Ou seja, a entropia do universo não para de crescer, tendendo para um máximo (a posição de equilíbrio termodinâmico).” A entropia é a energia perdida, normalmente, sob a forma de calor e não pode mais ser usada por nenhum elemento do sistema. Os organismos vivos consomem entropia negativa do meio ambiente e produzem entropia. Assim, há um limite para reciclagem. Cf. CAVALCANTI, Clóvis. Condicionantes biofísicos da economia e suas implicações quanto à noção de desenvolvimento sustentável. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro et al. *Economia do meio ambiente: teorias, políticas e a gestão dos espaços regionais*. São Paulo: Embrapa, Unicamp, 1997, p. 67.

<sup>38</sup> “Na teoria econômica da natureza, aparece como uma fonte infinita de recursos disponíveis para sua aprovação e transformação econômica guiada pelas leis do mercado; sua falha provém de sua visão do processo econômico como um fluxo circular de valores econômicos e preços de fatores produtivos. No entanto, a partir da análise termodinâmica, a produção aparece como um processo irreversível de degradação entrópica, de transformação de baixa em alta entropia. A externalização da natureza do sistema econômico é, justamente, o efeito do desconhecimento da entropia (a segunda lei da termodinâmica), que estabelece os limites impostos pela natureza ao processo econômico, ocultando as causas da crise ambiental e da insustentabilidade ecológica da economia” (LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 174).

<sup>39</sup> Ibid., p. 176.

<sup>40</sup> GEORGESCU-ROEGEN, N. *The entropy law and the economic process*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 18-19.

paradigma de produção sustentável, quer dizer, para uma bioeconomia baseada na produtividade neguentrópica proveniente do processo fotossintético e da organização ecológica da biosfera, da organização simbólica e da significação cultural da natureza.”<sup>41</sup>

Em outras palavras, Alier e Jusmet, ao procederem à análise da visão de Georgescu-Roegen, concluem que a sustentabilidade é sobretudo uma questão de grau e de perspectiva. Assim, somente uma economia humana baseada em fontes energéticas renováveis e nos ciclos fechados de matéria pode ser sustentável de modo indefinido. Com isso, na visão desse pai da economia ecológica, deve-se cuidar do uso entrópico da matéria, no sentido de utilização de materiais que, pelo menos em parte, acabam como resíduos mais dispersos do que nas fontes originais; essa realidade praticamente entra em contradição com a própria ideia de sustentabilidade.<sup>42</sup>

Dante desses fatores, quais seriam então os caminhos para o desenvolvimento sustentável e a redução do consumo? Como bem realça Leff,<sup>43</sup> não basta estabelecer um corpo de normas que controle as tendências dos padrões de produção e de consumo, bem como a degradação entrópica. É preciso orientar um paradigma de desenvolvimento sustentável a partir de processos ecotecnológicos, com base no potencial produtivo dos sistemas vivos e da organização cultural, ou seja, um processo de gestão participativa e de apropriação coletiva da natureza.

Outro fator importante, que impõe a necessidade de um consumo sustentável, é o problema da absorção dos resíduos pela biosfera. Essa capacidade pode ser considerada um recurso renovável afetado pela emissão excessiva de resíduos.<sup>44</sup>

Para Alier e Jusmet, é preciso distinguir recursos assimiláveis (recicláveis mediante ciclos bioquímicos) e acumulativos. Isso considerando que a sustentabilidade seria incompatível não apenas com os recursos não renováveis, mas também com a geração de resíduos acumulativos, ainda que pequena. Ressaltam que há um grau de incerteza em relação a tais questionamentos, de forma que a recomendação da economia ecológica é de que se respeite o princípio da precaução em tais hipóteses.<sup>45</sup>

Segundo essa linha de raciocínio, o consumo sustentável se impõe como forma de respeito ao princípio da precaução, exigível nas hipóteses de incerteza científica.

Cuida-se da evolução de paradigmas apontada por Teresa Ancona Lopez: no século XIX, a responsabilização; no século XX, a solidariedade e; no século XXI, o nascimento de um novo paradigma, a segurança:

“As obrigações morais tomam a forma da ética e a responsabilidade aparece como reflexo da noção de precaução. Assim, é o paradigma da segurança que transforma os princípios da responsabilidade e da solidariedade em princípio da precaução.”<sup>46</sup>

<sup>41</sup> LEFF, Enrique. Op. cit., p. 186.

<sup>42</sup> ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. Op. cit., 368.

<sup>43</sup> Op. cit., p. 188. Para Enrique Leff, “a visão entrópica da economia dissipava as ilusões de que a reciclagem tecnológica de materiais, a desmaterialização da produção e o crescimento econômico sem limites, que emergem da racionalidade econômica e tecnológica dominantes, possam conduzir à construção de sociedades sustentáveis [...] Dessa maneira, a construção da sustentabilidade estará guiada por uma ressignificação e revalorização social da natureza que haverá de conduzir até a apropriação cultural dos processos ecológicos” (op. cit., p. 207-208).

<sup>44</sup> Segundo dados do CEMPRE, o Brasil gera mais de 150 mil toneladas de resíduos sólidos urbanos diariamente. Em peso, aproximadamente 55% é matéria orgânica. Cf. VILHENA, André. A realidade da destinação dos resíduos sólidos. *Seminário sobre responsabilidade ambiental pós-consumo*, CEMPRE, Rio de Janeiro, dez. 2009.

<sup>45</sup> ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. Op. cit., p. 372-373. Para os autores, a sustentabilidade também envolve os chamados serviços ambientais da natureza. “Trata-se, em primeiro lugar, de não produzir alterações nos ecossistemas que afetem serviços essenciais como a vida (por exemplo, a manutenção da camada de ozônio) ou que possam conduzir a situações potencialmente catastróficas. Mas se trata também de ter o máximo respeito pela conservação dos espaços naturais, que nos futuro podem ser cada vez mais valorizados para a qualidade de vida” (tradução livre).

<sup>46</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



A Agenda 21,<sup>47</sup> em seu Capítulo 4, trata sobre a “Mudança dos padrões de consumo” e ressalta que os padrões de consumo e produção acabam por agravar grandemente a pobreza e os desequilíbrios.

Corroborando essa visão, entendemos que o consumidor tem um papel fundamental na redução do consumo. Entretanto, é impossível imaginar que tudo dependa apenas da consciência ambiental, embora seja de grande valia.

Há objeções à ideia segundo a qual o consumidor tem plena capacidade de resolver os problemas ambientais a partir de suas próprias decisões. A primeira é de que o consumidor influencia o mercado de acordo com o seu poder de compra: *se o que é ambientalmente menos problemático é mais caro, os consumidores mais pobres dificilmente adquirirão o produto mais ecológico*. Além disso, como o consumidor vai medir as consequências ambientais do produto? Seria necessário o conhecimento do ciclo total de vida do produto. Tal informação nem sempre está disponível. Para minimizar tais efeitos, é possível pensar em mecanismos institucionais que permitam a diferenciação dos produtos, como selos de qualidade ambiental.

Por fim, o problema mais relevante acaba sendo o chamado “paradoxo do isolamento”, que diz respeito ao problema de que as decisões individuais apenas afetam marginalmente os resultados ambientais globais:

“Os indivíduos não se movem apenas por um cálculo egoísta de benefícios e custos individuais [...] e a única possibilidade de reorientar a economia num sentido mais sustentável é, exatamente, que os indivíduos movam-se em maior medida para outros tipos de valores”.<sup>48</sup>

É mais comum que o consumidor deixe de consumir um bem que comprovadamente afete sua saúde do que ao meio ambiente em geral. Isso se dá em razão de se tratar de um bem difuso, ou seja, não pertencente unicamente ao consumidor.

Por outro lado, a atividade econômica deve voltar-se para as práticas ambientalmente amigáveis, o que também pode incluir a necessidade de incentivos fiscais.

### **3. Prevenção de resíduos e informação ao consumidor como formas de contribuição para o consumo sustentável**

Entre os mecanismos legais citados no item anterior, merece destaque a PNRS, que prevê padrões sustentáveis de produção e de consumo, de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras, numa sistemática de equidade entre gerações.<sup>49</sup>

Trata-se da lógica de que o produtor tem em suas mãos a possibilidade de empregar melhores tecnologias, que viabilizem a redução de resíduos e os impactos da produção e do consumo no meio ambiente. Aliás, o art. 20., VI, da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) prevê incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais. Já o art. 70., IV da PNRS, prevê expressamente a adoção, o desenvolvimento e o aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais.

Dentre os princípios aplicáveis à gestão de resíduos no sistema brasileiro, merece destaque a ecoeficiência, que envolve a compatibilização entre os fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados, de forma a atender as necessidades humanas e propiciar qualidade de vida, bem como redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Trata-se de instrumento concebido na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92) e refere-se às preocupações com as gerações futuras a partir do século XXI. Busca-se o desenvolvimento sustentável: equilíbrio entre desenvolvimento econômico e social e proteção ao meio ambiente.

<sup>48</sup> ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. Op. cit., p. 277 *et seq* (tradução livre).

<sup>49</sup> Art. 3º, XI.

<sup>50</sup> Art. 6º, inciso V, da Lei 12.305/2010 (PNRS).

A PNRS tem, ainda, como objetivos o estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto; o incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético.

O sucesso da prevenção de resíduos por parte do fabricante está diretamente associado à atuação do consumidor, buscando um consumo mais sustentável, o que depende diretamente do acesso à informação relativa aos produtos consumidos.

Os princípios da informação e da participação estão previstos no art. 225 da CF/88 e que impõem o dever de preservação do meio ambiente ao Poder Público e à coletividade. O próprio dispositivo constitucional trata da publicidade do estudo prévio de impacto ambiental, no inciso IV e, no inciso V, do controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Impõe ao Poder Público o dever de promover a conscientização pública para a importância da preservação ambiental, para a qual a sociedade também deve contribuir.

Interessante notar que, entre os princípios basilares da PNRS está o direito à informação e ao controle social. Ora, somente com a devida informação é possível viabilizar a participação, ou seja, a atuação da sociedade civil nos termos previstos pelo legislador. Trata-se de um desmembramento dos princípios previstos nos arts. 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, que abordam a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e da cooperação dos povos para o progresso da humanidade. Aliás, a PNRS prevê, no art. 12, *caput*, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão e manterão, de forma conjunta, o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR).

Com isso, exige-se a adoção de comportamentos negativos de forma a afastar a prática de atos nocivos ao meio ambiente, bem como comportamentos positivos, que resultem na proteção ao meio ambiente. Espera-se a tomada de uma posição ética e altruísta em relação ao bem socioambiental e, como consequência, em relação aos resíduos.

Ainda, os princípios da informação e da participação servem como instrumentos em prol da maior eficiência do sistema regulatório ambiental. Com efeito, a literatura especializada aponta que, ao contrário do sistema privado de controle ambiental, a regulação pressupõe que o Poder Público detenha alto grau informacional acerca do mercado regulado.<sup>51</sup> De um lado, os instrumentos de regulação ambiental visam à redução dos impactos ambientais dentro das possibilidades tecnológicas de cada setor – o que requer o conhecimento específico das técnicas produtivas empregáveis e seus respectivos custos. De outro, o controle e a repreensão dos ilícitos ambientais exige grande eficiência na fiscalização dos agentes econômicos envolvidos – caso contrário, as diretrizes legais tornam-se inócuas.

Ocorre que, no mais das vezes, tais informações necessárias à regulação ambiental são detidas apenas pelos entes privados. A descentralização promovida pela participação social revela-se então um meio adequado para minimizar essa assimetria de informação. A participação dos diversos setores da sociedade na implementação das políticas ambientais agrega ao sistema informações que, de outro modo, não estariam ao alcance do Poder Público. Ainda, os agentes sociais passam a complementar a atividade de fiscalização das práticas reguladas, diminuindo o número de condutas ilícitas que passam ilessas à repreensão normativa.

O Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 dispõe o que segue:

“(...) a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as

<sup>51</sup> PORRINI, Donatella. Environmental policies as an issue of the informational efficiency. In: BACKAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion of Law and Economics*. Sheltanham e Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 356 et seq; cf. também FAURE, Michael G. Environmental regulation. In: BOUCKART, Boudewijn; GEEST, Gerrit (orgs.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Sheltanham e Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000, p. 459.

autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomadas de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, valorando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação dos danos.”

Também podemos reconhecer a importância da conscientização da população para atuação na tomada de decisões de cunho ambiental por meio, por exemplo, das audiências públicas no licenciamento ambiental e mesmo de organizações não governamentais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, lança as bases do direito à informação, ao dispor o seguinte: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.”

Em relação à proteção ao meio ambiente, a Declaração de Estocolmo (1972) consignou a importância da educação e da divulgação de informações para fundamentar as bases de uma opinião pública consciente de suas responsabilidades sociais e ambientais, principalmente por intermédio dos meios de comunicação de massa. Nos Princípios 19 e 20, a referida Declaração ressaltou a necessidade de fomentar a pesquisa e o desenvolvimento científicos, o livre intercâmbio de experiências e de informação atualizada, de forma a garantir o acesso dos países em desenvolvimento às chamadas *tecnologias limpas*.

Os Princípios 10, 18 e 19 da Declaração do Rio, decorrente da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 tratam dos seguintes aspectos ao tema relacionados: obrigações recíprocas dos Estados em relação à notificação em casos de desastres naturais ou outras emergências, cujos efeitos possam ultrapassar suas fronteiras; direito à informação perante as autoridades públicas, inclusive em relação a materiais e atividades perigosos nas comunidades; dever dos Estados de disponibilizar informações para a coletividade, visando facilitar e estimular a conscientização pública e a participação democrática.

Nesse sentido, a Convenção sobre acesso à informação, Convenção de Aarhus, em vigor desde 30 de outubro de 2001, na Comunidade Europeia, possibilita aos cidadãos, mediante solicitação ao Poder Público, obter informações sobre o meio ambiente, ressalvados os dados de caráter confidencial.

A Agenda 21, por sua vez, traça um programa de ação para os países durante o século XXI e reconhece que cada pessoa é usuária e provedora de informação em sentido amplo, bem como que a necessidade de informação surge em todos os níveis, desde a tomada de decisões superiores, nos planos internacional e nacional, bem como comunitário e individual. Entre as suas metas está a melhoria da disponibilidade da informação.

No plano interno, o direito à informação ambiental está previsto no art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao dispor de instrumentos de informação como a audiência pública no âmbito do estudo prévio de impacto ambiental, que tem natureza pública. A Carta impõe ao Poder Público o dever de promover a conscientização pública sobre a importância da preservação ambiental, para a qual a divulgação de informação ambiental é fundamental.

Na seara ambiental, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) prevê, dentre seus objetivos, o de desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais de manejo dos recursos naturais, a divulgação de dados e informações e a conscientização política sobre a necessidade de preservação do meio ambiente (art. 4º, V). Dispõe, ainda, que os órgãos ambientais estão obrigados a dar a devida publicidade às suas atividades (art. 10, § 1º). A Lei n. 10.650/2003 dispõe sobre o acesso público aos dados e às informações existentes nos órgãos e nas entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama).

Pois bem, todo esse sistema de informação ambiental deve incluir o acesso à informação por parte da sociedade em geral. No que se refere à responsabilidade pós-consumo, o siste-

ma brasileiro adota a chamada responsabilidade compartilhada, sendo responsáveis pelo resíduo ou produto pós-utilizado o fabricante e o importador, o distribuidor e o comerciante, o consumidor e o titular do serviço de limpeza pública. Assim, o possuidor do resíduo ou do produto pós-utilizado deve ser informado a respeito das formas e locais para destinação correta dos resíduos, bem como sua devolução no caso dos produtos sujeitos à sistemática da logística reversa. Para que o sistema funcione, é imprescindível a correta informação como forma de viabilizar a participação da sociedade.<sup>52</sup>

#### **4. Consumo sustentável e desmaterialização institucional: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

A desmaterialização da economia, como apontamos inicialmente, procura dissociar o consumo de recursos do desenvolvimento econômico, ou seja, busca atingir um patamar de crescimento econômico consumindo menor quantidade de recursos naturais. Deve haver a utilização preferencial de recursos renováveis, a otimização dos recursos não-renováveis e não geração de resíduos que o ecossistema não tem como neutralizar.

Desmaterializar na fonte passa a ser palavra de ordem dentro do contexto atual e envolve, por exemplo, a não produção de documentos em papel. Além disso, procura-se transferir informações armazenadas em suporte analógico, como papel, para um suporte digital.

A Resolução 99/2009, do Conselho Nacional de Justiça previu o planejamento estratégico de tecnologia da informação e comunicação, de forma que os Tribunais brasileiros adotem o conceito de desmaterialização.

A título demonstrativo das dificuldades práticas para se atingir um patamar aceitável de desmaterialização, apresentamos o exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior Tribunal estadual brasileiro. O planejamento estratégico de tecnologia da informação foi aprovado pelo Órgão Especial, em sessão administrativa de 23 de junho de 2010. Entre suas metas para 2014, estão: a criação de Câmaras Digitais; a redução do consumo de energia dos computadores do Tribunal; o aumento de eficiência com tecnologias e energias ecorresponsáveis; a ampliação do número de varas digitais, atingindo o percentual de 40% de varas informatizadas em 2014, o que envolve a priorização do peticionamento digital; a criação e a instalação de Câmaras Digitais; a capacitação dos usuários para a utilização do processo digital.

Uma das maiores dificuldades enfrentadas no processo de desmaterialização foi sentida na criação do Foro Digital Nossa Senhora do Ó, pois a maior parte das petições continuou sendo apresentada em papel, o que impôs a necessidade de digitalização de papéis. Tal digitalização envolve três fases de trabalho: a conferência, a validação e a classificação de peças. Com a edição da Resolução 551/2011, os advogados passaram a utilizar o peticionamento eletrônico em Primeiro Grau. Ministério Público e Defensoria Pública também passaram a peticionar eletronicamente via portal e-SAJ. Hoje, o Tribunal tem modelos de sucesso como o processo eletrônico nas Varas de Execução Fiscal e o julgamento não presencial em algumas Câmaras. Por outro lado, há grandes desafios para a ampliação da desmaterialização, o que envolve a capacitação dos servidores e a grande quantidade de documentos em papel.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Nos termos do art. 31, II, da PNRS, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange a “divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar, e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos”.

<sup>53</sup> As informações relativas ao processo de desmaterialização do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram obtidas junto ao juiz assessor da Presidência, Dr. Gustavo Santini Teodoro. Estão atualizadas até março de 2012.



## Conclusões

Partindo do pressuposto de que o consumo é um ato social, que se realiza a partir de padrões culturais, o legislador brasileiro reconheceu a fragilidade do consumidor e buscou um sistema que viabilizasse a sua ampla proteção.

A evolução dos padrões de consumo mostra que, na contemporaneidade, vivemos a cultura do consumo, uma racionalidade que considera tudo como descartável, inclusive as pessoas, a chamada entropia patológica.

A partir da verificação dos níveis de produção e de consumo, é preciso relacionar seus efeitos com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, da Constituição Federal de 1988, impondo-se o desafio de alterar a lógica do consumo excessivo.

Para tanto, o consumidor deve ter ao seu alcance uma grande quantidade de informação, de forma que possa medir as consequências do consumo. Os padrões sustentáveis de produção e de consumo são aqueles realizados de forma a atender as necessidades das atuais gerações, permitindo melhores condições de vida, sem comprometimento da qualidade ambiental e do atendimento às necessidades das futuras gerações.

No contexto brasileiro, encontramos mecanismos legais propiciadores do consumo sustentável, com destaque para a legislação sobre agrotóxicos, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Lei de Biossegurança, o Código de Defesa do Consumidor e as restrições à publicidade de produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente, entre outros.

O consumo sustentável se impõe, ainda, como forma de respeito ao princípio da precaução, exigível nas hipóteses de incerteza científica. Além disso, os princípios da informação e da participação servem como instrumentos em prol da maior eficiência do sistema regulatório brasileiro.

A desmaterialização contribui para que se atinja um patamar de consumo sustentável por meio do crescimento econômico consumindo menor quantidade de recursos naturais. O processo é longo e envolve grandes desafios, que não devem impedir a busca de um patamar aceitável de desmaterialização econômica e institucional, que viabilize o consumo sustentável.

**Palavras-chave:** consumo sustentável, desmaterialização, resíduos sólidos, meio ambiente, informação.

Patrícia Faga Iglesias Lemos<sup>54</sup>

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Referências Bibliográficas

- ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. *Economía ecológica y política ambiental*. 2 ed. México: Fundo de Cultura Económica, 2003.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUMANN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Trad. Alexandre Werneck.
- CAVALCANTI, Clóvis. Condicionantes biofísicos da economia e suas implicações quanto à noção de desenvolvimento sustentável. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro et al. *Economia do meio ambiente: teorias, políticas e a gestão dos espaços regionais*. São Paulo: Embrapa, Unicamp, 1997.

<sup>54</sup> Professora Associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos cursos de graduação e pós-graduação. Livre-Docente, doutora e mestre em Direito pela USP. Diretora Cultural do Instituto O Direito por um Planeta Verde. Advogada e consultora na área ambiental.

CHAMBERS, Nicky; SIMMONS, Craig; WACKERNAGEL, Mathis. *Sharing nature's interest: ecological footprints as an indicator of sustainability*. London: Earthscan Publications, 2000.

FAURE, Michael G. Environmental regulation. In: BOUCKART, Boudewijn; GEEST, Gerrit (orgs.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Sheltenthal e Northampton: Edward Elgar Publishing, 2000.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

GEORGESCU-ROEGEN, N. *The entropy law and the economic process*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros.

HOCHSCHILD, Arlie Russell. *Commercialization of Intimate Life*, p. 208 e SS. Apud Zygmunt Baumann. A ética é possível num mundo de consumidores? Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Trad. Alexandre Werneck.

ITURRASPE, Jorge Mossset. *Daños*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

KOSHIBA, Luiz. *História: origens, estruturas e processos*. São Paulo: Atual, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Editora RT, 2011.

LIMA E SILVA, Pedro Paulo de et al. *Dicionário brasileiro de ciências ambientais*. Rio de Janeiro: Thex, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. Lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MONTEIRO, Antônio Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 11, p. 71, jul.-set. 1998

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

PELLIZZOLI, Marcelo. *Correntes da ética ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

PORRINI, Donatella. Environmental policies as an issue of the informational efficiency. In: BACKAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion of Law and Economics*. Sheltenthal e Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Makron Books, 2001.

SAGOFF, Mark. *Consumption*. In: JAMIESON, Dale (org.). *A companion to environmental philosophy*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

SCHUMACHER, E. F. *O negócio é ser pequeno*. São Paulo: Círculo do Livro, 1973.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

VILHENA, André. A realidade da destinação dos resíduos sólidos. *Seminário sobre responsabilidade ambiental pós-consumo*, CEMPRE, Rio de Janeiro, dez. 2009.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.



# Normas Abertas nos Sistemas Informáticos do Estado: Quo Vadis?\*

## Resumo

Na senda do movimento software livre/aberto, a Lei das Normas Abertas estabeleceu a adoção de normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública com vista a promover a liberdade tecnológica de cidadãos e organizações e a interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado. Todavia, por força do plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na Administração Pública (AP), aprovado em cumprimento do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), as normas abertas só serão de adotar pelo setor público se forem a solução economicamente mais vantajosa para o Estado, relegando-se para segundo plano a 'liberdade tecnológica dos cidadãos e dos organismos públicos' e as exigências de transparéncia das regras da arquitetura tecnológica da e-Governance. Além disso, pela não elaboração do Regulamento da interoperabilidade digital, mantém-se imperfeita a invalidade dos atos de contratação pública pela AP que excluem as normas abertas.

## Introdução

O software livre/aberto (*open source*) consiste em programas de computador (operativos ou aplicativos) cujo código-fonte é disponibilizado ao utilizador, permitindo-lhe a utilização, transformação, cópia, estudo, correção, atualização e redistribuição do software sem limites. As principais entidades do software livre são a Free Software Foundation (FSF) e a Open Source Initiative (OSI).

A filosofia do software livre é permitir a livre partilha de modo a promover a interoperabilidade dos sistemas informáticos e o desenvolvimento do software. Contrapõe-se ao software proprietário ou reservado, cuja utilização é encapsulada em licenças estritas redigidas ao abrigo de direitos de propriedade intelectual (copyright).

As licenças de software livre são licenças (GPL e GFDL) relativas à utilização de programas incluídos na Diretoria de Software Livre (*Free Software Directory*). Entre os principais projetos de software livre / código aberto (*open source*) encontram-se o sistema operativo GNU/Linux, o servidor de rede Apache, o browser Mozilla Firefox, e o OpenOffice.org. Exemplos de empresas que utilizam software livre como base do seu modelo de negócio são a Google (GNU/Linux) e a Yahoo (FreeBSD).

Aliás, tendo em conta a importância do acesso ao código-fonte, a lei de proteção do *software* por direitos de autor consagra a faculdade de descompilação – engenharia regressiva – para fins de interoperabilidade. Além disso, por exigências do direito da concorrência, as autoridades da União Europeia condenaram a Microsoft por abuso de posição dominante e obrigaram-na a fornecer aos seus concorrentes, em condições razoáveis e não discriminatórias, a informação de interoperabilidade do sistema Windows.

Por outro lado, ao nível da regulação do ciberespaço, aponta-se a equivalência funcional do código informático à norma legal, surgindo por conseguinte a abertura do código utilizado na *e-Governance* como exigência de transparência das leis da *res publica*.

Medidas recentes, aprovadas em Portugal, dão sequência a este movimento, desde logo por se entender que o software livre poderá ser uma solução mais económica e flexível para o Estado do que a contratação de software proprietário, um pouco à semelhança do que sucede com a utilização de genéricos no Sistema Nacional de Saúde. Com efeito, em cumprimento do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), foi aprovado o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na Administração Pública (AP).

Este plano prevê, entre outras medidas, a consolidação da plataforma de interoperabilidade da AP (nº 11), a catalogação, partilha e uniformização de *software* do Estado (nº 17) e a adoção de *software* aberto nos sistemas de informação do Estado nos termos da licença europeia para *software* aberto, a EUPL (nº 21).

Ora, como se relacionam estas medidas com o regime de adoção das normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública, em especial com o Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital previsto na lei das normas abertas?

## **1. Lei das Normas Abertas: liberdade tecnológica e interoperabilidade informática no setor público**

A promoção da liberdade tecnológica dos cidadãos e organizações e a promoção da interoperabilidade dos sistemas informáticos do Estado são objetivos da chamada Lei das Normas Abertas, que estabeleceu, de modo algo serôdio, a adoção de normas abertas para a informação em suporte digital na Administração Pública.

O regime das normas abertas aplica-se ao setor público em geral, abrangendo os órgãos de soberania, os serviços da administração pública central, incluindo institutos públicos e serviços desconcentrados do Estado, os serviços da administração pública regional, e o setor empresarial do Estado.

## **2. Noções de norma aberta e de interoperabilidade**

Por ‘norma aberta’ entende-se, nos termos do artigo 3º/1, a norma técnica destinada à publicação, transmissão e armazenamento de informação em suporte digital que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos:

1º - A norma seja adotada em resultado de um *processo* de aberto e disponível à participação de todas as partes interessadas;

2º - O respetivo *documento de especificações* tenha sido publicado e livremente disponibilizado, sendo permitida a sua cópia, distribuição e utilização, sem restrições (a) e não incida sobre ações ou processos não documentados (b);

3º Os direitos de *propriedade intelectual* que lhe sejam aplicáveis, incluindo patentes, tenham sido disponibilizados de forma integral, irrevogável e irreversível ao Estado Português;

4º - Não existam *restrições* à sua implementação.

As normas abertas assim definidas são consideradas uma ferramenta da maior utilidade no sentido da promoção da interoperabilidade, i.e. entende-se que as normas abertas permitem alcançar a capacidade de dois ou mais sistemas, designadamente computadores, meios de comunicação, redes, *software* e outros componentes de tecnologia da informação, de interagir e de trocar dados de acordo com um método definido de forma a obter os resultados esperados (art. 3º/2).



### 3. Obrigação geral de utilização de normas abertas no setor público

A obrigação de utilização de normas abertas significa, por um lado, que é obrigatória a previsão, em todos os processos de implementação, licenciamento ou evolução de sistemas informáticos na Administração, de utilização de normas abertas (art. 4º/1). Por outro lado, a obrigação de utilização de normas abertas significa ainda que é obrigatória a aplicação de normas abertas em todos os documentos de texto em formato digital que sejam objeto de emissão, intercâmbio, arquivo e ou publicação pela Administração Pública (art. 4º/2). Finalmente, a obrigação de utilização de normas abertas é reforçada pela proibição de discriminação de documentos de texto em formato digital emitidos com recurso a normas abertas (art. 4º/3).

### 4. Domínios do Regulamento Nacional de Interoperabilidade Nacional

A Lei das Normas Abertas (Lei 36/2011) remete a definição dos termos da sua utilização para o Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital. Caberá a este Regulamento definir as normas e formatos digitais a adotar pela Administração Pública em diversos domínios referidos no art. 5º/2, tais como: formatos de dados, incluindo códigos de carateres, formatos de som e imagens (fixas e animadas), audiovisuais, dados gráficos e de pré –impressão (a); formatos de documentos (estruturados e não estruturados) e gestão de conteúdos, incluindo gestão documental (b); tecnologias de *interface web*, incluindo acessibilidade, ergonomia, compatibilidade e integração de serviços (c); protocolos de *streaming* ou transmissão de som e imagens animadas em tempo real, incluindo o transporte e distribuição de conteúdos e os serviços ponto a ponto (d); protocolos de correio eletrónico, incluindo acesso a conteúdos e extensões e serviços de mensagem instantânea (e); sistemas de informação geográfica, incluindo cartografia, cadastro digital, topografia e modelação (f); normas e protocolos de comunicação em redes informáticas (g); normas de segurança para redes, serviços, aplicações e documentos (h); normas e protocolos de integração, troca de dados e orquestração de processos de negócio na integração interorganismos (i).

### 5. Entidade competente para a elaboração do RNID: a Agência para a Modernização Administrativa (AMA)

A competência para elaboração do Regulamento foi atribuída à Agência para a Modernização Administrativa (AMA), com o dever de cooperação dos demais organismos da Administração Pública.

A AMA teve 90 dias após entrada em vigor da Lei das Normas Abertas para apresentar o Regulamento, com subsequente discussão pública durante 30 dias. Findo este processo, que terminou na segunda quinzena de outubro do ano passado, aguarda-se a aprovação por resolução do Conselho de Ministros, nos termos do art. 5º/5, que prevê igualmente a sua revisão periódica.

### 6. Exceções à obrigação de utilização de normas abertas

A Lei das Normas Abertas contempla algumas exceções à obrigatoriedade da sua utilização (art. 6º). Algumas entidades, como a Presidência da República, têm apenas que dar conhecimento dessa impossibilidade à Presidência do Conselho de Ministros, ao passo que outras devem solicitar-lhe parecer prévio e vinculativo, fundamentando essa impossibilidade e instruindo o processo com a avaliação da solução defendida.

## 7. Plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública

Ainda o RNID não foi aprovado e já o legislador veio sublinhar a importância das normas abertas na redução de custos com sistemas informáticos. Com efeito, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2012 aprovou, em cumprimento do PAEF, o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as TIC na Administração Pública. De entre outras medidas destacamos as seguintes:

Obrigatoriedade da plataforma de interoperabilidade da AP (11). Esta medida visa consolidar o quadro nacional de interoperabilidade, nos seus diversos níveis (semântico, técnico e legal), tornando obrigatoria a utilização da plataforma de interoperabilidade da AP, tendo em conta o quadro europeu de interoperabilidade - ISA;

Catalogação, partilha e uniformização de *software* do Estado (17). Esta medida visa criar o catálogo de *software* do Estado (CSE) e tornar obrigatório o uso de *software*, ‘desenvolvido para o Estado ou pelo Estado, que é sua propriedade’, como resposta para necessidades transversais;

Adoção de *software* aberto nos sistemas de informação do Estado (21). Esta medida destina-se a ‘promover a utilização de software aberto nos sistemas de informação da AP sempre que a maturidade e o custo sejam favoráveis.’ Para o efeito, o Plano estabelece a obrigação de identificar ‘as ferramentas que devem ser, desde já utilizadas pela AP com caráter de recomendação ou obrigatoriedade’, devendo essa utilização de software aberto realizar-se nos termos da licença europeia, a EUPL. O prazo de obrigatoriedade de análise e comparação de soluções de software foi fixado em 6 meses e o prazo de identificação das áreas e da lista de software aberto de utilização preferencial ou obrigatória na AP foi estabelecido em 12 meses.

## 8. A European Union Public License (EUPL)

A medida 21 prevê a utilização de *software* aberto de acordo com a licença europeia para *software* aberto, a EUPL, aprovada pela Comissão Europeia. A EUPL, acrônimo de European Union Public License, é a licença de software aberto da EU.

No âmbito dos programas IDA e IDABC, foram criadas aplicações de software, sendo a Comunidade Europeia titular dos respetivos direitos de propriedade intelectual e do código-fonte e dos ficheiros executáveis. Estas ferramentas são utilizadas por outras administrações públicas que não as instituições europeias, mediante licença emitida pela Comissão Europeia. A EUPL é a resposta encontrada para o interesse crescente na publicação do código-fonte deste software, já que não limita o acesso e as alterações a esse código e, por isso, permite reforçar a interoperabilidade jurídica, mediante a adoção de um quadro comum para a utilização partilhada de software do setor público.

Em termos gerais, a licença EUPL consiste, fundamentalmente, numa licença mundial, gratuita, não exclusiva e disponível, pelo período de duração dos direitos de autor sobre a obra original, para praticar quaisquer atos reservados por leis de propriedade intelectual. Prevê, entre outras, cláusulas de copyleft e de compatibilidade, a obrigação de comunicação do código-fonte, a exclusão de garantia e de responsabilidade, etc.

## 9. Relação entre a Lei das Normas Abertas e os ‘cortes’ nas TIC do setor público

Se há alguns anos fez furor o lema do choque tecnológico, atualmente a grande preocupação é assegurar a sustentabilidade financeira do arsenal tecnológico instalado em praticamente todos os setores da AP.

Nesta ordem de ideias, poderia pensar-se que a Lei das Normas Abertas teria a chave do problema. Todavia, ao invés de impor a obrigatoriedade de utilização de normas abertas,



o plano global estratégico de racionalização e redução de custos com as tecnologias da informação e comunicação (TIC) na Administração Pública (AP) prevê apenas “a utilização de *software* aberto nos sistemas de informação da AP *sempre que a maturidade e o custo sejam favoráveis*” (italíco nosso). Mais estabelece que “os organismos públicos, antes de adquirirem qualquer solução ou serviços tecnológicos, [devem] proceder sempre à quantificação do Total *cost of ownership*, face aos requisitos mínimos definidos e comunicados ao mercado e custos (diretos e indiretos) da solução” sendo aí “obrigatória a comparação de soluções baseadas em *software* sujeito a licenciamento e de *software* aberto. Adicionalmente, definir-se-á um conjunto de áreas [preferenciais] desde que tal represente a solução economicamente mais vantajosa para o Estado” (italíco nosso). O mesmo vale para as áreas a definir em termos de utilização preferencial de soluções de *software* aberto e/ou livre, tendo em conta “o potencial impacto financeiro, bem como a disseminação e sustentabilidade da solução pelo mercado”. Em especial, são abrangidos neste item *software* de produtividade (processador de texto, folha de cálculo, editor de diapositivos) e de monitorização, clientes e servidores de correio eletrónico, portais e gestão documental.

O PAEF tecnológico evidencia uma nova abordagem ao problema da sustentabilidade financeira dos sistemas informáticos da AP. A utilização de normas abertas parece deixar de ser obrigatória de per se para ficar dependente de um juízo comparativo, em termos de vantagens económicas, com o *software* sujeito a licenciamento – *rectius*, software reservado, uma vez que também o software aberto é sujeito a licenciamento, com destaque para a licença EUPL.

## Conclusão

Ao invés de uma conclusão clara e distinta sobre a relação entre a lei das normas abertas e o novo plano financeiro-tecnológico, terminamos com uma questão: será a Lei das Normas Abertas uma lei órfã senão mesmo *res derelicta*?

Com efeito, parece que, agora, as normas abertas só serão de adotar pelo setor público se forem a solução economicamente mais vantajosa para o Estado, critério que parece prevalecer sobre as exigências de transparência das regras da arquitetura tecnológica da *e-Governance*, atenta a apontada equivalência funcional entre a norma técnica e a norma jurídica. Que valor fica agora reservado à ‘liberdade tecnológica dos cidadãos e dos organismos públicos’, que animou a Lei das Normas Abertas?

Um exemplo do alcance jurídico da Lei das Normas Abertas é o facto de estabelecer a nulidade dos atos de contratação que prevejam a exclusão de normas abertas regulamentares. Com efeito, o art. 9º da Lei 36/2011 estabelece uma norma para a contratação pública, nos termos da qual “É nulo e de nenhum efeito todo e qualquer ato de contratação promovido pela Administração Pública que preveja a exclusão de normas abertas, estabelecidas no Regulamento.”

Ora, pressuposto deste vício da contratação pública é a aprovação do referido Regulamento, pelo que, enquanto este não for aprovado, a referida nulidade não passará de letra-morta. Apetece cantar com o nosso Luís Vaz de Camões,

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,  
Muda-se o ser, muda-se a confiança;  
Todo o mundo é composto de mudança,  
Tomando sempre novas qualidades.”

**Palavras-chave:** *software* livre/aberto, interoperabilidade digital, propriedade intelectual, licenças EUPL, *computer systems*.

*Alexandre Libório Dias Pereira,*  
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



# Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais

**Reflexões Sobre a Viabilidade de Constituição de Garantias Imobiliárias por Meios Electrónicos à Luz da Lei Portuguesa**

## Resumo

O comércio electrónico tem sido utilizado pelo legislador europeu como mecanismo de realização do mercado comum. Todavia, no que concerne à liberdade de circulação de capitais (designadamente na sua dimensão de acesso a garantias imobiliárias), vigoram na maioria dos países europeus regras de notariado latino, que fazem depender a aquisição de direitos reais sobre imóveis de declarações de vontade materializadas em documento público. Importa saber se, à luz da lei portuguesa, o próprio documento público (ou o documento particular autenticado) pode ser emitido em suporte electrónico: a ser assim, abrir-se-á a porta a negócios sobre imóveis celebrados entre ausentes (e desconhecidos), potenciando a criação de um mercado europeu de garantias imobiliárias.

## I. Introdução

O comércio electrónico<sup>1</sup> tem sido encarado pelos legisladores nacionais e (principalmente) pelo poder legiferante comunitário como uma virtuosidade que deve ser incentivada<sup>2</sup>. Percebe-se que assim seja: afinal, a distintiva desnecessidade de comparência física dos contraentes pode ser determinante no estabelecimento de um verdadeiro mercado único, ao permitir que vontades negociais de todo o espaço europeu se encontrem. Ademais, é

<sup>1</sup> Não parece haver uma definição unânime de *comércio electrónico*, sendo apenas certo que, na sua formulação mais ampla, se liga ao estabelecimento de relações jurídicas mediante a utilização de computadores e de redes de telecomunicações (cfr. Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy”, *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9), pelo que é nesta acepção que aqui nos referimos. Sobre as várias definições adoptadas pelas organizações internacionais, vide Martien Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amesterdão, 2004, pp. 4. Entre nós, Miguel Pupo Correia, “Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital”, *Revista de Derecho Informático*, n.º 12 define-o como “a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento da eficiência de relações entre parceiros comerciais ou para desenvolvimento de vendas de bens e serviços”, ao passo que Mário Castro Marques avança um conjunto de definições possíveis, se bem que sempre arreigadas à qualificação dos contratos como comerciais. Cfr. Mário Castro Marques, “O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas”, *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39. Já Alexandre Dias Pereira enumera-o como “a negociação realizada por via electrónica, isto é, através do processamento e transmissão electrónicos de dados”. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade de Informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 14.

<sup>2</sup> Neste sentido, cfr. Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 10. De facto, atente-se na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM(97)157, de 15.04.1997 (“Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico”) onde o Comércio Electrónico é tido como a chave de desenvolvimento e de expansão das empresas europeias e na redução do desemprego: “A sua rápida implementação constitui um desafio urgente para o comércio, a indústria e os governos na Europa. O comércio electrónico torna possível o comércio com baixos custos através de regiões e de fronteiras nacionais”.

o comércio electrónico a chave para a internacionalização, a baixo custo, das pequenas e médias empresas, que podem assim vender os seus produtos em mercados estrangeiros; do mesmo modo, ao permitir oferecer a cada consumidor propostas negociais de um espaço internacional, estimula-se a concorrência, facultando a opção por um leque mais alargado de fornecedores de bens e serviços<sup>3</sup>.

Se tais vantagens são inegáveis, igualmente incontestáveis são os perigos que este modo de contratação implica, seja pela incúria de consumidores menos avisados que possam assumir obrigações que não compreendem cabalmente, seja porque se abrem brechas ao controlo jurisdiccional de uma actividade que, frequentemente, atravessa várias fronteiras, não se submetendo ao domínio judicial de um único Estado. Ademais, o carácter impessoal da maioria dos negócios celebrados vem potenciar a eventualidade de comportamentos ilícitos, uma vez que os outorgantes exprimem as suas declarações de vontade em documentos electrónicos sem conhecer a contraparte ou estar sequer certas da sua existência.

É este binómio antitético (incentivar a contratação electrónica<sup>4</sup> mas prever os seus sujeitos dos riscos a ela inerentes) que vem orientando a produção legislativa neste domínio; na verdade, o legislador vem removendo os obstáculos desnecessários ao estabelecimento de relações jurídicas por via electrónica<sup>5</sup> mas estabelecendo regras que atenuem, tanto quanto possível, os perigos inerentes à assunção de obrigações através de meios informáticos<sup>6</sup>. Um dos vectores da actividade normativa a que nos referimos radica na

<sup>3</sup> Tanto assim é que, noutra organização de integração económica — o Mercosul — se pretendem adoptar passos similares, pelo que se têm realizado reuniões bilaterais entre este e a União Europeia com vista à adopção de mecanismos similares de potenciação da utilização das assinaturas electrónicas. Sobre o tema, vide Cfr. Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries”, *Revista de Derecho Informático*, ISSN 1681-5726, Nº. 116, 2008, pp. 955, disponível em [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) e acedido a 27 de Agosto de 2009.

<sup>4</sup> Utilizamos a expressão “contratação electrónica” no seu sentido técnico, isto é, referindo-nos às declarações negociais produzidas através de meios informáticos. Esta figura é apelidada por Paula Costa e Silva de “contratação automatizada”, que a distingue da “contratação electrónica em sentido estrito”, aquela em que as declarações de vontade são transmitidas por meios telemáticos mas não produzidas dessa forma (pense-se no envio por fax). Sobre a distinção, cfr. Paula Costa e Silva, “A Contratação Automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 290.

No nosso entender, e como a própria Autora reconhece, só a contratação electrónica em sentido técnico (ou, na sua terminologia, a “contratação automatizada”) reclama verdadeiramente uma regulação específica, atendendo aos desvios que avultam da materialização única das declarações de vontade em suporte incorpóreo que não se verificam na transmissão telemática de documentos assentes em papel.

Por outro lado, deve frisar-se que também não aderimos à definição avançada por Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 74. Para o Autor, no contrato electrónico “as manifestações de vontade são expressas sem que as partes estejam defronte uma da outra”. Ora, sendo esta uma das mais importantes vantagens da contratação electrónica, não cremos fazer parte do seu conceito: os outorgantes podem estar simultaneamente presentes e emitir as suas declarações de vontade num documento electrónico, não deixando de se estar, nesse caso, perante um *contrato electrónico*.

<sup>5</sup> Neste sentido, cfr. Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 10.

<sup>6</sup> O legislador comunitário tem assumido um papel preponderante nesta área. Lembre-se a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE) em 30.01.1998; a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, publicada no JOUE de 04.06.1997; a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»), publicada no JOUE de 17.07.2000; a Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial, publicada no JOUE de 27.10.2000.

Da mesma forma, mas no plano internacional extracomunitário, a UNCITRAL tem vindo a desenvolver esforços no sentido do reforço do comércio electrónico. Nessa medida, atente-se nas Leis-Modelo sobre comércio electrónico de 1996 e sobre Assinaturas Electrónicas de 2001, e na Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Electrónicas em Contratos Internacionais de 2007, que ainda não entrou em vigor por não ter obtido o número mínimo de ratificações.

aceitação dos documentos e mensagens electrónicas como forma válida de contratação, embora envolvendo-a em cautelas que permitam afastar os receios que concita<sup>7</sup>.

A aceitação da contratação por meios electrónicos poderia significar um importante avanço na correcção de um dos aspectos da tardia e deficiente realização da liberdade de circulação de capitais — a inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias. De facto, por uma série de razões, é praticamente irrelevante o crédito hipotecário internacional no quadro comunitário, sendo hoje problemático a um proprietário de um imóvel sito em Portugal que uma instituição bancária estrangeira aceite uma hipoteca sobre o seu prédio.

Sendo certo que as razões da deficiente realização do mercado europeu de hipotecas não radicam apenas (nem principalmente) na forma da sua constituição, certo é que a exigência da presença simultânea das partes no momento da sua titulação é mais um óbice que dificulta a sua prestabilidade na garantia de créditos internacionais. Nessa medida, e porque a contratação electrónica é especialmente útil na celebração de contratos entre ausentes e desconhecidos, a viabilidade de constituição electrónica de um direito real de garantia sobre imóveis constituiria a superação de um obstáculo e, assim, um incentivo a que estas relações jurídicas pudessem ser estabelecidas mais amiúde. Aliás, mesmo no quadro da proposta de criação de uma garantia real imobiliária de raiz europeia (a euro-hipoteca), dotada de grande flexibilidade e especialmente vocacionada para caucionar obrigações internacionais, certo é que o seu sucesso estará igualmente dependente da admissibilidade da sua formalização sem a presença física e simultânea do credor e do devedor, desígnio para o qual a utilização de meios electrónicos pode constituir uma mais-valia.

Assim, o nosso estudo destina-se, primordialmente, a solucionar o problema de saber se é hoje viável, à luz da lei portuguesa, constituir através de meios electrónicos uma hipoteca sobre coisa síta em Portugal. Para este efeito, exploraremos o regime jurídico da assinatura electrónica e ajuizaremos da sua compatibilidade com os instrumentos jurídicos comunitários sobre a matéria.

De seguida, e de acordo com o valor que o legislador português houver atribuído aos documentos electrónicos a que for apostar uma assinatura electrónica, procuramos indagar a viabilidade de cumprimento das formalidades impostas à constituição de garantias reais sobre imóveis através de documentos informáticos incorpóreos, designadamente quanto à exequibilidade de um documento particular autenticado revestir natureza electrónica.

## II. Documentos Electrónicos – dificuldades inerentes a uma nova realidade.

No comércio electrónico, prescinde-se inevitavelmente da proximidade e imediação que caracteriza outras formas de celebração de negócios jurídicos. Na verdade, se as formalidades presenciais de contratação implicam a interposição de um conjunto de elementos pessoais das partes, a conclusão negocial sem a comparência simultânea dos outorgantes está construída em torno de um suporte de papel, garantindo-se tradicionalmente a identidade dos intervenientes e a regularidade do seu consentimento através de mecanismos que pressupõem a materialização física do negócio<sup>8</sup>. Ora, sabendo-se que a “eficácia jurídica

<sup>7</sup> Note-se porém que, como bem lembra Marcelo Corrales, não é o comércio electrónico o único beneficiado do recurso a documentos electrónicos: “public states agencies which are at the moment overloaded with great amounts of documents in paper support that occupy a significant and expensive space of files in their offices making difficult to find them when it is necessary and making the access very slow and tedious”. Cfr. Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 8. Para uma mais detalhada análise das vantagens decorrentes da utilização, pela Administração Pública, de documentos electrónicos, vide Pedro Gonçalves, “O Acto Administrativo Electrónico”, *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho de 1997, n.º 265/267, pp. 49 a 51.

<sup>8</sup> Nas impressionáveis palavras de Miguel Pupo Correia, “A cultura jurídico-económica tradicional estava — e ainda está, em larga medida... — baseada no uso de documentos escritos em papel, pelo que todo esse alicerce conceitual ficou posto em questão quando se deparou a possibilidade de eles passarem a ser remetidos por via electrónica”. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação Digital”, 2003, pp. 1, disponível no portal electrónico da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (<http://www.apdi.pt>), acedido em 17.07.2009.

Assim, deve concordar-se com Oliveira Ascensão quando considera que a forma (e a assinatura) é o mais considerável problema que se coloca na celebração de negócios jurídicos por via electrónica. Cfr. José de Oliveira Ascensão, “Contratação Electrónica”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 52.

*dos documentos depende da confiança que possam merecer como reproduções fidedignas de factos ou objectos, em especial de manifestações de vontade contratual de determinadas pessoas<sup>9</sup>, se os negócios jurídicos deixarem de estar fisicamente materializados, assentando num documento electrónico<sup>10</sup>, vão colocar-se os mesmos problemas que a ordem jurídica já havia solucionado em redor da materialização em papel.*

Assim, a primeira questão que se coloca no âmbito da contratação electrónica é a da certeza quanto à identidade das partes — a autenticidade enquanto correspondência entre o autor aparente e real da declaração electrónica. Na verdade (sobretudo se pensarmos na utilização de documentos electrónicos na celebração de negócios jurídicos através da internet, mas também nos casos de transmissão de declarações negociais através de meios telemáticos<sup>11</sup>), esta é, as mais das vezes, francamente impessoal, mormente quando se prescinde da transmissão de voz ou imagem. Nessa medida, será mais fácil a alguém passar-se por outra pessoa.

O segundo problema que o comércio electrónico coloca é o da integridade do conteúdo do documento a que o sujeito se vinculou. Com efeito, diferentemente do que sucede com as formalidades assentes em papel, se a informação constante de um documento electrónico for adulterada, a corrupção do seu conteúdo pode ser indetectável ou, pelo menos, de revelação difícil e falível<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas”, *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009. No mesmo sentido, cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 18, que defende que “a promoção do comércio electrónico depende da confiança que as empresas e os consumidores nele depositem”.

<sup>10</sup> Documento electrónico é legalmente definido como “o documento elaborado mediante processamento electrónico de dados” (cfr. alínea a) do n.º 2 do art. 2.º do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital, constante do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril) o que, aliado à definição de “documento” constante do art. 362.º do Código Civil, implica a conclusão que um documento electrónico é qualquer objecto elaborado mediante processamento electrónico de dados com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto.

A definição (uma originalidade do legislador nacional que não era imposta pela Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas) deve considerar-se tecnologicamente neutra, já que abrange todo e qualquer documento que haja sido criado por computador.

Ainda assim, a Doutrina propõe algumas classificações de documentos electrónicos. Diferencia, por um lado, quanto ao modo de introdução na memória do computador, entre o *documento electrónico originário* — aquele que foi mecanicamente construído no computador mediante a reprodução ou representação de um facto externo — e o *documento electrónico derivado* — aquele que foi introduzido na memória do computador através de aparelhos de digitalização; por outro lado, quanto à forma de armazenamento, distingue entre *documentos electrónicos em sentido estrito* — aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos — e *documentos electrónicos em sentido amplo* ou *documentos informáticos* — aqueles que, gerados por um computador, são materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados sem apoio de meios informáticos (por exemplo, os documentos emitidos por uma impressora). Sobre a distinção, cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas”, *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009 e Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004, pp. 627.

A pertinência prática das classificações é óbvia: se qualquer destes conjuntos de documentos é subsumível na definição legal de *documento electrónico*, certo é que nem todos importam os problemas a que nos referimos e reclamam uma regulação jurídica própria. Na verdade, os *documentos electrónicos derivados* são meras reproduções electrónicas de documentos tradicionais, pelo que se regerão primordialmente pelas normas aplicáveis a qualquer documento em suporte papel. Igualmente, os *documentos electrónicos em sentido amplo*, isto é, os que são gerados por um computador mas que não carecem de mecanismos informáticos para que sejam descodificados, estão materializados em suportes clássicos, pelo que se devem considerar abrangidos pelas disposições relativas a qualquer documento materializado em papel.

<sup>11</sup> No ensinamento de Miguel Pupo Correia, o neologismo *telemática* pretende “significar a associação de tecnologias de telecomunicações e informática”. Miguel Pupo Correia, “Sociedade de Informação...”, nota n.º 2.

<sup>12</sup> Sobre estes problemas, vide Paula Costa e Silva, “A contratação automatizada...”, pp. 291. Note-se, todavia, que existem vários mecanismos de garantia da integridade digital (como os mecanismos de *hashing* [D5, SHA1]) mas cuja aplicabilidade se limita a identificar que uma determinada versão de um documento digital não foi adulterada, não fazendo a ligação com as entidades a que ele se vincularam. Neste cenário, e como veremos melhor *infra*, apenas os mecanismos baseados em assinatura digital (ou em tecnologia equivalente) garantem simultaneamente a integridade da informação e a autenticidade do vínculo de uma entidade ao seu conteúdo.



Há ainda um terceiro obstáculo que se coloca nos documentos electrónicos, por comparação com o suporte de papel: trata-se do controlo da sua *confidencialidade*, no sentido de prevenir o acesso de pessoas não autorizadas ao seu conteúdo. De facto, inexistindo fisicamente um documento, é desde logo mais difícil tornar o seu conteúdo reservado a um círculo estrito de pessoas autorizadas, porquanto à sua natureza incorpórea corresponderão necessariamente diferentes formas de armazenamento seguro<sup>13</sup>.

Para além destes três problemas, directamente suscitados pela natureza desmaterializada de um documento electrónico, há ainda duas questões jurídicas surgidas da sua utilização. Referimo-nos, em primeiro lugar, à sua classificação formal, isto é, aos problemas de saber se um documento electrónico cumpre, nos negócios jurídicos para que a lei o exija, a forma de *documento escrito* ou se esta formalidade carece sempre do suporte papel (i), se um documento electrónico pode ser *autenticado* (ii) e se podem ser exarados *documentos electrónicos autênticos* (iii). Em segundo lugar, importa indagar sobre o seu valor probatório, já que o regime estatuído no Código Civil se encontra pensado exclusivamente para os documentos materializados em papel.

Estas dificuldades encontram solução legal, muito por responsabilidade do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD<sup>14</sup>), constante do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que, depois de quatro alterações<sup>15</sup>, transpõe a Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999<sup>16</sup>.

Deve sublinhar-se que o legislador nacional foi pioneiro na regulação desta matéria, tendo precedido inclusivamente a intervenção comunitária<sup>17</sup> (embora contivesse, já na sua versão originária, muitas das soluções que viriam a constar do diploma europeu, uma vez que teve em conta os trabalhos preparatórios do normativo comunitário). A conformidade não era todavia cabal; se o texto europeu se fundava no intuito de criação do mercado comum (preocupado designadamente com a eliminação de obstáculos à celebração de contratos internacionais por via electrónica e com o estabelecimento de um mercado europeu para a actividade de certificação de assinaturas)<sup>18</sup>, o legislador português criava em 1999 um verdadeiro *regime geral dos documentos electrónicos*, de índole jusprivatística, destinado a nortear as relações privadas assentes em documentos incorpóreos<sup>19</sup>. Nessa

<sup>13</sup> Ademais, alerta Paula Costa e Silva, “A contratação automatizada...”, pp. 292, que se coloca ainda o problema da violação parcial do conteúdo, que não é frequente nos suportes clássicos: “porque a mensagem não vai toda ela «enfiada» num envelope, pode suceder que parte chegue ao destinatário, ficando a outra pelo caminho”.

<sup>14</sup> Note-se que, como veremos melhor *infra*, está já hoje ultrapassada esta designação do diploma, já que, desde 2003, o regime jurídico nacional pretendeu neutralizar a opção tecnológica que remontava a 1999 (em torno da *assinatura digital*), prescrevendo hoje consequências jurídicas pela utilização de outras técnicas de subscrição electrónica de um documento informático. Todavia, porque o enunciado (e a respectiva sigla) se celebrizou, optamos por continuar a nomear o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, com as suas alterações, pela mesma expressão.

<sup>15</sup> A actual redacção do diploma encontra-se em anexo ao Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril, que procede à sua quarta alteração e republica uma versão consolidada.

Atenda-se também ao Decreto Regulamentar n.º 25/2004, de 15 de Julho, que vem dar execução à vertente técnica do RJDEAD, já que as suas disposições de carácter jurídico dispensam qualquer execução. Neste sentido, cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...”.

<sup>16</sup> Para uma análise minuciosa do RJDEAD, *vide* Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004, pp. 191ss.

<sup>17</sup> Na verdade, e olhando à Europa comunitária, Portugal foi o terceiro país a regular juridicamente a utilização de documentos electrónicos e de assinaturas electrónicas, logo depois da Alemanha e da Itália, que o fizeram em 1997.

<sup>18</sup> Neste sentido, Manlio Cammarata e Enrico Maccarone, “I problemi del recepimento della direttiva 1999/93/CE”, in <http://www.interlex.it/docdigit/recep1.htm12>, acedido em 20.07.2009: “gli obiettivi dell'iniziativa di Bruxelles sono in primo luogo gli scambi commerciali all'interno dello Spazio economico europeo e la prestazione transfrontaliera di servizi di certificazione”.

<sup>19</sup> Nas impressivas palavras de Miguel Pupo Correia, o RJDEAD quis construir “um ordenamento geral da «relação jurídica por meios electrónicos», capaz de suportar as implicações desta realidade em todos os ramos do direito; e, bem entendido, desde logo as relações de carácter civil e comercial, tendo designadamente em vista o favorecimento da expansão do comércio electrónico, portador de enormes potencialidades de desenvolvimento económico”. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 4.

medida, em 2003 veio a lei introduzir algumas alterações ao normativo de 1999, com vista a transpor perfeitamente a Directiva comunitária<sup>20</sup>.

Retornando ao problema, a solução legalmente avançada para boa parte das questões contestadas radica na *assinatura electrónica*. Isto é, tal como sucede nos documentos em suporte de papel, em que é a subscrição que identifica o seu autor e afiança a integridade do conteúdo, foi similar o *iter* escolhido pelo legislador nos documentos electrónicos quanto à persecução do mesmo desígnio, assentando primordialmente na aposição de uma *assinatura electrónica*.

Entendamo-nos: a lei equipara o documento electrónico a documento escrito, quando contenha uma declaração escrita<sup>21</sup>. Nessa medida, o problema da classificação formal está claramente解决ado, sendo suficiente em todos os negócios para que a lei imponha forma escrita. As demais questões colocadas (sejam as dificuldades materiais inerentes à forma incorpórea e impessoal dos documentos, seja o problema jurídico da força probatória do documento) encontram uma solução que depende da aposição e da modalidade de uma *assinatura electrónica*, que assume aqui uma importância preponderante.

Por um lado, veremos *infra* que é a *assinatura electrónica* (ou uma das suas modalidades) que consegue, de forma cabal, garantir de uma só vez a identidade do outorgante, a inviolabilidade do documento e a confidencialidade do conteúdo.

Por outro, é consabido que, nos termos da lei civil, a assinatura produz efeitos essenciais no que respeita ao valor probatório dos documentos. Com efeito, dividindo-se estes em documentos autênticos e particulares, certo é que o título de *documento autêntico* — e a força probatória plena que se lhe associa — depende de assinatura (cfr. art. 370.º do Código Civil) e que um documento particular só pode almejar a categoria de *documento autenticado* se for assinado (cfr. art. 375.º do Código Civil). Ora, também no quadro dos documentos electrónicos, a *assinatura electrónica* produz efeitos no respectivo valor probatório.

### III. O regime jurídico da Assinatura Electrónica

Antes de adentrarmos no regime jurídico da assinatura electrónica, não podemos deixar de notar que a figura da “*assinatura*”, a que se atribui uma preponderante importância — pois só documentos assinados poderão revestir força probatória plena — é uma realidade que não é legalmente definida nem tão-pouco produz, em si mesma, qualquer efeito. Na verdade, o legislador civil limitou-se a prescrever um *dever de assinatura* dos documentos e a disciplinar a *assinatura a rogo*, não determinando qualquer modalidade de subscrição nem lhe estabelecendo nenhum efeito automático<sup>22</sup>, embora a sua aposição constitua um dos requisitos

<sup>20</sup> Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril. Note-se que a qualidade da intervenção do legislador de 2003 deixou bastante a desejar, pois optou por uma colagem ao normativo comunitário que, não apenas não era exigida pelo direito europeu (cfr. art. 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que deixa às autoridades nacionais liberdade quanto à forma e meios tendentes aos objectivos fixados pelas directivas) como estabeleceu uma indesejável complexidade, muito por culpa da multiplicação de conceitos esvaziados de efeitos. Voltaremos a pronunciar-nos sobre este problema *infra*.

Para mais críticas relativas à técnica de transposição plasmada no Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril, vide Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 4 e o aí citado estudo de Miguel Almeida Andrade, “As insondáveis razões de uma mudança desnecessária. O Decreto-Lei n.º 62/2003 e a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva 1999/93/CE, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas”.

<sup>21</sup> Dispõe assim o n.º 1 do artigo 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril): “O documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita”.

<sup>22</sup> Sublinhe-se, porém, que apesar de os efeitos da assinatura não decorrerem de qualquer disposição legal, a própria noção gramatical de assinatura parece implicar desde logo consequências de relevo. Efectivamente, escreve Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 11, que os dicionários de língua inglesa, ao defini-la, esclarecem: “A person signs a document when he writes or marks something on it in token of this intention to be bound by its contents”. Igual opinião tem Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas”, *Scientia Iuridica*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347, que fala no conceito de assinatura como “método

para a atribuição ao documento de uma força probatória qualificada. Ora, como veremos, ao equiparar *certa modalidade de assinatura electrónica* a uma assinatura autógrafa, é curioso ser o regime jurídico da assinatura electrónica, ao determinar a produção de certos efeitos jurídicos pela sua aposição, a estendê-los à clássica assinatura em documentos em papel.

A lei define a assinatura electrónica como “*o resultado de um processamento electrónico de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico*”<sup>23</sup>. Esta definição parece afastar-se ligeiramente da noção fornecida pelo legislador comunitário, já que este entende-a como os “*dados sob forma electrónica ligados ou logicamente associados a outros dados electrónicos, e que sejam utilizados como método de autenticação*”<sup>24</sup>.

Sendo certo que ambas as enunciações portam uma considerável abrangência, deve aplaudir-se a opção do legislador nacional, porquanto afasta todos os modos de autenticação que não devam considerar-se pessoais e exclusivos. Assim, não será uma *assinatura electrónica* a aposição a um documento, por via informática, do nome do pretendido autor, porquanto essa introdução não é susceptível de constituir objecto de um direito individual e exclusivo<sup>25</sup>; pelo contrário, já será *assinatura electrónica* o resultado de um conjunto alargado de processos: a autenticação por código PIN, a digitalização de uma assinatura autógrafa, a autenticação do autor por dados biométricos ou uma assinatura digital ou criptográfica<sup>26</sup>.

Nessa medida, a *assinatura electrónica* comprehende várias modalidades, com níveis de segurança que podem ser muito disímpares, pelo que a lei faz depender os seus efeitos do tipo de *assinatura electrónica* que tiver sido apostada ao documento electrónico.

O regime jurídico da assinatura electrónica do direito pâtrio desenha-se em torno da *assinatura digital*, aquela por que o sistema declara expressamente a sua preferência e de que faz uma exaustiva descrição tecnológica<sup>27</sup>. De facto, sendo certo que a lei hoje vigente não exclui outras técnicas, estabelecendo várias categorias de assinatura electrónica, será difícil obter efeitos probatórios de um documento electrónico que haja utilizado qualquer tecnologia distinta da *assinatura digital*<sup>28</sup>.

Entendamo-nos: o legislador, a par da supra mencionada noção de *assinatura electrónica*, enuncia uma sua categoria dotada de uma superior exigência — a *assinatura electrónica avançada*. Esta figura consubstancializa-se em qualquer assinatura electrónica, independentemente da tecnologia<sup>29</sup>, que cumpra quatro requisitos: a identificação unívoca do titular da assinatura como autor do documento (i), a dependência da aposição apenas da vontade do titular (ii); o controlo exclusivo do titular sobre a criação da assinatura (iii) e a possibilidade de detecção de alterações supervenientes do conteúdo do documento após a aposição da assinatura (iv)<sup>30</sup>.

de identificação de uma pessoa e de indicação de aprovação de um determinado conteúdo” e Laurence Birnbaum-Sarcy e Florence Darques, « La signature électronique — Comparaison entre les législations française et américaine », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543, acedido via internet em [http://www.signelec.com/content/download/articles/la\\_signature\\_electronique\\_comparaison\\_fr\\_us\\_vf.pdf](http://www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf) e consultado em 02.09.2009.

Nessa medida, parece que a assinatura implicará sempre a associação do seu autor ao conteúdo do documento a que é apostada a assinatura.

<sup>23</sup> Cfr. alínea b) do artigo 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

<sup>24</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999.

<sup>25</sup> Na verdade, se nos ativássemos apenas à definição do legislador comunitário, esta forma de autenticação constituiria uma *assinatura electrónica*. Num raciocínio similar, cfr. Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 12.

<sup>26</sup> Sobre esta figura nos pronunciaremos melhor *infra*.

<sup>27</sup> Por uma questão de rigor na sistematização, explicaremos *infra* o funcionamento desta categoria de assinatura electrónica.

<sup>28</sup> Assim, e como veremos melhor *infra*, tem razão Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”, pp. 12, aplicando a sua afirmação ao ordenamento jurídico português, quando diz que “*in a legal aspect only the e-signatures with the proper technology are legally binding, ensuring the aforementioned security criteria. This sort of e-signatures are the so called (in the majority of the countries) «digital signatures»*”.

<sup>29</sup> Desde que seja o *resultado de um processamento de dados susceptível de constituir objecto de direito individual e exclusivo e de ser utilizado para dar a conhecer a autoria de um documento electrónico*.

<sup>30</sup> Cfr. alínea c) do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

Em face desta noção, tecnologicamente neutra, esperaríamos encontrar efeitos jurídicos resultantes da aposição de uma qualquer assinatura electrónica avançada a um documento electrónico. Todavia, não é isso que acontece; na verdade, não será *qualquer* assinatura electrónica avançada a implicar consequências jurídicas, dependendo estas de *certa categoria* de assinatura electrónica avançada. Assim, o legislador descreve depois a *assinatura digital*, aquela que recolhe assumidamente a sua preferência; sem grandes preocupações de rigor, trata-se de um mecanismo criptográfico<sup>31</sup> que assenta na geração de um par de chaves assimétricas<sup>32</sup> (i. e., diferentes e complementares) — uma *chave privada* e uma *chave pública*. A chave privada é do conhecimento estrito do titular e permite-lhe declarar a autoria de certo documento electrónico, pois só ela possibilita a aposição da assinatura<sup>33</sup>; a chave pública possibilita ao(s) destinatário(s) do documento electrónico verificar se a assinatura foi criada pela utilização da correspondente chave privada (comprovando assim a efectiva autoria do documento electrónico) e se o conteúdo do documento foi alterado depois de apostar a assinatura<sup>34</sup>, já que ao mecanismo criptográfico acresce uma função de *hash*, que permite detectar modificações depois de aquela lhe ser apostada, garantindo a sua integridade<sup>35</sup>. A criação do par de chaves e a sua atribuição a dado sujeito fica

<sup>31</sup> Isto é, que subordina o acesso ao conteúdo de um documento electrónico à utilização de uma chave. Os mecanismos criptográficos surgiram como forma de garantir a confidencialidade de documentos electrónicos e não como mecanismo de geração de assinaturas electrónicas.

A forma tradicional de criptografia é aquela que se baseia em chaves *simétricas* (é o chamado método da *chave secreta*): o autor do documento codifica-o através de uma chave que o torna ilegível, salvo para quem a conhecer. Desde logo se conhecem as suas desvantagens, nomeadamente no que tange a dar a conhecer as chaves secretas quando se pretenda que o documento seja acessível por um largo número de utilizadores.

A *criptografia assimétrica* funciona de forma diferente, pois pressupõe a existência de duas chaves diferentes e complementares: uma chave pública, que pode ser divulgada a todos os sujeitos; uma chave privada, apenas do conhecimento do seu titular. Ora, a natureza complementar das chaves implica que os documentos que sejam cifrados com a chave pública apenas possam ser conhecidos pelo detentor da chave privada correspondente; da mesma forma, um documento codificado por chave privada apenas pode ser acedido com a introdução da correspondente chave pública. Assim, e no que tange à aplicação deste mecanismo na criptografia, quando se pretenda quer enviar um documento para ser conhecido apenas por A, basta codificá-lo através da aposição da chave pública de A (que todos podem conhecer), sendo que apenas A (o único que conhece a sua chave privada) conseguirá decifrá-lo.

A criptografia assimétrica foi descoberta em 1976, mas apenas na década de 90 do século XX foi popularizada. Cfr. Augusto Tavares Rosa Marcacini, “O Documento Eletrônico como meio de prova”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3 e 4 e Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 56.

<sup>32</sup> Sublinhe-se que Marcelo Corrales, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur...”; pp. 13, abrange na sua definição de “*assinatura digital*” os mecanismos criptográficos baseados em chave simétrica o que, de acordo com a lei vigente em Portugal e na Comunidade, deve considerar-se uma inexactidão. De facto, como veremos melhor *infra*, a *assinatura digital* é um mecanismo tecnológico que se define pela utilização de um binómio chave pública / chave privada.

<sup>33</sup> Constituindo assim, na terminologia legal, os *dados de criação da assinatura*, já que só ela permite a aposição de uma assinatura em certo documento electrónico.

<sup>34</sup> Consubstanciando deste modo os *dados de verificação de assinatura*. Cfr. alíneas d) a l) do art. 2.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

Como se percebe, a assinatura digital baseia-se no mecanismo criptográfico que descrevemos na nota n.º 31, embora utilizando-se aqui a tecnologia de forma invertida, atendendo ao diferente intuito. Assim, é utilizando a sua *chave privada* que o titular da assinatura subscreve o documento, sendo que qualquer pessoa, através da chave pública, pode confirmar a autoria do documento.

<sup>35</sup> “A função de «hash» faz corresponder de forma unívoca a uma mensagem uma determinada sequência binária (cadeia de «bits») chamada «digest», de tal forma que a probabilidade de que duas mensagens diferentes dêem origem ao mesmo «digest», seja em termos práticos de zero”. Manuel Lopes Rocha, Miguel Pupo Correia et al., *As Leis do Comércio Electrónico*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos, 2000, pp. 15. No fundo, e no ensinamento de Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 263, obtém-se um “conglomerado ou resumo da mensagem de dados («message digest», uma sequência de dados com determinada extensão), que constitui como que uma «impressão digital electrónica» da sequência de dados mais extensa”.

Note-se que, neste particular, a lei não descreve tecnicamente o mecanismo de garantia da integridade do documento, limitando-se a exigir que, mediante utilização chave pública, possa detectar-se a alteração do conteúdo depois de apostar a assinatura. Cfr. parte final da alínea b) do art. 2.º do RJDEAD.

a cargo de uma *entidade certificadora*, pessoa singular ou colectiva (que, facultativamente, pode submeter-se a credenciação<sup>36</sup>), sendo a respectiva autenticidade confirmada por um *certificado digital* — documento electrónico emitido pela entidade certificadora, atestando a qualidade da assinatura digital, a ligação entre a chave pública e a chave privada, e a conexão ao respectivo titular, o qual é acessível a qualquer interessado em ambiente informático<sup>37</sup>.

A noção legal de *assinatura digital* é deveras desconcertante. De facto, ao invés de prescrever os requisitos que reputaria necessários a uma *assinatura electrónica* dotada de efeitos jurídicos qualificados, o legislador explanou um dos métodos tecnológicos de obter uma assinatura electrónica avançada, modo de agir que, como facilmente se percebe, comporta (entre outros) um risco de desactualização tecnológica. O perigo de superação técnica da *assinatura digital* não é meramente teórico, até porque é desde logo conhecida uma sua deficiência que, conquanto ténue, a aparta das clássicas congéneres autógrafas; na verdade recorde-se aquela “*comprovando embora a utilização de uma chave criptográfica, atribuída a uma determinada pessoa, não pode, no entanto, assegurar que a chave tenha sido efectivamente aplicada pelo seu titular*”<sup>38</sup>. Simplesmente, a cessão da chave privada (que é do estrito conhecimento do titular da assinatura) apenas pode ocorrer por sua vontade, pelo que não se tem colocado em cheque a utilização e validade desta modalidade de *assinatura electrónica*.

Todavia, deve salientar-se que o problema da opção tecnológica está hoje minorado; na verdade, sendo o RJDEAD anterior à aprovação da Directiva relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas<sup>39</sup>, a transposição do normativo comunitário veio obrigar a concessão de efeitos jurídicos a assinaturas electrónicas que pudessem oferecer semelhante nível de segurança mas que revestissem soluções informáticas distintas, conferindo neutralidade tecnológica ao normativo nacional<sup>40</sup>. Assim, foi introduzida a noção de *assinatura electrónica qualificada*, que consiste numa assinatura digital ou noutra assinatura electrónica avançada que ofereça as mesmas garantias de certificação<sup>41</sup>.

Não sendo conhecida qualquer outra assinatura electrónica que cumpra o mesmo patamar de segurança facultado pela assinatura digital<sup>42</sup>, a neutralização tecnológica do diploma

<sup>36</sup> Cfr. art. 9.<sup>º</sup> e 10.<sup>º</sup> RJDEAD, que consagram o princípio da credenciação facultativa enquanto dimensão da liberdade de acesso à actividade de certificação.

<sup>37</sup> Cfr. arts. 28.<sup>º</sup> a 32.<sup>º</sup> do RJDEAD.

<sup>38</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 350. De facto, lembra o Autor que “embora a assinatura digital resulte da atribuição de um longo código numérico a uma pessoa, na verdade o seu conceito é claramente distinto do de assinatura, enquanto resultante de um procedimento próprio ao (e único do) assinante”. Isto é, não sendo possível deduzir ou adivinhar a chave privada de um estranho, nada obsta a que o seu titular a transmita a um terceiro para que este aponha a dado documento, dada a natureza impessoal de um código numérico. Nessa medida, não pode garantir-se que o sujeito que a utilizou seja efectivamente o seu titular. Igual reparo faz Ana Costa Almeida, *Direito e Internet*, Minerva, Coimbra, 2002, pp. 65: “a assinatura digital, apesar de indiscutivelmente exclusiva e individual, ainda assim não terá o mesmo grau de certeza e segurança que a assinatura autógrafa, pelo facto de haver sempre um risco, ainda que diminuto, de apropriação indevida da chave privada”.

<sup>39</sup> Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>40</sup> Cfr. o Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>41</sup> Cfr. alínea g) do art. 2.<sup>º</sup> do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril).

<sup>42</sup> Neste sentido, cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e certificação...”, pp. 1755; Jorge Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 263; Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico...*, pp. 75. Em sentido contrário, porém, vide Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 352ss, que defende enquadrar-se a *assinatura dinâmica* ou *assinatura biométrica*, que combina a captação do processo de assinatura manual (geometria das letras, forma da escrita, velocidade de escrita, ordem dos traços, etc.) com a criptografia e com a acção de mecanismos de hash destinados a garantir a integridade da mensagem. Não conhecemos, porém, quaisquer outras opiniões técnicas que concluam pela equiparação, ao nível da segurança, entre a Assinatura Digital e a Assinatura Dinâmica; de facto, enquanto que na *assinatura digital* a chave privada constitui um longo código numérico complexo (tornando impossível a qualquer pessoa deduzi-lo ou adivinhá-lo), a *assinatura dinâmica* aponta como “chave privada” o processo dinâmico de produção da assinatura autógrafa, comportamento que, ainda que de forma difícil, pode ser copiado e reproduzido por terceiro sem o conhecimento ou consentimento do titular. Ora, este perigo parece ser mais grave do que a deficiência da assinatura digital a que nos referimos na nota n.º 38.

nacional traz duas importantes virtualidades, devendo aplaudir-se<sup>43</sup>. Por um lado, avulta a já referida precaução de desenvolvimento de novos mecanismos técnicos mais perfeitos<sup>44</sup>; por outro, deve atender-se a que, com a criação da categoria da *assinatura electrónica qualificada* se retiram obstáculos a um reconhecimento de assinaturas electrónicas qualificadas que cumpram a legislação de Estados terceiros que, porventura, optem por assinaturas tecnologicamente distintas mas igualmente seguras<sup>45</sup>.

Definidas as várias modalidades de assinaturas electrónicas, a lei nacional determina os efeitos jurídicos da sua aposição a um documento electrónico. Note-se que as consequências resultantes da aposição de uma assinatura electrónica constituem uma opção soberana do legislador nacional, já que o normativo comunitário apenas obriga ao estabelecimento de uma equiparação entre a *assinatura electrónica qualificada* e a assinatura autógrafa (i) e à viabilidade utilização processual de documentos a que aquela seja apostila (ii)<sup>46</sup>. Ora, o direito pático foi bem mais longe, gerando dois resultados a partir da aposição de assinaturas electrónicas.

Por um lado, determina o art. 7º do RJDEAD que a *assinatura electrónica qualificada* é legalmente equivalente à assinatura autógrafa apostila em documento em suporte de papel<sup>47</sup>. Simplesmente, e como sublinhámos supra, uma vez que a lei civil não faz nascer qualquer efeito da aposição de uma assinatura autógrafa a um documento, é o Decreto-Lei n.º 290-D/1999, de 2 de Agosto, que acaba por prescrever as consequências de ambas, gerando três presunções: que a pessoa que apôs a assinatura electrónica qualificada é o titular desta (ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa colectiva titular da assinatura electrónica qualificada) (i)<sup>48</sup>, que a assinatura electrónica qualificada foi apostila com a intenção

<sup>43</sup> Em sentido contrário, vide Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 20. O Autor manifesta-se contrário à neutralização tecnológica do diploma como o fundamento de que as diversas tecnologias não são plenamente equivalentes e lembra que o regime pós-comunitário, apregoando a neutralidade, tem subjacente um quadro técnico que é o da *assinatura digital*. Note-se, aliás, que mesmo as regras comunitárias não se afastam cabalmente da *assinatura digital*, já que, por exemplo ao definir os “dados de criação de assinatura”, exemplifica com “códigos ou chaves criptográficas privadas” (Cfr. n.º 4 do art. 2º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 1999). Neste sentido, vide Pedro Alberto de Miguel Asensio, “Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 116. Sendo certo que não podem ser afastados estes argumentos, cremos ainda assim que a regulação comunitária através de uma neutralização (ainda que hodiernamente teórica) da assinatura electrónica é mais correcta. É que, segundo julgamos, não cabe ao direito escolher o *modelo* do produto que vai assegurar a autenticidade e integridade do documento electrónico mas apenas definir os requisitos de que faz depender a concessão de efeitos jurídicos a esse produto. Nessa medida, ainda que o quadro técnico que subjaz à enunciação do sistema seja o da *assinatura digital*, parece mais curial que o direito regule de forma abstracta, em detrimento de operar uma opção tecnológica porventura ultrapassável num futuro próximo.

<sup>44</sup> Neste sentido, cfr. Seabro Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, 2005, pp. 28.

<sup>45</sup> Trata-se de uma hipótese académica (pois continuamos a julgar não existirem outras assinaturas electrónicas que ofereçam as mesmas potencialidades que o binómio *chave pública/chave privada*), mas que não deve descurar-se, já que a evolução técnica é por natureza mais célere que a previsão normativa. Ademais, não se olvide que, por um lado está identificada uma deficiência da *assinatura digital* que tenderá a ser superada, e por outro, há já quem defende a utilização de nova modalidade de assinatura electrónica (*a assinatura dinâmica*), alegadamente dotada de próximo nível de segurança. Cfr. a nota n.º 42.

<sup>46</sup> Cfr. n.º 1 do art. 5º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro. É também o caminho que segue a Lei Modelo da UNCITRAL de 1996 (art. 7º) e de 2001 (art. 3º). Note-se, porém, que a Lei Modelo de 2001 define a fiabilidade de uma assinatura electrónica através da seu cumprimento dos requisitos que o legislador comunitário impõe à *assinatura electrónica avançada*.

<sup>47</sup> Por outro lado, e no que concerne mais propriamente às pessoas colectivas, atente-se que a aposição desta assinatura substitui, para todos os efeitos legais, a aposição de selos, carimbos, marcas ou outros sinais identificadores do seu titular.

<sup>48</sup> Muito crítica desta presunção é Paula Costa e Silva, que a considera incompatível com o requisito prescrito na alínea c) do art. 2º RJDEAD nos termos do qual a assinatura electrónica avançada “identifica de forma unívoca o titular como autor do documento”. Assim, defende a Autora dever entender-se que a aposição da assinatura apenas presume a autoria do documento e não identifica o seu autor, hierarquizando o art. 7º em face do art. 2º. Cfr. Paula Costa e Silva, “Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 227.

Não partilhamos, de modo algum, desta visão. Na verdade, a norma do art. 2º versa sobre a *definição da assinatura electrónica avançada*: é esta que identifica de forma unívoca o seu titular. Outra coisa, (o objecto do art. 7º) são os efeitos



de assinar o documento electrónico (ii) e que o documento electrónico não sofreu alteração desde que lhe foi apostada a assinatura electrónica qualificada (iii)<sup>49</sup>.

Por outro lado, prescreve-se que a agregação de uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada* confere ao documento electrónico a força jurídica de um documento particular dotado de assinatura reconhecida por entidade com funções notariais, fazendo prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor<sup>50</sup>. Ou seja, de um modo simplista, a aposição da assinatura electrónica qualificada certificada presume a autoria do documento, passando este a fazer prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor se a assinatura houver sido certificada por entidade certificadora credenciada<sup>51</sup>.

Percebe-se a opção do legislador. No fundo, se num documento clássico se patenteia o reconhecimento presencial de assinaturas por uma entidade com funções notariais, assegurando assim a identidade do seu autor, a utilização de uma assinatura electrónica qualificada *certificada por entidade credenciada* oferece um padrão de segurança semelhante, porquanto uma entidade certificadora credenciada caucionava que aquela assinatura corresponde ao sujeito que figura como titular<sup>52</sup>.

No entanto, este regime concita duas questões, que urge resolver. Em primeiro lugar, importa saber quais os efeitos da aposição a um documento electrónico de uma assinatura electrónica que não atinja o título de *assinatura electrónica qualificada* (considerar-se-á um documento não assinado? Ou simplesmente um documento assinado mas sem os efeitos do reconhecimento presencial?). Em segundo lugar, e como avançámos *supra*, não se percebe muito bem a delimitação legal do conceito de *assinatura electrónica avançada*, à qual a lei não parece fazer corresponder qualquer tipo de efeito, importando perceber a *ratio* da sua individualização.

### a) A aposição de uma assinatura electrónica «não qualificada».

Como dissemos *supra*, de acordo com o regime do Código Civil, a assinatura de um documento reveste uma importância preponderante no que tange à sua força probatória: um documento não assinado “não tem legalmente valor superior a qualquer outro meio de prova comum, isto é, não pode de modo nenhum atingir a força probatória plena que cabe aos documentos autênticos (art. 371º, 1, Cód. Civil) e autenticados (art. 377º Cód. Civil), bem como aos documentos particulares assinados cuja letra e assinatura, ou só assinatura, sejam consideradas verdadeiras”<sup>53</sup>. Ou seja, só a assinatura pode conferir à prova documental valor superior ao dos demais meios de prova, retirando ao julgador o poder de considerar não atestados os factos documentalmente demonstrados, se a veracidade do documento não forposta em causa.

No quadro específico dos documentos electrónicos, nenhuma dúvida se coloca quanto aos que for apostada uma *assinatura digital* (ou outra assinatura electrónica qualificada) *certificada por entidade credenciada*, já que esta se equipara à assinatura autógrafa reconhecida presencialmente, implicando a prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor<sup>54</sup>.

*da aposição de uma assinatura a um documento; estes concretizam-se na presunção de autoria. Isto é, a aposição de uma assinatura que identifica univocamente o seu autor pode presumir que este titular é autor documento subscrito.*

<sup>49</sup> Cfr. n.º 3 do art. 7.º do RJDEAD. Sobre o tema, cfr. Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico...*, pp. 203.

<sup>50</sup> Cfr. o n.º 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital e o artigo 376.º do Código Civil. Na terminologia de António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 579, podem denominar-se tais documentos por “documentos reconhecidos”.

<sup>51</sup> De facto, deve ter-se presente que, nos termos dos arts. 9.º e 10.º RJDEAD, é livre o acesso à actividade de entidade certificadora, sendo por isso facultativa a sua credenciação na *autoridade credenciadora*. Nessa medida, nem todas as assinaturas digitais são certificadas por *entidade credenciada*.

<sup>52</sup> Pronunciarmo-nos melhor *infra* sobre o problema da concessão deste efeito apenas às assinaturas que provenham de entidades credenciadas, em face da apregoada *credenciação facultativa* das entidades certificadoras.

<sup>53</sup> Cfr. Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...”. Além das normas indicadas pelo Professor, cfr. ainda, no que tange à necessidade de assinatura dos documentos autênticos, o artigo 370.º do Código Civil.

<sup>54</sup> Cfr. o art. 376.º do Código Civil.

No entanto, deve recordar-se que vigora entre nós o *princípio da não obrigatoriedade* da assinatura digital<sup>55</sup>, pelo que o signatário pode optar por recorrer a outro sistema de autenticação electrónica; nessa medida, há que colocar a hipótese de o autor do documento pretender subscrevê-lo com *outra assinatura electrónica* distinta da assinatura digital (ou de outra assinatura electrónica qualificada).

Nesta eventualidade, a solução emana primordialmente do n.º 5 do artigo 3.º do RJDEAD, que dispõe revestir um documento assim assinado o valor de *qualquer meio de prova*, não almejando uma redução da livre apreciação do julgador<sup>56</sup>. Isto é, em face desta norma, a opção por uma assinatura electrónica *não qualificada* equiparar-se-á à subscrição de um documento em suporte de papel com uma assinatura *não reconhecida*, deixando ao decidente o poder de valorar livremente a sua autenticidade.

Esta conclusão deve ser confrontada criticamente com a norma do n.º 4 do artigo 7.º, que vem cominar com a *inexistência* a aposição de uma assinatura electrónica qualificada que conste de certificado que esteja revogado, caduco ou suspenso na data da agregação ao documento. Isto é, uma *assinatura digital* constante de certificado cujo prazo expirou equivale a uma *não assinatura*, ao passo que uma assinatura *não qualificada* existe, embora não produza qualquer efeito jurídico automático.

Repare-se porém que, do ponto de vista estritamente positivo, não se detectam diferenças entre documentos *não assinados* ou dotados de assinaturas *não reconhecidas*, já que nenhum deles produz os efeitos probatórios qualificados. Simplesmente, do ponto de vista prático, cabendo a apreciação do valor do documento ao julgador, é evidente que uma assinatura, ainda que *não reconhecida*, constitui um aspecto a ter em conta na valoração de certo documento, podendo fundamentar uma decisão. Ao invés, a *assinatura digital* assente em certificado revogado, suspenso ou caduco não pode sequer ser valorada pelo julgador, já que *inexiste*.

Ora, se o legislador comunitário proíbe a negação de valor probatório aos documentos subscritos com uma assinatura electrónica *não qualificada*<sup>57</sup> (embora admita, como faz o direito pátrio, a concessão de uma valoração diversa da que oferece aos documentos a que é apostila assinatura digital<sup>58</sup>), implicando que — ainda que se não produza qualquer efeito automático — a sua utilização processual seja sempre admitida, é desconfortável a opção do legislador nacional.

<sup>55</sup> Cfr. Mário Castro Marques, “Comércio electrónico...”, pp. 48.

<sup>56</sup> A redacção actual da norma sofreu uma evolução desde a sua redacção inicial. Com efeito, o legislador de 1999 retirava o valor probatório qualificado não apenas às assinaturas electrónicas *não qualificadas* como às assinaturas digitais que não cumprissem as normas da lei portuguesa: “*o valor probatório dos documentos electrónicos aos quais não seja apostila uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma é apreciado nos termos gerais de Direito*”. Como se entende, aquando da transposição da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro (operada pelo Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril), e em face da harmonização europeia do regime jurídico das assinaturas electrónicas, eliminou-se a necessidade de cumprir a lei portuguesa e conferiu-se às assinaturas electrónicas certificadas por entidades certificadoras de outros Estados-Membros o mesmo valor que as que sejam por entidades credenciadas pelas autoridades nacionais (cfr. n.º 2 do art. 38.º do RJDEAD, na sua actual redacção). De facto, nos termos do art. 4.º da Directiva, estabeleceu-se um mercado único da actividade de certificação, não se permitindo aos Estados-Membros restringi-la a operadores nacionais ou criar requisitos mais onerosos para as entidades certificadoras de outros Estados-Membros.

Por outro lado, mesmo no que tange ao reconhecimento de assinaturas digitais certificadas por entidades de Estados terceiros à União Europeia, o normativo comunitário impõe que seja atribuída força probatória equivalente, conquanto os certificados digitais emitidos por tais entidades ofereçam a mesma qualidade e cumpram normas similares às que vigoram no espaço jurídico europeu (cfr. art. 7.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro e o n.º 3 do art. 38.º do RJDEAD, na actual redacção). Esta opção, não se ligando já ao estabelecimento do mercado interno (pois dirige-se às entidades certificadoras estabelecidas em Estados terceiros) só pode explicar-se no objectivo do fomento da utilização dos documentos electrónicos digitalmente assinados, evitando que as relações comerciais internacionais (onde aqueles desempenham um mais importante papel) pudessem ver arredada a viabilidade de contratação electrónica.

<sup>57</sup> Cfr. n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>58</sup> No fundo, e como bem explica Miguel Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e...”, estes documentos “*não são destinados a valor probatório, embora de menor grau pois apenas serão livremente apreciados nos termos gerais de direito*”.

De facto, o julgador pode *valorar* uma assinatura autógrafa digitalizada, mas não pode conferir qualquer importância a uma (mais segura) assinatura digital se o certificado tiver expirado. Nessa medida, parece que seria preferível submeter este tipo de assinaturas (digitais assentes em certificado caduco) ao mesmo regime das assinaturas *não qualificadas*: a sua aposição poderia ser valorada como um meio de prova ponderado a propósito da autoria do documento.

### b) A categoria da “assinatura electrónica avançada”

A força probatória de um documento a que é apostada uma assinatura electrónica é um problema deixado à apreciação do legislador nacional, enquanto não seja negada a sua utilização processual<sup>59</sup>. Nessa medida, coube exclusivamente às autoridades portuguesas a valoração das diversas assinaturas electrónicas que a lei prevê e autonomiza.

Ora, como vimos, os órgãos legiferantes nacionais optaram por conceder aos documentos a que é apostada assinatura digital certificada por entidade credenciada (ou outra que ofereça semelhantes garantias — a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada*) o valor de documento subscrito por assinatura reconhecida por entidade com funções notariais<sup>60</sup> — conferindo-lhes efeitos probatórios subtraídos à apreciação do julgador — e aos que contenham outras assinaturas electrónicas o valor de um documento particular sem efeitos probatórios plenos<sup>61</sup>.

Se assim é, surge desde logo uma dúvida: se o legislador classifica os efeitos da aposição de assinaturas electrónicas em dois grandes grupos (de um lado, os documentos subscritos com uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciadora credenciada*; de outro, todos os demais documentos electrónicos, com ou sem outra modalidade de assinatura electrónica), qual a razão da identificação da figura da *assinatura electrónica avançada*?

A resposta a este problema não pode descobrir-se no campo dos efeitos da sua aposição, porquanto estes não existem. Assim, cremos que a sua previsão pode explicar-se em duas ordens de motivos.

Por um lado, é possível que o legislador pretendesse transmitir ao julgador que, embora só a *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciadora credenciada* produza efeitos probatórios plenos, nem todas as assinaturas electrónicas são iguais. Isto é, apesar de conferir ao intérprete o poder de apreciar livremente o valor de certo documento electrónico dotado de outra assinatura electrónica, a lei indica ao Juiz que certas assinaturas electrónicas — as *assinaturas electrónicas avançadas* —, ainda que não ofereçam as mesmas garantias de uma assinatura digital certificada, são dotadas um patamar de segurança a que este deve atender na sua valoração<sup>62</sup>. A ser esta a explicação, a autonomização da *assinatura electrónica avançada* consubstancia uma *indicação* ao julgador para valorar de forma mais vinculada os documentos a que uma destas modalidades de subscrição for agregada.

Outra possível explicação, menos abonatória à técnica do legislador nacional, radicaria na atribuída transposição da Directiva comunitária relativa a um quadro legal comunitário para as

<sup>59</sup> Assim dispõe o n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro: “Os Estados-Membros assegurarão que não sejam negados a uma assinatura electrónica os efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais apenas pelo facto de:

- se apresentar sob forma electrónica,
- não se basear num certificado qualificado,
- não se basear num certificado qualificado emitido por um prestador de serviços de certificação acreditado,
- não ter sido criada através de um dispositivo seguro de criação de assinaturas”.

<sup>60</sup> Cfr. o n.º 2 do art. 3.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) e o artigo 376.º do Código Civil.

<sup>61</sup> Cfr. n.º 5 do art. 3.º do RJDEAD.

<sup>62</sup> Pense-se, por exemplo, na aposição de uma assinatura composta por uma chave biométrica, baseada no reconhecimento de características físicas do subscritor (impressão digital, face, íris) ou mesmo na aposição de uma assinatura autógrafa digitalizada acessível apenas por palavra-passe apenas conhecida pelo titular.

assinaturas electrónicas<sup>63</sup>. Entendamo-nos: a legislação comunitária define apenas a *assinatura electrónica* e a *assinatura electrónica avançada*. Ora, antes da publicação do normativo europeu (mas já depois da sua aprovação), as autoridades nacionais aprovaram o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que continha muitas das soluções que o diploma comunitário viria a consagrar. Nessa medida, o legislador interno definiu a *assinatura electrónica avançada* exactamente nos mesmos termos que o diploma comunitário; simplesmente, ao invés de ficar por aqui, fez uma opção tecnológica, descrevendo a *assinatura digital* como a modalidade de *assinatura electrónica avançada* cuja aposição produzia efeitos probatórios plenos<sup>64</sup>. No fundo, a *assinatura digital* era a opção técnica portuguesa para uma assinatura electrónica avançada dotada de maior valia.

Quando mais tarde<sup>65</sup> se quis neutralizar tecnologicamente o regime nacional, ao invés de simplesmente eliminar a referência à *assinatura digital* (e conferir efeitos probatórios plenos às assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado e criadas através de dispositivos seguros de criação de assinaturas), construiu-se uma nova categoria, a *assinatura electrónica qualificada*, aquela que oferece as mesmas garantias da assinatura digital mas que é criada por soluções técnicas distintas<sup>66</sup>.

Assim, a explicação da ausência de efeitos jurídicos para a categoria da *assinatura electrónica avançada* radicaria numa confusa e pouco rigorosa técnica legislativa: em 1999 a noção não teria efeitos porque o diploma nacional formulava uma opção tecnológica por uma das assinaturas electrónicas avançadas; em 2003, no intuito de neutralizar a opção, alargaram-se os efeitos da *assinatura digital* a outras assinaturas electrónicas avançadas com o mesmo patamar de segurança, criando-se uma nova categoria<sup>67</sup>.

Por nossa parte, apesar de crermos que a justificação da previsão da categoria da *assinatura electrónica avançada* reside numa imperfeita técnica legislativa (atribuindo-se, assim, ao segundo dos motivos que apontámos)<sup>68</sup>, julgamos que a sua existência acaba por produzir uma indicação gradativa ao julgador na apreciação de documentos electrónicos subscritos, pois este tenderá a valorar mais seriamente um documento dotado de uma *assinatura electrónica avançada* em face dos demais, dada a individualização legislativa daquela categoria.

#### IV. A Directiva e o Regime Nacional.

##### a) A neutralização tecnológica do RJDEAD em face das imposições comunitárias.

É longa a discussão jurídica sobre a melhor solução de regulação legal das assinaturas electrónicas. Sumariamente, as opções ao dispor das autoridades legiferantes podem sumarizar-se em três vias<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> A Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro.

<sup>64</sup> Note-se no entanto que, como nota Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica...”, pp. 263, “embora a *assinatura electrónica avançada* que obedeça aos requisitos [...] da Directiva não se identifique com «assínatura digital», no actual estado da ciência e da técnica o desejado (muito elevado) nível de segurança parece só poder ser alcançado através da criptografia (*assinatura digital*)”.

<sup>65</sup> Através do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>66</sup> É curioso reparar que, como nos informa Sinde Monteiro, mesmo no quadro comunitário “os trabalhos da comissão, numa fase inicial, tinham directamente em conta a “*assinatura digital*”. Posteriormente, foi entendido que uma directiva europeia deveria ser neutra no que se refere à tecnologia, utilizando conceitos que permitam integrar diferentes meios de autenticação de dados, portanto outras modalidades de assinaturas electrónicas. Sinde Monteiro, “Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 262.

Isto é, mesmo no quadro comunitário houve tendência para formular uma opção tecnológica, só perto da aprovação do diploma se tendo decidido a neutralidade técnica.

<sup>67</sup> É esta a opinião de Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 19.

<sup>68</sup> Até porque, como explicámos na nota n.º 66, por um lado, a opção técnica pela assinatura digital foi igualmente equacionada pelo legislador comunitário e, por outro, o normativo nacional é anterior à versão final da Directiva europeia, pelo que é crível que, no momento da aprovação do RJDEAD, as autoridades nacionais confiassem que igual opção fosse formulada pelos órgãos da União.

<sup>69</sup> Sobre o tema, cfr. Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 351; Pedro Alberto de Miguel Asensio,

A primeira radica na opção por *uma tecnologia*, prescrevendo exclusivamente a valoração jurídica da *assinatura digital*, fazendo ou não depender os efeitos da respectiva aposição de uma credenciação pública da entidade certificadora. Esta solução, adoptada no Estado do Utah, constou na redacção originária dos diplomas italiano, alemão e português<sup>70</sup>.

Outro caminho possível, que tem como primordial intuito a generalização da utilização das *assinaturas electrónicas*, deixa aos operadores económicos a escolha da tecnologia que lhes aprouver, com qualquer nível de segurança que as partes quiserem utilizar. É o *iter* seguido nos países de *Common Law*, como a legislação federal norte-americana, canadiana, australiana ou neo-zelandesa<sup>71</sup>.

A terceira via de regulação, dita *intermédia*, consubstancia-se na opção do legislador comunitário. Esta terceira hipótese consiste na fixação legal dos requisitos de segurança de que se faz depender determinadas consequências jurídicas. A prescrição de mínimos de segurança tem subjacente o paradigma da assinatura digital (não deixando de se lhe referir<sup>72</sup>), mas admite a utilização de qualquer tecnologia que satisfaça um patamar de confiança similar. Desta forma, não obstante fixar condições de segurança que, hodiernamente, poucos métodos de subscrição electrónica podem satisfazer, confere ao sistema uma *relativa neutralidade técnica* que deixa alguma liberdade de escolha da modalidade de assinatura electrónica.

A versão originária do RJDEAD alinhava pela primeira via de regulação (determinando efeitos probatórios apenas para a *assinatura digital*), ao passo que o normativo comunitário impunha uma relativa neutralização tecnológica, estabelecendo a produção de efeitos jurídicos pela aposição de *assinaturas electrónicas avançadas baseadas num certificado qualificado*<sup>73</sup>. Nessa medida, o legislador nacional interveio, adaptando o normativo nacional à terceira via que presidia ao instrumento jurídico comunitário<sup>74</sup>.

A Doutrina maioritária é ferozmente crítica das alterações impostas pelo legislador comunitário e introduzidas entre nós em 2003. Entre outros comentários, considera-se que a neutralização tecnológica das assinaturas electrónicas e o princípio da liberdade de acesso à actividade certificadora “subalterniza o papel da assinatura como alicerce do valor probatório dos documentos e da inherente segurança do comércio jurídico”<sup>75</sup> em prol do desenvolvimento da actividade económica no espaço comunitário.

Se bem percebemos a análise, a tese que subjaz a tais considerações radica no entendimento de que a versão originária do RJDEAD, porque admitia apenas a *assinatura digital* enquanto subscrição produtora de efeitos probatórios — afastando todas as soluções tecnológicas que pudessem com aquela competir —, conferiria uma maior dose de segurança jurídica aos documentos electrónicos, indispensável para que os operadores económicos aceitassem conduzir a sua esfera jurídica com recurso a negócios jurídicos assentes em suporte informático. A escolha de uma única tecnologia arredaria incertezas que pudessem derivar da opção por outra assinatura cuja validade poderia sempre ser questionada.

<sup>70</sup> “Regulación de la firma electrónica...”, pp.124; Laurence Birnbaum-Sarcye Florence Darques, «La signature électronique—Comparaison entre les législations française et américaine», *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543ss.

<sup>71</sup> Concretamente no que à legislação nacional diz respeito, dispunha a versão originária do n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto: “Quando lhe seja apostila uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do artigo 376.o do Código Civil”.

<sup>72</sup> Vide, a título de exemplo, o norte-americano *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de 2000 que expressamente rejeita expressamente “the implementation or application of a specific technology or technical specification for performing the functions of creating, storing, generating, receiving, communicating, or authenticating electronic records or electronic signatures”.

<sup>73</sup> Cfr. arts. 2.º e 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas. Neste sentido, cfr. Martien Schaub, *European Legal...*, pp. 173.

<sup>74</sup> Que correspondem àquilo que a actual versão do RJDEAD apelida de *assinatura electrónica qualificada*.

<sup>75</sup> Através do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril.

<sup>76</sup> Cfr. a Doutrina referida na nota n.º 20.

Por nossa parte, não acompanhamos o raciocínio. Em primeiro lugar, parece que o risco da incerteza dos efeitos jurídicos resultantes de uma assinatura electrónica que não corresponda à *assinatura digital* é hoje meramente teórico. De facto, se por um lado, no momento actual, não são conhecidas outras *assinaturas electrónicas qualificadas* que possam concorrer com escolha tecnológica do legislador originário, por outro, ainda que estas existissem, a produção de efeitos jurídicos sempre dependeria, no regime português, da certificação por entidade credenciada, o que apartaria qualquer hesitação dos operadores económicos<sup>76</sup>.

Em segundo lugar, deve considerar-se que a principal mais-valia da utilização dos documentos electrónicos reside na viabilidade de estabelecimento de relações jurídicas entre ausentes e, muitas vezes, desconhecidos. Ora, esta virtualidade assume uma primordial importância nas relações transnacionais, onde as partes mais distam e em que os documentos electrónicos podem prestar para conclusão de negócios que doutra forma dificilmente se celebraria. Se assim é, e tendo presente a inexistência de mercados compartimentados nacionais e a construção crescente de um mercado único, percebe-se que o legislador tenha forçosamente de admitir opções tecnológicas variadas, enquanto cumpram os patamares de segurança definidos, sob pena de eliminar a vantagem da contratação electrónica.

Em terceiro lugar, julgamos que a promoção da actividade económica de certificação electrónica, estabelecendo-se um mercado único nessa área, não prejudica a segurança jurídica depositada nos documentos e assinaturas electrónicos. Pelo contrário, quanto mais normalizada for a utilização destes mecanismos, mais dissipadas serão as desconfianças dos sujeitos; nessa medida, a criação de concorrência a nível europeu entre empresas de certificação de assinaturas só pode ter como resultado o aumento da sua utilização e, concomitantemente, um aprofundamento da certeza jurídica que estes envolvem.

Por fim, cremos que a intervenção do legislador comunitário, abrindo tecnologicamente a assinatura electrónica e estabelecendo o mercado comum da actividade de certificação, ao invés de reduzir a segurança jurídica depositada nas figuras do documento e assinatura electrónicos, gera uma *condição dessa segurança jurídica*. Na verdade, no mercado europeu onde nos movemos, não é crível que os operadores económicos confiassem numa assinatura electrónica que limitasse os seus efeitos a um Estado, correndo o risco de enfrentar um ordenamento jurídico estrangeiro que não conferisse qualquer valor a dado documento electrónico<sup>77</sup>. De facto, na falta de uma intervenção do legislador europeu nos precisos termos em que teve lugar, a celebração de negócios assentes em documentos electrónicos enfrentaria uma insustentável intranquilidade conducente à sua rejeição pelos operadores económicos.

Ou seja, não cremos que a (relativa)<sup>78</sup> neutralização tecnológica do regime jurídico das assinaturas electrónicas, imposta pelo legislador comunitário e apregoada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de Abril<sup>79</sup>, constitua uma qualquer dificuldade ou envolva os inconvenientes que lhe são associados.

<sup>76</sup> É esta a grande vantagem da opção pela *terceira via* e não o mecanismo da plena liberdade a que nos referimos na nota anterior. De facto, a opção do legislador comunitário combina as vantagens do combate à desactualização tecnológica (e com a liberdade de escolha) com a segurança que advém de ter subjacente o expediente técnico da *assinatura digital*, admitindo somente mecanismos que o igualem nesse domínio.

Por outro lado, deve recordar-se que, tendo o legislador nacional sido particularmente generoso no que concerne aos efeitos jurídicos da *assinatura electrónica qualificada* (equiparando-a à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida), fê-lo apenas quando a entidade certificadora que tiver gerado a assinatura esteja credenciada, não dispensando assim um controlo público que deve apartar as dúvidas que a Doutrina aqui aponta.

<sup>77</sup> Esta conclusão parece subjazer às palavras de Joaquim Barata Lopes, que a propósito da criação de uma entidade certificadora, entende que a segurança jurídica dos certificados digitais por si comercializados são uma valia dentro e fora do país. Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica – registos e notariado, factores de estabilidade económica”, *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, Julho de 2007, pp. 14, disponível em [http://encplp.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encplp.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), acedido em 22 de Julho de 2009.

<sup>78</sup> Cfr. o que dissemos na nota n.º 76.

<sup>79</sup> Pode ler-se no preâmbulo daquele diploma que “Em conformidade com a referida directiva e com os recentes desenvolvimentos legislativos nos Estados membros da União Europeia, é adoptada uma terminologia tecnologicamente neutra. Assim, as referências que traduziam a opção pelo modelo tecnológico prevalecente, a assinatura digital produzida através de técnicas criptográficas, são eliminadas”.

### b) A persistência da desconformidade do normativo nacional com o ordenamento jurídico comunitário

Não obstante a intervenção do legislador pátrio no sentido da compatibilização do RJDEAD com as normas europeias, alguma Doutrina continua a arguir a desarmonia do regime jurídico português em face da legislação comunitária<sup>80</sup>, com base em dois argumentos principais.

Em primeiro lugar, arrazoa-se que, apesar da actividade legiferante de 2003, persiste uma *imperfeita neutralização tecnológica* do RJDEAD, que acaba por não permitir facilmente o recurso a outras *assinaturas electrónicas qualificadas*. Isto é, advoga-se que o actual regime, não obstante declarar a inexistência de opções técnicas, não deixa de apontar a *assinatura digital* como o paradigma de assinatura electrónica eleito, determinando que a assinatura electrónica qualificada é aquela que, para além de todos os requisitos legalmente estabelecidos, “*satisfaz exigências de segurança idênticas às da assinatura digital*”<sup>81</sup>, o que, desde logo, coloca dificuldades quando se pretenda subsumir outra assinatura electrónica no seu conceito<sup>82</sup>.

Cremos não ter fundamento tal crítica. De facto, a *relativa neutralidade tecnológica* não só parece dever considerar-se plenamente justificada (já que preceava o legislador de desactualizações técnicas, assegurando simultaneamente um nível de segurança mínimo por referência a tecnologias conhecidas), como é ela própria uma *consequência da terceira via* que preside à regulação comunitária desta matéria, decorrendo directamente da legislação comunitária, já que a sua definição pressupõe uma técnica de referência<sup>83</sup>.

Em segundo lugar, critica-se a originalidade das autoridades nacionais na restrição de efeitos probatórios às assinaturas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*. Segundo esta Doutrina, a opção nacional enferma de dois vícios: por um lado, erige um importante obstáculo à utilização de qualquer outra prática de subscrição electrónica — beneficiando dos seus efeitos jurídicos — já que, como se percebe, tal prescrição pressupõe uma pirâmide certificadora assente em certificados qualificados que só faz sentido no quadro das assinaturas digitais<sup>84</sup>. Por outro, a opção constitui uma desconformidade com a directiva comunitária, no que tange à criação do mercado europeu de assinaturas electrónicas, já que aquela proíbe especificamente a sujeição da actividade certificadora a uma autorização<sup>85</sup>, ao mesmo tempo que determina a obrigação de os legisladores nacionais conferirem efeitos jurídicos às assinaturas electrónicas qualificadas<sup>86</sup>.

Analisemos separadamente as duas alegadas consequências resultantes da limitação dos efeitos do n.º 2 do art. 3.º do RJDEAD às assinaturas electrónicas qualificadas *certificadas por entidade credenciada*, procurando saber se tal prescrição constitui uma transgressão das regras comunitárias neste âmbito.

No que toca ao pretenso primeiro efeito (o da insanável indicação de utilização da *assinatura digital*, atendendo à sua necessária integração numa pirâmide certificadora a que corresponde a indispensabilidade da credenciação das entidades geradoras das assinaturas), não podemos, de modo algum, acompanhar. De facto, nada impede que as entidades

<sup>80</sup> Referimo-nos a Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 365 e 366.

<sup>81</sup> Cfr. alínea g) do art. 2.º RJDEAD. No mesmo sentido, vide as considerações de Miguel Pupo Correia que transcrevemos na nota n.º 43.

<sup>82</sup> Atente-se, por exemplo, no esforço argumentativo desenvolvido por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 364, no sentido da consideração da *assinatura dinâmica como assinatura electrónica qualificada*.

<sup>83</sup> Cfr. o que dissemos supra sobre as vias de regulação das assinaturas electrónicas no que concerte à opção ou neutralidade tecnológicas do legislador.

<sup>84</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 365, que sublinha que, ainda que existam assinaturas electrónicas qualificadas *distintas* da assinatura digital que confirmam semelhante patamar de segurança, a limitação de efeitos probatórios às assinaturas certificadas por entidades *credenciadas* vem quase impor a utilização das *assinaturas digitais*, já que só neste quadro tecnológico faz sentido falar-se na pirâmide de entidades certificadoras.

<sup>85</sup> Cfr. n.º 1 do art. 3.º da Directiva 1999/93/CE.

<sup>86</sup> Cfr. art. 5.º da Directiva 1999/93/CE.

certificadoras (embora estruturadas em pirâmide e num quadro técnico que assumidamente declara a preferência pela assinatura digital) cedam não apenas *certificados digitais* como soluções de quaisquer outras assinaturas electrónicas qualificadas. Na verdade, não se encontra qualquer obstáculo nesse enquadramento, pois admite-se a certificação de *qualquer* assinatura electrónica qualificada. Ora, admitindo-se a viabilidade de certificação de *outras assinaturas qualificadas*, não se percebe por que razão se pode pensar numa limitação pragmática à opção pela assinatura digital, como aliás, esta Doutrina acaba por admitir<sup>87</sup>.

Relativamente ao incumprimento da liberdade de circulação, alegadamente resultante da violação da proibição de sujeição das entidades certificadoras a uma autorização pública, a argumentação é mais apurada e reclama uma solução cautelosa. Seguindo o raciocínio desta Doutrina, as autoridades portuguesas optaram por conferir *vastos efeitos* à assinatura electrónica qualificada (chegando mesmo a equipará-la à assinatura notarialmente reconhecida) mas apenas quando esta tenha sido certificada por entidade credenciada, e assim, *autorizada*. Caso o certificado digital qualificado provenha de entidade que não tenha obtido a credenciação, inexistem efeitos probatórios automáticos, podendo ser valorada pelo julgador como qualquer meio de prova. Nessa medida, é questionável a vigência, em Portugal, de um princípio de *liberdade de acesso*, já que o direito pátrio apenas reconhece inteiramente as assinaturas certificadas por entidades que se submeteram a um *processo público de credenciação*.

Este raciocínio não deve impressionar-nos. Na verdade, e antes da análise quanto à sua conformidade com o normativo comunitário, importa concitar a viabilidade das alternativas; ora, quanto a este aspecto, são conjecturáveis duas outras opções.

A *primeira alternativa*, sufragada pela Doutrina que aqui analisamos, consistiria na atribuição dos efeitos probatórios prescritos pelo n.º 2 do art. 3.º do RJDEAJ a qualquer *assinatura electrónica qualificada*, quer a entidade certificadora houvesse ou não sido credenciada, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é condição bastante para a confiança do sistema jurídico<sup>88</sup>.

Como facilmente se percebe, por mais simplista que possa parecer, esta opção não satisfaz as necessidades de segurança fundamentais a uma equiparação a uma assinatura autógrafa reconhecida notarialmente. Com efeito, ainda que a assinatura electrónica qualificada se baseie num certificado qualificado<sup>89</sup>, a inexistência de *credenciação* implica que se não possa garantir, por exemplo, se a entidade certificadora armazena devidamente a *chave privada* ou se, dolosa ou negligentemente, a divulga a terceiros<sup>90</sup>. Isto é, parece absolutamente necessária a existência de um controlo, por parte da Administração, das entidades que criam e gerem as assinaturas electrónicas qualificadas<sup>91</sup>.

Nessa medida, ganha relevo uma *segunda alternativa* ao sistema de credenciação pública das entidades certificadoras<sup>92</sup>: cometer a oficiais públicos, imparciais, a actividade certifica-

<sup>87</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 367, que declara poderem as entidades certificadoras fornecer “soluções de assinatura dinâmica certificada”.

<sup>88</sup> Cfr. Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 366, nota n.º 60. O Autor defende que a conformidade com o regime europeu apenas se dará mediante uma intervenção legislativa que determine a suficiência da utilização de qualquer *assinatura electrónica qualificada*, argumentando que a satisfação dos respectivos requisitos é de tal forma exigente que dispensaria a intervenção da credenciação.

<sup>89</sup> O que, nos termos do art. 29.º RJDEAD, implica *inter alia*, que contenha o nome ou denominação do titular da assinatura; o nome e assinatura electrónica avançada da entidade certificadora; os dados de verificação de assinatura correspondentes aos dados de criação de assinatura detidos pelo titular; o número de série do certificado; o período de validade do certificado; os identificadores de algoritmos utilizados na verificação de assinaturas do titular e da entidade certificadora e a eventual restrição do uso do certificado.

<sup>90</sup> Esta garantia é precisamente uma das funções da *credenciação*, nos termos da alínea b) do art. 12.º do RJDEAD.

<sup>91</sup> Apartamo-nos assim, neste particular, da posição sufragada por Francisco Carneiro Pacheco de Andrade, “A Assinatura Dinâmica...”, pp. 366, nota n.º 60, que considera desnecessária a credenciação em face das garantias inerentes à própria definição da *assinatura electrónica qualificada*.

<sup>92</sup> Para uma análise mais profunda e mais entusiasta desta alternativa, *vide* Augusto Tavares Rosa Marcacini, “O Documento Eletrônico...”, como meio de prova”, *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3 e 4.

dora — os *cibernotários*. Esta via, defendida por alguma Doutrina brasileira, garantiria que fossem entidades dotadas de fé pública a assegurar a titularidade das chaves privadas, a sua ligação às chaves públicas, e o armazenamento seguro em cartório notarial, prescindindo assim de uma necessária *credenciação*. Entre nós, e atendendo à privatização do notariado, nenhum óbice se levantaria em que tal função fosse desempenhada por notários privados, já que os seus actos são dotados de fé pública.

Tal solução, garantidora da segurança das assinaturas electrónicas e sem necessidade de *credenciação* é porém inexequível entre nós. De facto, o sistema claramente violaria o princípio do *livre acesso à actividade de certificação* imposto pelas regras comunitárias: a actividade notarial (que emitiria os certificados digitais) está sujeita a licença pública, atribuída na sequência de concurso público<sup>93</sup>. Nessa medida, também esta segunda alternativa à necessidade de credenciação é inviável.

Cremos, todavia, que não é despicienda a discussão suscitada, pois embora consideremos imprescindível a garantia da correcção do funcionamento das entidades certificadoras, importa saber se a necessidade de credenciação<sup>94</sup> (enquanto modalidade de controlo público eleita pelo legislador português) é admitida em face do princípio comunitário da liberdade de acesso à actividade certificadora. A dúvida quanto à admissibilidade de tal solução é convocada, desde logo, porque o legislador português é, do nosso conhecimento, o único que atribui um valor superior às assinaturas electrónicas qualificadas que hajam sido credenciadas pelas autoridades públicas<sup>95</sup>.

O princípio da liberdade de acesso, ao proibir a sujeição da actividade certificadora a uma *autorização*, admite expressamente que os Estados-Membros possam criar mecanismos facultativos de acreditação “que se destinem a obter níveis mais elevados na oferta dos serviços de certificação”<sup>96</sup>. Ponto é saber se esta *acreditação* pode implicar um valor probatório distinto em face das assinaturas electrónicas que dela não beneficiem.

Ora, quanto a este problema, julgamos não existir qualquer desconformidade da lei nacional com o normativo comunitário, o que fundamos em três razões principais.

Em primeiro lugar, deve considerar-se o cumprimento absoluto dos objectivos prescritos pela Directiva. Efectivamente, saliente-se que o normativo comunitário, no que ao valor probatório das assinaturas electrónicas diz respeito, estabelece duas imposições: *por um lado*, proíbe que os Estados neguem às assinaturas electrónicas (ainda que não *qualificadas* e mesmo que advenham de entidades certificadoras *não acreditadas*) a admissibilidade como meio de prova para efeitos

<sup>93</sup> Cfr. art. 34.ºss do Estatuto do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro.

<sup>94</sup> Rígorosamente, a credenciação é facultativa, como expressamente afirma o n.º 1 do art. 9.º RJDEAD. Simplesmente, e como vimos melhor *supra*, uma assinatura electrónica (ainda que *qualificada*), se tiver sido certificada por uma entidade *não credenciada* não produz qualquer efeito probatório automático, sendo o valor do documento apreciado nos termos gerais de direito (cfr. n.º 5 do art. 3.º RJDEAD).

<sup>95</sup> Na verdade, se é certo que muitos outros Estados-Membros prevêem igualmente uma credenciação das entidades certificadoras (como aliás é comprovado pelo facto de o legislador nacional ter sentido necessário de prescrever os efeitos jurídicos da credenciação das entidades em Estados terceiros), certo é que não fazem depender da *acreditação da entidade certificadora* o valor dos documentos electrónicos. Pelo contrário, a *acreditação* apenas constitui um selo de qualidade da actividade certificadora, não se fazendo depender daquela a valia formal da assinatura. Cfr., por exemplo, o sistema belga, que estabelece que as assinaturas electrónicas avançadas assentes em certificados digitais (quer de entidades *acreditadas*, quer de entidades *não acreditadas*) se equiparam à assinatura autógrafa (*Loi fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification*, de 9 de Julho de 2001, publicada no *Le Moniteur Belge* em 29 de Setembro de 2001 e alterada pelo *Arrêté Royal de 6/12/2002 organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés*, publicada no *Le Moniteur Belge* de 17/01/2003); em Espanha vigora um regime muito próximo, equiparando as *assinaturas electrónicas avançadas* às assinaturas manuscritas (quer provenham de entidade certificadora *certificada* ou não), conferindo a *certificación de entidades certificadoras* apenas uma garantia de qualidade dos serviços de certificação, como aliás em França, nos termos da actual versão (de 2009) do *Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique*, e em Itália (cfr. Decreto legislativo 23 gennaio 2002, n.º 10).

<sup>96</sup> Cfr. n.º 2 do art. 3.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas.

processuais<sup>97</sup>; por outro, preceitua que as assinaturas electrónicas qualificadas<sup>98</sup> (baseadas em certificado qualificado) cumprem nos documentos electrónicos a mesma função e produzem os mesmos efeitos que as assinaturas autógrafas nos documentos em suporte de papel<sup>99</sup>.

Ora, este desígnio é plenamente cumprido, já que todos os documentos a que é apostila uma *assinatura electrónica* são utilizáveis processualmente (sendo valorados como qualquer meio de prova<sup>100</sup>) e a assinatura electrónica qualificada (ainda que não certificada por uma entidade credenciada) é legalmente equivalente à assinatura autógrafa, presumindo a autoria do documento e a sua integridade<sup>101</sup>.

Simplesmente, o legislador português foi ainda mais receptivo e, para além dos efeitos que a normatividade comunitária impõe, optou por estabelecer que, caso a entidade certificadora haja sido credenciada, tudo se passa como se a assinatura houvesse sido reconhecida, o que se comprehende pois há um oficial público a verificar (ainda que indirectamente) a titularidade da assinatura. Esta opção não deve condenar-se, porquanto não só é proveitosa no que tange ao propósito da confiança nos documentos electrónicos (i), como é permitida pela ordem jurídica comunitária<sup>102</sup> (ii) e parece inclusivamente ter sido pretendida pelas autoridades europeias, como é sugerido pela norma que expressamente prevê a criação de um nível elevado de acreditação (iii)<sup>103</sup>.

A segunda razão que funda o nosso entendimento reside nos moldes em que o legislador previu a *credenciação*. De facto, ainda que o nosso primeiro argumento não colhesse, se a credenciação consubstanciasse uma autorização administrativa perpetrada por um juiz discricionário poderia ver-se um entrave ao pleno acesso à actividade certificadora, que dependeria de uma apreciação da Administração. Ora, uma análise do RJDEAD demonstra que nada disso se passa. Na verdade, os requisitos de credenciação estão expressa e inequivocamente positivados<sup>104</sup>, estabelecendo-se *taxativamente* os motivos que podem habilitar a autoridade responsável pela credenciação<sup>105</sup> a recusá-la. No fundo, rigorosamente, a credenciação não consubstancia uma *autorização* mas apenas uma *fiscalização* das condições de segurança de funcionamento da entidade certificadora, atestada documentalmente, pelo que não se viola a proibição do legislador comunitário.

Em terceiro lugar, a conformidade da legislação nacional com a legislação comunitária demonstra-se nas regras atinentes ao valor das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas *por outro Estado*. De facto, se a entidade certificadora estrangeira (estabelecida noutra Estado-Membro) estiver sujeita a um *sistema de fiscalização* de outro Estado-Membro, há uma plena equiparação à credenciação pela Autoridade Nacional de Segurança, fazendo-se aqui funcionar o *direito administrativo internacional*<sup>106</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. n.º 2 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999.

<sup>98</sup> Que, na terminologia do legislador europeu, assumem a designação de *assinaturas electrónicas avançadas*.

<sup>99</sup> Cfr. n.º 1 do art. 5.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999. Cfr. ainda Martien Schaub, *European Legal Aspects...*, pp. 177.

<sup>100</sup> Cfr. n.º 5 do art. 3.º RJDEAD.

<sup>101</sup> Cfr. n.º 1 do art. 7.º RJDEAD.

<sup>102</sup> Recorde-se que, nos termos do art. 249.º TCE, as directivas apenas são obrigatorias para os Estados-Membros quanto aos fins, deixando plena liberdade quanto à forma e quanto aos meios de os alcançar. Nessa medida, enquanto o legislador português haja consagrado os efeitos prescritos pela normatividade comunitária, nada obsta a que crie outros efeitos que vão além da obrigação europeia.

<sup>103</sup> Referimo-nos ao n.º 2 do art. 3.º da Directiva.

<sup>104</sup> Cfr. art. 12.ºss do RJDEAD.

<sup>105</sup> Actualmente, a Autoridade Nacional de Segurança, nos termos do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril.

<sup>106</sup> Repare-se que, neste campo como outros, é trazida para o âmbito do direito público — concretamente na credenciação de entidades certificadoras — a aplicação de lei estrangeira, realidade que até há bem pouco tempo era exclusiva do direito privado. Na verdade, ensina Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 265, que “as regras de conflitos de leis [...] apenas legitimariam a aplicação dos comandos desse ordenamento [estrangeiro] que pertencessem ao domínio do direito privado, não provocando por esse facto



Ora, a produção de efeitos probatórios reforçados das assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades estrangeiras (e, assim, não credenciadas pela Autoridade Nacional de Segurança) comprova que a *credenciação* não é uma qualquer autorização mas tão somente uma garantia de segurança.

Nessa medida, e de acordo com as três razões que mencionámos, não pode concluir-se outra coisa que não seja a conformidade do normativo português com a Directiva comunitária e o saudável equilíbrio do regime, ao reforçar positivamente o valor das assinaturas geradas por entidade que apresenta todas as garantias de segurança.

#### V. Negócios Solenes em suporte electrónico e a titulação de garantias reais

Chegados a este ponto, analisado o valor dos documentos electrónicos e a importância que neles reveste a assinatura electrónica, importa questionar a sua relevância notarial, nomeadamente no que concerne à sua utilização na celebração de negócios jurídicos para cuja validade a lei exija documento autêntico (ou documento particular autenticado e submetido a depósito electrónico por entidade com funções notariais).

*a aplicação das normas pertinentes ao âmbito do direito público*", pressupondo "*l'esistenza di una pluralità di sistemi giuridici statali, come tali collocati sul medesimo piano, avanti cioè la stessa forza*" (Antonio Saggio, "Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario", *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, Aprile-Giugno 1996, pp. 215). É que a escolha da lei aplicável através de uma regra de conflitos bilateral pressupõe a aceitação da aplicação de leis estrangeiras no ordenamento jurídico do foro, ou seja, o abandono do princípio da territorialidade das normas. Esta concepção decorre "da necessidade de garantir a continuidade da vida dos indivíduos que estabeleceram relações ao abrigo de determinada lei diferente da lei do foro". Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 278. Este pressuposto, no passado, não se preenchia nas normas de direito público: nas relações jurídico-públicas, estava em causa saber se o Estado do foro quer regular determinada situação, uma vez que lhe reconhece um qualquer interesse público na sua implicação, ou se entende que certa relação jurídica está fora da sua vontade reguladora, abdicando, por isso, "de se preocupar com a regulamentação respectiva. E como, desde logo atenta a vinculação da competência estadual ao território respetivo, as actuações em que o Estado pode intervir investido do seu poder supremo se limitam àquelas que se desenvolvem no interior do seu território, a regulação que para elas é criada acaba por vir nele tão-só a produzir os seus efeitos". Cfr. Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 274. Isto é, no direito público, apenas se determinava a vontade de aplicação das normas ou se não há, não se carecendo neste caso de fazer intervir regras disciplinadoras de relações verticais emanadas por Estados terceiros.

Este raciocínio não é já hoje verdadeiro: de facto, sobretudo em espaços de integração económica como as Comunidades Europeias, há situações em que a vontade reguladora do Estado se basta com o cumprimento de uma lei estrangeira. Nessa medida, as regras de conflitos (bem como o problema da determinação do direito aplicável), deixaram hoje de ser monopólio das relações jurídico-privadas, pois ensina Paulo Otero que "não obstante toda a teoria das normas de conflitos ter sido elaborada para a resolução de situações jurídico-privadas, «atravessadas por fronteiras», falando-se, por isso mesmo, em Direito Internacional Privado, o certo é que não se pode excluir a existência de situações ou relações jurídico-administrativas «atravessadas por fronteiras»". Paulo Otero, "Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais" *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 783.

Com efeito, vigoram disposições conflituais no seio do direito público, designado "Direito Administrativo International" ou "Direito Internacional Administrativo", de que encontramos manifestações no Código dos Valores Mobiliários (referimo-nos ao facto de a aprovação do prospecto de Oferta Pública feita em vários Estados-Membros da União Europeia ser da competência da autoridade do Estado-Membro onde o emitente tem a sua sede, aplicando a lei nacional desse Estado para a validação do prospecto em todos os Estados. De facto, ao remeter-se a competência de aprovação para a autoridade administrativa estrangeira, está também a determinar-se que o interesse público manifestado pelo acto de aprovação do prospecto será regulado segundo a lei do Estado da sede do emitente. Para mais exemplos, cfr. Paulo Otero, "As normas administrativas de conflitos...", pp. 785). Isto é, há situações onde autoridades nacionais de um Estado remetem não só para instâncias administrativas de outro Estado como para a sua legislação (jurídico-pública) a regulação de determinada matéria, o que legitima a conclusão que a aceitação de lei estrangeira já não é monopólio do direito privado, podendo mobilizar-se nas relações jurídicas de natureza pública. Ora, é precisamente isto que acontece no RJDEAD. Na verdade, quando o n.º 1 do seu art. 38.º atribui às assinaturas qualificadas geridas por entidades credenciadas *noutro Estado-Membro*, tal significa que o Estado Português, não obstante ter interesse em aplicar normas de direito público e de controlar a actividade certificadora aceita neste campo a aplicação da lei estrangeira e a intervenção de autoridades públicas estrangeiras. No fundo, estabelece-se aqui uma regra de conflitos com uma *conexão múltipla alternativa*, a facilitar a credenciação de entidades certificadoras: será credenciada qualquer entidade que cumpra os requisitos de credenciação de qualquer uma das leis de qualquer Estado-Membro.

Como se percebe, tal viabilidade traria uma importante vantagem, porquanto permitiria a celebração entre ausentes e desconhecidos<sup>107</sup> de negócios formais ou solenes que exijam a intervenção de uma entidade com funções notariais<sup>108</sup> sem necessidade de recurso à representação — designadamente a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis. A ser possível exarar um documento autêntico em suporte electrónico, o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, apondo ao documento electrónico autêntico as assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidades credenciadas (do notário e dos contratantes)<sup>109</sup>, que assegurariam não apenas a identidade dos intervenientes como a integridade das suas declarações de vontade. Da mesma forma, e uma vez que entre nós passou a ser suficiente para a maioria dos negócios reais o documento particular autenticado submetido a depósito electrónico, a viabilidade de autenticação de documentos electrónicos particulares prescindiria da presença das partes, flexibilizando a celebração deste tipo de negócios.

A flexibilização da contratação de negócios reais assumiria especiais vantagens no campo dos direitos reais de garantia, mormente no caso da constituição de hipotecas, pois é nesse campo que, as mais das vezes, o potencial adquirente do direito real não tem qualquer ligação ao local da situação do imóvel. De facto, se um potencial devedor que vise oferecer uma hipoteca sobre um imóvel como garantia de um empréstimo puder celebrar tais negócios sem a presença do futuro credor, mais facilmente acederá a crédito junto de instituições financeiras distantes, *maxime* sedeadas noutras Estados-Membros da União Europeia, que poderão ver constituídas a seu favor garantias reais sem necessidade de representante em Portugal<sup>110</sup> e, assim, sem tais gastos. No fundo, desapareceria um dos óbices que parece ser responsável pelo tão tardio e ineficiente estabelecimento de uma verdadeira *liberdade de circulação de capitais* na União Europeia<sup>111</sup>, que assume um especial atraso no âmbito do

<sup>107</sup> Estes negócios são apelidados de “relações virtuais” por Mário Castro Marques, “O comércio electrónico...”, pp. 43.

<sup>108</sup> Para os negócios formais em que a lei se basta com forma escrita, sem impor documento autêntico ou autenticado, o problema está claramente resolvido, já que o documento electrónico satisfaz o requisito de forma escrita (art. 3.º RJDEAD) e é expressamente aceite a contratação electrónica sempre que a lei imponha meramente a forma escrita (cfr. artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março).

<sup>109</sup> A este propósito, importa, como se percebe, tratar o problema da disciplina legal da transmissão dos documentos electrónicos, enquanto forma adequada para recolher as manifestações de vontade de contraentes ausentes. Ora, a formação dos contratos e dos demais actos jurídicos electrónicos pode resultar de meios telemáticos já que desde 1999, nos termos do art. 6.º do RJDEAD e na sequência do que a Doutrina já vinha defendendo, a comunicação por correio electrónico é legalmente equivalente a qualquer outra forma de expressão da vontade, pelo que nenhum óbice se levanta à celebração de contratos por esta via. Impõe-se, no entanto, a conclusão de uma convenção de endereço electrónico, a qual pode ser expressa ou tácita — por exemplo, pela indicação do proponente do seu endereço de correio electrónico e a resposta do aceitante através de outro endereço (cfr. n.º 1 do art. 6.º do RJDEAD). Ademais, não parece dever olvidar-se que, apesar de tudo, o “envio de correspondência por correio tradicional é mais seguro do que por correio electrónico”. Cfr. Elsa Dias Oliveira, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 123.

De notar ainda que a remessa por correio electrónico de documentos electrónicos subscritos por assinatura electrónica qualificada equivale, em todos os seus efeitos legais, ao envio por via postal registada, acrescentando-se que se a recepção for comprovada por mensagem de confirmação dirigida ao remetente pelo destinatário, a equivalência estabelece-se com a via postal registada com aviso de recepção (cfr. n.º 3 do art. 6.º RJDEAD).

<sup>110</sup> Efectivamente, nada obstaria a que fossem celebrados no estrangeiro negócios jurídicos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis situados em Portugal, desde que titulados segundo a legislação internacionalmente competente, que será amiúde a lei da situação da coisa. Sobre a lei aplicável a tais negócios internacionais nos pronunciaremos melhor *infra*.

<sup>111</sup> Como é evidente, não é apenas a necessidade de presença simultânea das partes que obstaculiza a realização de um verdadeiro mercado único de garantias reais imobiliárias, sendo normalmente apontadas outras importantes razões, como a forçosa sujeição da hipoteca à lei da situação da coisa, a pouca flexibilidade dos regimes hipotecários nacionais ou a intervenção, no direito das garantias reais, de uma multiplicidade de ramos do direito, como o direito alimentar e o direito registral. No entanto, não pode negar-se que, a estas dificuldades de fundo acresce também a rigidez da *formalidade* da contratação, que exige, pelo menos na hipoteca clássica de influência napoleónica, a presença simultânea das partes. Sobre as razões de inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias vide Mónica Jardim, “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registrais europeus,” *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (acedido em 16 de Abril de 2009), e Manuel Casero Mejías, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91.

crédito hipotecário — a quase inexistência de financiamentos bancários transfronteiriços garantidos por hipoteca no espaço comunitário<sup>112</sup>. Trata-se de um dado surpreendente, atendendo a que o mútuo hipotecário é aquele que, nos planos nacionais do espaço europeu, gera maior volume de financiamento, particularmente na construção e aquisição de imóveis.

Como se percebe, a limitação é nefasta principalmente ao devedor, que apenas poderá oferecer uma hipoteca às instituições de crédito que laborem no Estado-Membro onde a coisa se situe, implicando uma redução da concorrência entre as entidades bancárias, que não temem a celebração de mútuos hipotecários pelas suas congêneres estrangeiras. Ora, inexistindo uma verdadeira concorrência entre instituições de crédito no espaço comunitário, os potenciais devedores encontrarão um leque de eventuais credores menor do que aquele que achariam, não podendo aceder, na prática, a condições mais vantajosas que um mercado único de capitais poderia oferecer<sup>113</sup>.

Por outro lado, e ainda que se considere que a flexibilização da contratação internacional<sup>114</sup> das garantias reais previstas e reguladas pelos direitos dos Estados-Membros seja insuficiente à realização de um mercado europeu de garantias imobiliárias, não deve olvidar-se que alguns autores vêm propondo modelos de criação de uma *garantia real de raiz europeia*, a acrescer aos institutos de direito interno, especificamente orientada para corrigir a deficiência *supra identificada*<sup>115</sup>. Ora, qualquer que seja o modelo que venha a adoptar-se, caso a criação de uma garantia real uniforme por via comunitária venha a suceder — cumprindo o desígnio da potenciação do crédito hipotecário internacional —, é evidente que as condições atinentes à formalidade de contratação serão um ponto a ter em conta, sendo expectável que o objectivo seja melhor atingido caso se admita a celebração destes contratos sem a presença simultânea das partes, *maxime* através de meios electrónicos.

Em suma, quer mantendo-se o quadro actual de garantias imobiliárias *distintas* em vários Estados-Membros, quer avançando-se para a criação de uma *euro-hipoteca*, ponto é que a viabilidade de constituição de um direito real de garantia sobre um imóvel por meios electrónicos, dispensando a presença simultânea de credor e devedor, consubstanciará um incentivo à criação de relações internacionais no campo das garantias reais.

Assim, dedicar-nos-emos ao problema da titulação de garantias reais por via electrónica na lei portuguesa (aquela que será as mais das vezes chamada a resolver o problema quando o imóvel a onerar se situe em Portugal<sup>116</sup>) e por titulador português — regendo-se

<sup>112</sup> Segundo Mónica Jardim, “A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus,” *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (acedido em 16 de Abril de 2009), pp. 1, menos de 1% do crédito hipotecário europeu é transfronteiriço.

<sup>113</sup> Neste sentido, cfr. Mónica Jardim, “A euro-hipoteca..”, pp. 2; Manuel Casero Mejías, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91: “la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y, consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas”.

<sup>114</sup> Contratos internacionais são aqueles que têm contactos significativos com mais do que um Estado, seja através de diferente nacionalidade das partes, da sua sede ou residência habitual, do local de celebração do negócio, etc. Luís de Lima Pinheiro, “Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 363.

<sup>115</sup> Sobre o tema, vide Koendgen/Stöcker, „Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?“ ZBB (*Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*), 2/2005, pp. 112-120; Esther Muñiz Espada, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch; Sergio Nasarre-Aznar, “The Eurohypothec: a common mortgage for Europe”, *The Conveyancer and the Property Lawyer*, Thomson-Sweet & Maxwell, January-February 2005, pp. 32-52.

<sup>116</sup> Quanto ao problema da determinação da lei aplicável a este problema, deve sublinhar-se que, em nosso entender, as normas disciplinam a celebração de negócios através de meios electrónicos se qualificam no conceito-quadro da forma dos negócios jurídicos, pois está em causa o problema de saber se a exteriorização da vontade negocial pode ocorrer através de documentos electrónicos. Isto é, interpretando o conceito-quadro de acordo com a *lex formalis fori* (e, assim, sendo irrelevante que a lei material portuguesa não trate a forma electrónica como solenidade distinta da forma escrita), quer o problema da aceitação dos meios electrónicos para exteriorização da vontade, quer a questão do valor formal das declarações negociais assentes em documentos electrónicos são compreendidos pelo conceito-quadro da forma negocial, pelo que deverão ser aí qualificadas as normas que, atendendo ao conteúdo e função que desempenhem no ordenamento jurídico a que pertençam, versem sobre esse problema. Sobre a qualificação e interpretação do conceito-quadro, cfr., p. todos, António Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000 pp. 205ss. Sobre o conceito de forma, vide Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.

II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 3<sup>a</sup> Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pp. 233. A forma das declarações negociais não se sujeita, necessariamente, ao estatuto contratual — aquele que seria, à partida mais adequado aos interesses das partes (cfr. Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159). Na verdade, o âmbito da *lex contractus* é definido pelo legislador conflitual comunitário como compreendendo tão-somente a interpretação do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações (nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade e as consequências da invalidade do contrato. [Recorde-se que, sobre esta matéria — *lei aplicável a contratos que constituam ou transmitam direitos reais sobre imóveis — vigora nos Estados-Membros da União Europeia um instrumento de unificação das regras de conflitos — Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre lei aplicável às obrigações contratuais (Regulamento ROMA I)* —, pelo que em qualquer Estado-Membro se mobilizará o mesmo direito conflitual. Sobre o âmbito da *lex contractus*, cfr. n.º 1 do art. 12.º do Regulamento ROMA I].

No entanto, deve sublinhar-se que se verificou uma evolução neste domínio. A perspectiva tradicional submetia o problema da forma à lei do local da celebração, conexão de raiz estatutária, que pretendia assegurar a validade do negócio e a fluidez do comércio jurídico. De facto, “quem opta por celebrar um negócio jurídico em determinado país pode facilmente informar-se, no local, dos requisitos formais que deve satisfazer. Por outro lado, quando a celebração do acto exige a intervenção de uma autoridade pública, esta autoridade está mais familiarizada com a lei local do que com uma lei estrangeira”. Cfr. Dulce Lopes, Mafalda Seabra Pereira, Rui Dias, Geraldo Ribeiro e Luís Verde de Sousa, *Sumários Desenvolvidos de Direito Internacional Privado — Parte Especial: Estatuto Negocial*, pp. 6, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, acedido em 10 de Setembro de 2009. Cfr. ainda Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159.

Hoje, pelo contrário, vigora uma posição flexível: considerar-se-á formalmente válido o contrato que cumprir, alternativamente, as disposições da *lex contractus*, da lei do local onde seja emitida qualquer das declarações negociais ou da lei da residência de qualquer das partes. Cfr. n.º 2 do art. 11.º do Regulamento ROMA I, sobre lei aplicável às obrigações contratuais [Repare-se que o sistema internacionalprivatístico comunitário, em face do regime do Código Civil, subtrai uma conexão subsidiária — a lei indicada pelas regras de conflitos do Estado onde o negócio foi celebrado (cfr. n.º 2 do art. 36.º do Código Civil) — o que se explica em face da hostilidade da convenção ao reenvio (cfr. art. 20.º do Regulamento ROMA I), como aliás é próprio dos instrumentos de unificação das regras de direito internacional privado]. Isto é, como posição de princípio decorrente das regras gerais de direito internacional privado no espaço europeu, a contratação electrónica será possível desde que tal seja permitido por uma de cinco legislações: a lei que regular as obrigações contratuais (i), a lei do local onde for emitida a declaração negocial do primeiro outorgante (ii), a lei do Estado onde for proferida a vontade contratual do segundo contratante (iii), a lei do Estado onde residir o primeiro contraente (iv) ou a lei do Estado onde residir o segundo contraente (v). Ora, sendo a lei do contrato escolhida livremente pelas partes, as normas jusinternacionalísticas em causa parecem permitir às partes a opção por uma *qualquer* legislação que o admita, podendo assim constituir por via electrónica (*maxime à distância*) uma garantia real sobre um imóvel. Na falta de escolha, aplicar-se-á a lei da situação da coisa (Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento ROMA I). Porém, dois problemas se colocam no que concerne à aplicação desta construção jurídica, tendente ao *favor negotii*, à constituição de direitos reais sobre imóveis.

Em primeiro lugar, importa ressalvar os casos em que se imponha a forma de documento autêntico com vista a assegurar o controlo da legalidade do acto, o que acontecerá nos sistemas de notariado latino (Cfr. Mónica Jardim, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, pp. 2 e 3, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acedido via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009). Com efeito, se a solenidade tem subjacente a verificação do cumprimento da lei que regulará o contrato, parece que terá de ser a *lex contractus* a regular a forma (sendo que Lima Pinheiro defende ainda a necessidade de celebrar o negócio no Estado que formula esta exigência, “com vista a garantir que a entidade dotada de fé pública interveniente controla a legalidade do acto”, já que o Estado apenas confere fé pública aos seus agentes e não aos que laborem num Estado terceiro. Cfr. Luís de Lima Pinheiro, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 159).

Ou seja, se a lei aplicável à substância do contrato implicar o cumprimento de forma que pressuponha a intervenção de uma entidade com funções notariais destinada a verificar a legalidade do acto, não obstante a prescrição do Regulamento Roma I, não só deverá ser esta a regular a forma como o contrato terá de ser celebrar forçosamente nesse Estado. Nessa medida, quanto aos contratos destinados a constituir direitos reais sobre imóveis sitos em Portugal, caso as partes não escolham expressamente outra *lex contractus*, o contrato em causa será celebrado de acordo com a lei portuguesa.

Por outro lado, não pode olvidar-se que o direito de conflitos comunitário é um pouco mais cauteloso na indicação da conexão nestes contratos, prescrevendo a obrigatoriedade de cumprimento das normas do Estado da situação da coisa que constituam *normas de aplicação necessária e imediata* (terminologia de Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 667), ou seja, que se apliquem qualquer que seja o local de celebração do contrato ou a lei a que este esteja submetido. Ou seja, deve indagar-se se, mesmo quando as partes escolham outra legislação para regular as obrigações contratuais de um negócio deste tipo, se não está o legislador a prescrever necessariamente, quanto aos imóveis sitos em Portugal, a obrigatoriedade de ser cumprida uma formalidade com intervenção notarial, prescrita pela lei portuguesa. No ensinamento de Rui Moura Ramos, as *normas de aplicação necessária e imediata* podem sé-lo *implícitas*, quando o seu âmbito de aplicação não possa deixar de deduzir-se pelo intérprete sempre a sua razão de ser não dependa de “a circunstância de os factos e relações nelas previstos se encontrarem ligados à ordem jurídica de um Estado pelo particular elemento previsto pelo sistema conflitual como relevante para lhe atribuir competência”. Rui Moura Ramos, *Da Lei Aplicável...*, pp. 672

a respectiva actividade notarial pela lei do Estado onde o oficial desempenha a sua actividade (*auctor regit actum*).

### **a) Negócios Solenes<sup>117</sup> em suporte Electrónico na Lei Portuguesa.**

Antes de uma análise do regime positivo com vista a saber da viabilidade de outorga electrónica de contratos reais (quanto aos efeitos) sobre imóveis, deve questionar-se se em sentido contrário não aponta a imposição de formalidade solene a este tipo de negócios, a qual se costuma justificar não apenas na necessidade de garantir a segurança e certeza jurídicas numa perspectiva preventiva<sup>118</sup> como igualmente na convicção de que a necessidade de cumprimento de uma forma de exteriorização da vontade negocial implica uma maior reflexão pelas partes<sup>119</sup>. Ora, há que indagar se a flexibilização da celebração de negócios solenes não contraria o escopo da formalidade que o legislador quis impor.

Tal concepção não deve impressionar-nos, pois o argumento radica numa confusão entre *forma* e *formalidade*<sup>120</sup>. Na verdade, não está aqui em causa uma redução da formalidade prescrita por lei (de documento autêntico ou de documento particular autenticado) mas tão-

Ora, se a exigência de controlo de uma autoridade com funções notariais se explica na perspectiva preventiva de conflitos, na perspectiva de guarda avançada do registo (que terá lugar em Portugal — já que o sistema tabular português é de fólio real), na garantia de uma imprescindível segurança jurídica no estatuto real da coisa (que se situa em Portugal), e em “certas razões que o legislador considera serem de interesse público (ou de ordem pública), superiores, portanto aos interesses das partes envolvidas” (Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 442), temos muitas dúvidas que, ainda que a lei reguladora do contrato seja outra, não deva sempre aplicar-se a exigência formal de titulação prevista na lei portuguesa quando o imóvel sobre o qual incidem os direitos reais a titular se situe em Portugal. De facto, sublinhe-se que a solenidade imposta se trata de uma formalidade *ad substantiam*, fazendo depender dela a validade de todo o negócio. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral...*, pp. 235.

Este assunto (da aplicabilidade estendida das normas de notariado latino) será objecto de um nosso estudo mais aprofundado, pelo que suscitamos apenas aqui a questão de saber se a imposição de forma autêntica (ou da autenticação do documento particular) a este tipo de negócios jurídicos não será exigida sempre que formulada quer pela *lex contractus*, quer pela *lex rei sitae*. A ser assim, a forma de tal negócio sobre coisa sita em Portugal sempre carecerá da intervenção de uma entidade com funções notariais.

<sup>117</sup> Rigorosamente, não trataremos da exequibilidade de reduzir a suporte electrónico todos os negócios solenes. Na verdade se, nas impressivas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, negócios formais ou solenes são “aqueles para os quais a lei prescreve a necessidade da observância de determinada forma, o acatamento de determinadas solenidades”, certo é que caso a formalidade imposta seja o simples escrito particular, nenhum óbice se coloca. De facto, o n.º 1 do art. 3.º RJDEAD é expresso ao equiparar o documento electrónico à forma escrita, desde que aquele seja representável como declaração escrita.

O problema põe-se quando o legislador imponha uma solenidade acrescida, dos quais o exemplo clássico no direito pâtrio é o da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis, para os quais se impõe a forma de escritura pública ou de documento particular autenticado e sujeito a depósito electrónico, nos termos do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho e da Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro.

Sobre a classificação dos negócios jurídicos, cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 395.

<sup>118</sup> No ensinamento de Mónica Jardim, a solenidade que advém da exigência de intervenção de entidade com funções notariais tem como consequência a prevenção e evicção de conflitos, o que é uma consequência da inserção do sistema português no sistema latino de notariado. Cfr. Mónica Jardim, “A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial”, pp. 1, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, accedido via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009.

<sup>119</sup> Neste sentido, cfr. António Ferrer Correia, “A Codificação do Direito Internacional Privado — Alguns Problemas”, Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1979, pp. 39: “Olhemos as disposições concernentes à forma externa dos negócios jurídicos. O seu escopo e fundamento é duplo: por um lado, trata-se de chamar os interessados a reflectir sobre o alcance do acto que pretendem praticar, de modo a que a sua conduta venha a resultar de uma vontade esclarecida e séria e não algum impulso ocasional; por outra parte, trata-se também (...) de promover a certeza jurídica”.

Em sentido contrário, vide António Menezes Cordeiro que considerando ter sido este o desígnio primitivo das exigências formais, julga não serem cumpridos quaisquer destes escopos, justificando-as apenas em razões históricas e advogando a sua revogação. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 569.

<sup>120</sup> No ensinamento de Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito...*, pp. 234, a forma é o modo de exteriorização da vontade, ao passo que a formalidade constitui o conjunto de operações executado na sua expressão. Assim, numa escritura pública a forma é escrita, embora a formalidade equivalha às operações a do oficial público nos termos da lei notarial.

-somente a sua reprodução em formato electrónico, atendendo a que a natureza *escrita* do suporte informático é legalmente equivalente à do suporte de papel.

Nessa perspectiva, e não obstante uma maior facilidade de celebração (porquanto pode ser concitada a viabilidade da sua outorga sem a presença simultânea das partes), não deixaríamos de estar perante documentos com a mesma solenidade que os seus homólogos assentes em papel, com intervenção do Estado (por força da entidade com funções notariais) a garantir a conformidade com a lei<sup>121</sup>. Ademais, no ensinamento de Hörster, é sabido que a exigência de formas solenes não se liga a qualquer propósito de “*reduzir a fluência do tráfico jurídico, mas antes para garantir a sua eficiência e a sua segurança, protegendo-o, deste modo, no interesse geral*”<sup>122</sup>.

Nessa medida, a maior facilidade de celebração, conquanto se mantenha o controlo imposto pela *formalidade imposta*, é uma consequência favorável que em nada coloca em causa o fundamento da solenidade prescrita. A ser possível a sua realização em suporte electrónico, quer o escopo da segurança jurídica quer o desígnio da reflexão das partes se-riam plenamente efectivados, não se colocando o óbice de uma desformalização negocial, porquanto sempre existe uma entidade a garantir ambos os objectivos. Sublinhe-se, pois, que não está em causa a *substituição das formalidades legais* (escritura pública ou documento particular autenticado nos termos do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho) por outra forma — uma “*formalidade electrónica*” — como parecem sugerir alguns Autores<sup>123</sup>. Ao invés, o que está em causa é o suporte do documento, a qual importa indagar se deve ser assente forçosamente em papel ou se é admissível a sua existência em electronicamente<sup>124</sup>.

## b) O princípio comunitário da admissibilidade da contratação electrónica.

Consciente do impulso que a contratação electrónica pode dar ao estabelecimento de um mercado comum no espaço comunitário, desenvolvendo o comércio jurídico independentemente de fronteiras ou distâncias, o legislador europeu adoptou em 2000 a Directiva sobre comércio electrónico<sup>125</sup>, depositando neste domínio esperanças de impulso do desenvolvimento económico europeu<sup>126</sup>. Assim, as autoridades comunitárias assumiram um claro propósito: “*generalizar o recurso à contratação electrónica, afastando os obstáculos à sua concretização*”<sup>127</sup>.

O normativo comunitário estabelece um princípio de *admissibilidade da contratação*

<sup>121</sup> Segundo Joaquim Barata Lopes, a segurança jurídica conferida pela actividade notarial reside na certificação que o negócio é conforme à lei. Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica — registos e notariado...”, pp. 3. Não discutiremos nesta sede a bondade da autenticação de documentos por advogados, solicitadores e Câmara de Comércio e Indústria, que não são oficiais públicos e cujos actos não gozam de fé pública.

<sup>122</sup> Cfr. Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, pp. 443.

<sup>123</sup> É o caso de Sebastião Nóbrega Pizarro, *Comércio Electrónico...*, pp. 76, que argumenta serem formas diferentes e inconciliáveis: “*Tratando-se de um negócio sujeito a uma solenidade formal — a escritura pública — a sua celebração por meios electrónicos será nula, nos termos do art. 220.º do Código Civil.*

<sup>124</sup> Este entendimento encontra claramente apoio no n.º 1 do art. 3.º RJDEAD, que não cria uma *forma electrónica* mas afirma que a *forma escrita* tanto é satisfeita por documentos assentes em papel como por documentos em suporte electrónico.

<sup>125</sup> Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000.

<sup>126</sup> Vide considerandos n.º 2 e 3.º do preâmbulo da dita Directiva.

<sup>127</sup> José de Oliveira Ascensão, “*Contratação Electrónica*”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 47.

Uma intervenção comunitária neste domínio surge plenamente justificada, já que a harmonização ou uniformização das regras aplicáveis à contratação electrónica implica simultaneamente a redução das disparidades das opções legislativas dos ordenamentos jurídicos nacionais — efectivando as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços — e uma regulação internacional de um modo de contratar que, as mais das vezes, atravessa fronteiras, conferindo assim maior dose segurança aos operadores económicos. Todavia, se é inquestionável a pertinência da regulação comunitária do problema da contratação electrónica, é por outro lado muito criticável a técnica legislativa que se encontra na Directiva sobre comércio electrónico, pois trata de seis disciplinas avulsas que não apresentam sequer grande homogeneidade (como sejam o acesso à actividade de prestação de serviços na sociedade de informação e a responsabilidade civil dos operadores). Neste sentido, cfr. José de Oliveira Ascensão, “*Contratação Electrónica...*”, pp. 44.



electrónica, impondo aos Estados-Membros que o regime jurídico aplicável confira efeitos jurídicos aos contratos celebrados electronicamente<sup>128</sup>. Entre nós, esta regra é absolutamente inócuia, atendendo à vigência do princípio da liberdade de forma (art. 219.º do Código Civil), que aceita qualquer modalidade de contratação e, assim, também o encontro de declarações de vontade através de meios telemáticos. O problema coloca-se, sim, se em dado negócio não vigorar o princípio de liberdade de forma mas se impuser o cumprimento de uma dada forma legal; por outras palavras, importa questionar se é possível recorrer a documentos electrónicos para formalizar negócios solenes.

Ora, relativamente a esse problema, a União Europeia não impõe que seja conferida à emissão de declarações de vontade por documentos electrónicos o valor de uma dada forma legal, não prescrevendo, por exemplo, se esta se equipara à *forma escrita*; nessa medida, serão os Estados-Membros quem, no acto de transposição, definirão se a contratação electrónica basta nos negócios formais ou solenes. Assim, deve recordar-se que o legislador português, como já dissemos *supra*, foi particularmente receptivo, já que no acto de transposição veio sublinhar que o valor de *documento escrito* que atribuía aos documentos electrónicos implica que os contratos celebrados electronicamente cumpram a exigência de forma escrita<sup>129</sup>, o que vem claramente permitir a celebração de contratos formais através de meios telemáticos<sup>130</sup>.

Todavia, o normativo comunitário não obriga a que *todos* os contratos sejam abrangidos pelo princípio da admissibilidade, permitindo excluir, designadamente, aqueles que careçam de intervenção de entidade com funções públicas e os que constituam ou transfiram direitos reais sobre imóveis. Quanto a esta faculdade, o nosso legislador foi expresso e aceitou-a inequivocamente, não estendendo a aplicação do princípio a tais contratos<sup>131</sup> e gerando a dúvida quanto à viabilidade de emissão de declarações de vontade por via electrónica neste domínio.

### c) Documentos autênticos em suporte electrónico

O problema que aqui concitamos — a questão de saber se são admissíveis documentos *autênticos* em formato electrónico — não é claramente resolvido pelo Regime Jurídico do Documento Electrónico e da Assinatura Digital.

Para a sua resolução, deve começar por notar-se que em lugar algum, o legislador se pronuncia sobre a classificação dos documentos electrónicos na *summa divisio* operada pela lei civil entre documentos autênticos ou particulares. Nessa sequência, não parece haver razão para arguir a inaplicabilidade do regime estatuído pelas normas do Código Civil: um documento autêntico é aquele que é exarado, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência, pelos notários, ou por outros oficiais públicos (cfr. o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil). Ora, não suscitando dificuldades a questão de saber se as autoridades públicas e os notários podem exarar documentos em suporte electrónico,

<sup>128</sup> Assim dispõe o seu artigo 9.º: *Os Estados-Membros assegurarão o que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos. Os Estados-Membros assegurarão o, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios electrónicos, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo facto de serem celebrados por meios electrónicos*".

Por outro lado, e como bem nota Oliveira Ascensão, este princípio é claramente reforçado pela previsão expressa das exceções onde este princípio pode ser afastado. Cfr. José de Oliveira Ascensão, "Contratação Electrónica...", pp. 47.

<sup>129</sup> Assim dispõe o art. 26.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março: "As declarações emitidas por via electrónica satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação. O documento electrónico vale como documento assinado quando satisfizer os requisitos da legislação sobre assinatura electrónica e certificação".

<sup>130</sup> Como vimos, o mesmo já resultava do n.º 1 do art. 3.º do RJDEAD, que expressamente equiparava o Documento Electrónico a documento em forma escrita con quanto o seu conteúdo seja susceptível de representação como declaração escrita.

<sup>131</sup> Cfr. n.º 2 do art. 9.º da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000 e o n.º 2 do art. 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

por quanto o artigo 5.º do Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) o admite expressamente<sup>132</sup> con quanto se submeta às regras gerais (apesar de, como se percebe, dever a autoridade pública submeter-se, para a respectiva emissão, às regras constantes do Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, que cria o Sistema de Certificação Electrónica do Estado — Infra-Estrutura de Chaves Públicas) —, parece que a questão se resolverá no que tange à viabilidade da aplicação das “formalidades legais” de emissão de um documento autêntico à formalidade electrónica.

Entendamo-nos: se é certo que as autoridades públicas podem exarar documentos electrónicos (art. 5.º RJDEAD) e que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida (n.º 2 do art. 3.º RJDEAD), o documento electrónico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja apostada a respectiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas “as formalidades legais” a que se refere o n.º 2 do artigo 363.º do Código Civil. Estas formalidades compreendem, nomeadamente, as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos, nos termos dos artigos 7.º a 34.º do Código de Notariado que, como se percebe, estão pensadas em exclusivo para os documentos exarados em suporte de papel. Nessa medida, a Doutrina tem recusado a viabilidade prática de geração de documentos electrónicos autênticos<sup>133</sup>.

Antes de nos pronunciarmos sobre o problema, deve sublinhar-se que a questão que se coloca não é propriamente a de estar normativamente proibida a utilização, para cumprimento destas obrigações, de documentos electrónicos; o óbice radica no facto da legislação em causa ter sido produzida “*in a era when technologies did not exist to replace documents ‘in writing’ with electronic mail or ‘signatures’ with encrypted data blocks*”<sup>134</sup>. Isto é, não está em causa uma *proibição* de exarar escrituras públicas em suporte electrónico mas uma *incerteza* quanto a essa viabilidade, em face de as normas aplicáveis serem historicamente datadas.

Por nossa parte, julgamos que a mera prescrição pelo Código de Notariado de obrigações de organização de livros e arquivos não preclui, só por si, essa viabilidade, uma vez que, numa interpretação actualista, é possível entender os ditos livros e arquivos como documentos que, com conteúdo idêntico, revistam natureza electrónica. Efectivamente, não deve olvidar-se que inexistem obstáculos de natureza técnica à organização de *livros, índices e arquivos* em suporte informático, assegurando-se a sua inviolabilidade e autenticidade recorrendo à assinatura digital do notário autor do documento. Aliás, mesmo a norma do art. 9.º do Código do Notariado admite esta interpretação, já que, por um lado, desde que não existam modelos aprovados (por despacho do Presidente do Instituto dos Registros e do Notariado), cabe ao notário adoptar os modelos de livros que lhe aprouver, e por outro, admite-se expressamente a submissão ao tratamento informático dos livros notariais<sup>135</sup>. Nessa medida, e como posição de princípio, cremos que não será a obrigação de os actos notariais constarem de livros que impedirá a opção do notário por um documento autêntico em suporte electrónico.

Posição similar tem a Ordem dos Notários Portugueses que, de acordo com Joaquim Barata Lopes, criou uma entidade certificadora com vista à criação de escrituras electrónicas, “*em que as partes podem estar em locais físicos diferentes, mas proferem a declaração negocial na presença do notário, que, com o seu certificado digital, garante a segurança técnica ao mesmo tempo que garante a segurança jurídica certificando, nomeadamente, a capacidade das partes*”<sup>136</sup>.

Porém, certo é que se colocam importantes obstáculos à efectivação prática desta realidade.

<sup>132</sup> Neste particular, acompanhamos expressamente Miguel Pupo Correia quando defende que esta norma, que admite a emissão por entidades públicas de documentos electrónicos, comprehende quer os actos administrativos, quer os que relevem das suas relações de natureza jurídico-privada. Cfr. Miguel Pupo Correia, “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 25.

<sup>133</sup> Vide Miguel José de Almeida Pupo Correia, “Documentos Electrónicos e Assinatura...” e “Assinatura Electrónica e Certificação...”, pp. 27; Joel Timóteo Ramos Pereira, *Compêndio Jurídico...*, pp. 631.

<sup>134</sup> Ian Walden, “Regulating Electronic Commerce...”, pp. 21.

<sup>135</sup> Cfr. n.º 6 do art. 21.º do Código do Notariado.

<sup>136</sup> Cfr. Joaquim Barata Lopes, “A segurança jurídica — registos e notariado...”, pp. 14.



Em primeiro lugar, e no que respeita à viabilidade de exaração de escrituras públicas sem a presença simultânea das partes, recorde-se que a norma do artigo 46.º do mesmo código, impõe a *presença simultânea* dos outorgantes e do notário, a eliminar qualquer vantagem que pudesse decorrer da celebração de escrituras públicas electrónicas<sup>137</sup>.

Por outro lado, é duvidoso que um instrumento público exarado sem a *presença simultânea das partes* possa garantir, com fé pública, a sua vontade livre e esclarecida, já que aquela é precisamente um dos requisitos inerentes ao seu conceito<sup>138</sup>. Com efeito, e ainda que cada uma das partes se apresente (em locais distintos) perante um notário diferente, que recolha as respectivas manifestações de negociais, o facto de as partes poderem ser desconhecidas entre si e de a explicação do conteúdo provir de oficiais públicos diferentes pode atentar contra uma das finalidades que o legislador quis impor na modelação da formalidade dotada da maior solenidade.

Ademais, e mesmo quanto à celebração de uma escritura pública electrónica na presença simultânea dos outorgantes, deve atentar-se que algumas das normas do Código de Notariado revelam de forma quiçá inultrapassável a sua ligação ao suporte de papel: basta pensar nas disposições relativas ao desdobramento de livros, à sua encadernação e às folhas soltas constantes dos artigos 20.º e 21.º do Código do Notariado, a qual parece enfrentar sério óbice à utilização de suporte electrónico para os documentos autênticos. Lembre-se, ainda, que a legislação só autoriza o *tratamento informático* dos livros<sup>139</sup> mediante despacho favorável do Presidente do IRN, o que, por maioria de razão, parece impor a dedução de que se o *tratamento* dos actos através de mecanismos electrónicos se sujeita a autorização, também a substituição do seu suporte o será.

Por outro lado, não deve negligenciar-se que, como vimos *supra*, o facto de a lei ser anterior à viabilidade de documentos electrónicos como perfeitos substitutos dos seus congéneres em papel gera uma situação de incerteza jurídica. Ora, *incerteza jurídica* será porventura um dos mais graves obstáculos que aqui se concitam, já que a utilização de formas solenes na celebração de negócios jurídicos (prescrita pelo legislador ou decorrente da vontade dos outorgantes) tem como escopo a geração de uma maior segurança, sem a qual o recurso a instrumentos autênticos perderá sentido.

Por fim, deve notar-se que, aquando da transposição da Directiva sobre comércio electrónico<sup>140</sup>, o legislador nacional utilizou a faculdade que as instituições comunitárias lhe haviam conferido de excluir do princípio da admissibilidade dos contratos em forma electrónica os negócios “*legalmente sujeitos a reconhecimento ou autenticação notariais*” e, para que dúvidas não restassem, todos os negócios “*reais imobiliários, com exceção do arrendamento*”<sup>141</sup>. Ora, se este argumento não é determinante (uma vez que apenas estabelece a não sujeição daqueles negócios ao princípio geral da admissibilidade da contratação electrónica e não excluindo expressamente aquela faculdade), é certo que a lei portuguesa deu um sinal contrário à aceitação desta via de formalização negocial, gerando (pelo menos) incerteza quanto à viabilidade da sua utilização. Esta *incerteza* da viabilidade de utilização de meios electrónicos é um factor de repúdio, entre os operado-

<sup>137</sup> Cfr. alínea l) do art. 46.º do Código do Notariado.

<sup>138</sup> Não estando definida legalmente a *escritura pública*, certo é que “*o conceito está suficientemente firmado no ordenamento jurídico há longa data*”. Ora, este abrange *necessariamente* como requisitos, pelo menos actualmente, “*a exigência de a mesma ser escrita em língua portuguesa, devendo nela observar-se também as exigências da «simultaneidade da presença de todos os intervenientes, o controlo da identidade das partes, a validade da sua representação, a legalidade do acto...»*”. Cfr. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 5.

<sup>139</sup> Cfr. n.º 6 do art. 21.º do Código do Notariado. Não discutiremos o conteúdo ou significado desta referência.

<sup>140</sup> Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000.

<sup>141</sup> Cfr. alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

res, desta via negocial, principalmente num domínio onde a segurança jurídica assume primordial importância; com efeito, julgamos que qualquer ameaça que se coloque neste âmbito implica a sua rejeição pelos operadores económicos<sup>142</sup>.

Nessa medida, julgamos que, na senda do que defende a Doutrina dominante, sem uma intervenção do legislador ordinário no sentido da aceitação expressa de escrituras públicas electrónicas, não pode concluir-se outra coisa que não seja a ainda impossibilidade de lançar mão de escrituras públicas electrónicas, estando tal facto dependente de uma cirúrgica intervenção do Código de Notariado.

#### d) Documentos electrónicos e documentos particulares autenticados

Neste ponto, sumariamente, concitamos um problema que é divisível em duas questões. Por um lado, importa saber se uma entidade com funções notariais pode autenticar um documento particular em suporte electrónico que titule a constituição ou transmissão de um direito real sobre um imóvel sito em Portugal. Por outro, há que indagar se o termo de autenticação de um documento particular pode ser exarado em suporte informático e não em papel.

Sublinhe-se que nos referimos ao *documento particular autenticado* instituído pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, e regulamentado pela Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro, cuja validade depende da promoção do seu depósito electrónico<sup>143</sup>, ao invés do que sucede com a clássica autenticação de documentos particulares, exclusivamente regulada nos arts. 150.<sup>º</sup>ss do Código de Notariado<sup>144</sup>.

Nestes actos normativos, não obstante se regular o *depósito electrónico*, não está resolvido o problema de saber se os títulos a submeter podem constituir *documentos electrónicos em sentido estrito* (armazenados em memória digital e apenas descodificáveis através de meios informáticos) ou apenas *documentos electrónicos derivados* (documentos originariamente em papel e introduzidos na memória do computador através de aparelhos de digitalização)<sup>145</sup>. Na verdade, quanto ao formato, o legislador dispõe tão-somente que os documentos submetidos “devem adoptar os formatos jpeg, tiff ou pdf e ter uma dimensão máxima de 5 MB”<sup>146</sup>. Em face desta disposição, se podemos concluir que é viável o depósito electrónico de *digitalizações de documentos em papel* (já que os formatos *tiff* e *jpeg* se reportam exclusivamente a imagens gráficas), subsiste a dúvida quanto à exequibilidade de submissão de documentos em formato *pdf*, pois estes ficheiros podem conter quer uma imagem do documento em papel (subscrito por assinatura autógrafa), quer um documento electrónico gerado com a aposição de uma assinatura electrónica qualificada<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Nesta senda, Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 27, declara que “a promoção do comércio electrónico depende não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes.

<sup>143</sup> Cfr. n.º 2 do art. 24.<sup>º</sup> do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

Duas notas a este respeito. Em primeiro lugar, importa sublinhar que *este documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis é **bastante diferente da figura similar que conhecíamos**, pelo que a necessidade de depósito electrónico apenas se verifica nestes e não em todos os demais (como, por exemplo, o documento a que se refere o n.º 1 do CRPred relativo ao cancelamento da hipoteca). Neste sentido, *vide* Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 7. Em segundo lugar, importa sublinhar que a disposição em causa tem gerado as maiores dúvidas na Doutrina, uma vez que é difícil conciliá-la com o princípio da consensualidade (art. 408.<sup>º</sup> Código Civil). No fundo, surge a dúvida sobre se o contrato é suficiente para a transmissão do direito ou se a este deve acrescer um *modo*, concretizado no depósito electrónico do documento.

<sup>144</sup> Obviamente, é possível que os notários titulem igualmente negócios jurídicos de constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis através deste documento particular autenticado. Simplesmente, como se percebe, não terão quaisquer vantagens em fazê-lo, já que podem materializá-los em escrituras públicas, conferindo uma maior segurança aos outorgantes e prescindindo da necessidade de depósito electrónico.

<sup>145</sup> Sobre as classificações dos documentos electrónicos, *vide* o que dissemos *supra* na nota n.º 10.

<sup>146</sup> Cfr. artigo 10.<sup>º</sup> da Portaria n.º 1535/2008, de 30 de Dezembro.

<sup>147</sup> De facto, no formato PDF, já desde a sua versão 1.3 (do ano 2000), quer o ficheiro contenha informação visual ou electrónica, é possível ligar uma assinatura digital ou outra *assinatura electrónica qualificada*.

Assim, importa tratar da ligação entre os documentos electrónicos (*stricto sensu*) e a figura do *documento particular autenticado*, que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Comecemos pelo primeiro problema: saber se, num contrato de constituição de um direito real sobre imóveis (principalmente, na constituição de uma garantia real imobiliária, que prescinde as mais das vezes de uma ligação do seu titular ao lugar da situação da coisa e) é possível que as partes reduzam o contrato a escrito através de um documento electrónico, apondo cada uma delas uma *assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada* (ou com efeito equivalente, nos termos do art. 38.º RJDEAD), e depois o submetam para autenticação, cumprindo assim a forma legal.

A importância prática da eventual viabilidade de autenticação de documentos electrónicos é directamente proporcional à dimensão da sua aceitação, já que um seu acolhimento *restrito* pouco acrescenta do ponto de vista do incremento da constituição de garantias imobiliárias numa relação internacional e uma aceitação *alargada* da medida admitiria que os sujeitos mais facilmente aceedessem a crédito prestado por entidades estrangeiras, oferecendo hipotecas sobre os imóveis sitos em Portugal. Isto é, a ser plenamente possível, abrir-se-ia a porta a uma constituição entre ausentes e desconhecidos de direitos reais sobre imóveis, o que, no que respeita às hipotecas, incrementaria consideravelmente a concorrência entre as instituições de crédito, já que o potencial devedor poderia oferecer a sua garantia a entidades não sedeadas no Estado da situação da coisa e contratar a respectiva constituição à distância.

Entendamo-nos: a autenticação de documentos particulares<sup>148</sup>, nos termos do art. 150.º do Código do Notariado, pode ocorrer quando as partes confirmem o respectivo conteúdo perante uma entidade com funções notariais<sup>149</sup>. Nessa medida, colocam-se aqui duas questões.

Em primeiro lugar, concita-se o problema de saber se, ao receber um documento electrónico com as *assinaturas electrónicas qualificadas certificadas por entidade credenciada*, pode considerar-se que as partes confirmaram “*o seu conteúdo perante o notário*”<sup>150</sup>. Este quesito (que podemos apelidar do problema da *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos), liga-se a perceber se a utilização de uma assinatura electrónica confirma à entidade com funções notariais o conteúdo do documento electrónico. A ser possível, como se percebe, viabilizar-se-ia que um potencial devedor, titular de um imóvel sítio em Portugal, pudesse contratar electronicamente e de modo particular com uma entidade bancária estrangeira a constituição de uma hipoteca e que, apondo ambos os outorgantes a sua *assinatura electrónica*, remetendo-se depois o documento a uma entidade com funções notariais para proceder à sua autenticação.

Em segundo lugar, suscita-se a questão da *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos (menos útil mas igualmente pertinente) que se concretiza em saber se as partes podem, confirmando presencialmente o conteúdo de um documento electrónico junto de uma entidade com funções notariais, obter a sua autenticação.

Sobre o tema, *vide* Adobe Systems Incorporated, *PDF Reference*, 6ª Edição, Novembro de 2006, pp. 725, acessível na internet via [http://www.adobe.com/devnet/acrobat/pdfs/pdf\\_reference\\_1-7.pdf](http://www.adobe.com/devnet/acrobat/pdfs/pdf_reference_1-7.pdf), consultado em 4 de Setembro de 2009: “*A digital signature (PDF 1.3) can be used to authenticate the identity of a user and the document's contents. It stores information about the signer and the state of the document when it was signed. The signature may be purely mathematical, such as a public/private-key encrypted document digest, or it may be a biometric form of identification, such as a handwritten signature, fingerprint, or retinal scan*”.

O processo de aposição é muito simples, podendo seguir-se o método explicado pelos serviços informáticos da Universidade do Minho, disponível na internet via [http://www.sapia.uminho.pt/uploads/assinar\\_AReader.pdf](http://www.sapia.uminho.pt/uploads/assinar_AReader.pdf), consultado em 4 de Setembro de 2009.

<sup>148</sup> E, recorde-se que, uma vez autenticado, o documento passa a gozar da mesma força probatória de um documento autêntico, nos termos do art. 377.º do Código Civil.

<sup>149</sup> Com efeito, manda o n.º 1 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, aplicar subsidiariamente as normas do Código do Notariado, apelidando-o estranhamente de “*Código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto*”.

<sup>150</sup> Desde o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, em vez de “notário”, deverá ler-se “entidade com funções notariais”, já que há hoje um conjunto alargado de sujeitos capazes de autenticar os documentos particulares que titulam a constituição, transmissão ou extinção de direitos reais sobre imóveis.

Por nossa parte, parece-nos claro que a *aceitação ampla* da autenticação de documentos electrónicos é *de iure condito* absolutamente inviável. De facto, a *autenticação de um documento particular* implica que as partes hajam garantido à entidade que exerce funções notariais o conhecimento e aceitação do conteúdo do documento, o que se deduz não apenas da própria noção da *autenticação*<sup>151</sup> mas do requisito legal de o notário (ou equiparado) declarar solememente que as partes leram e estão inteiradas do conteúdo do documento. Ora, a mera cognição de que foi apostada uma assinatura digital<sup>152</sup>, equiparada à assinatura autógrafa notarialmente reconhecida, apenas faz prova de que o titular *declarou* o seu conteúdo, mas não que está elucidado sobre o respectivo teor, já que se exige “*à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado*”<sup>153</sup>, (por força da norma do n.º 3 do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que faz impender sobre as entidades autenticadoras todas as “*obrigações de verificação, comunicação ou participação*” relacionadas com a constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis). Nessa sequência, deve recordar-se que o Conselho Técnico do IRN estabeleceu que “*a confirmação do conteúdo do documento particular perante a entidade autenticadora tem que ser feita simultaneamente por todos os declarantes, porquanto se trata de negócio para cuja validade (existência jurídica) a lei exige documento particular autenticado*”<sup>154</sup>. Isto é, aceitar a vertente *ampla* da autenticação de documentos particulares equiparar-se-ia a prescindir do controlo do terceiro imparcial, fiscalização essencial entre nós.

Ademais, e ainda que assim não fosse, colocam-se obstáculos legais intransponíveis; recorde-se que o termo de autenticação se sujeita às regras do documento público, pelo que devem ocorrer uma série de formalidades impossíveis de ter lugar no arquétipo aqui desenhado. Efectivamente, se a autenticação ocorre na ausência das partes, é impossível ocorrer, “*em voz alta e na presença simultânea de todos os intervenientes, a leitura do instrumento lavrado e a explicação do seu conteúdo*”<sup>155</sup>.

Por fim, atendendo à equiparação legal dos documentos electrónicos subscritos com assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada aos documentos cuja assinatura foi notarialmente reconhecida, a sustentação desta solução implicaria aceitar que a mesmo a autenticação de documentos em papel poderia ocorrer sem a presença das partes, bastando remeter ao notário um documento escrito e com as assinaturas reconhecidas. Ora, se a lei, mesmo no âmbito do tradicional suporte de papel, distingue claramente as figuras da *autenticação* e do *reconhecimento*, não pode advogar-se que este bastará para se produzir aquela.

A *aceitação restrita* da autenticação de documentos electrónicos, não obstante ser menos atractiva do ponto de vista da constituição de relações jurídicas à distância, coloca menos problemas. Aqui, o que está em causa é saber se as partes se podem apresentar junto de uma entidade com funções notariais munidas de um documento electrónico digitalmente assinado<sup>156</sup>, confirmando aí o seu conteúdo para que esta exare o competente termo de autenticação.

Quanto a este problema, não se colocam os óbices que identificámos a propósito dos instrumentos públicos nem as dificuldades inerentes à autenticação sem a presença dos outorgantes. Ademais, equiparando-se legalmente um documento electrónico a um documento escrito<sup>157</sup>, para todos os efeitos o notário estará presente a um documento particular.

<sup>151</sup> Cfr. Seabra Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 403.

<sup>152</sup> Ou outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

<sup>153</sup> Cfr. Parecer de 30 de Julho de 2009 do Conselho Técnico do IRN, proc. 67/2009, pp. 7.

<sup>154</sup> Cfr. Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 8. Trata-se, assim, de uma formalidade *ad substantiam* e não *ad probationem*.

<sup>155</sup> Formalidade imposta pela alínea I) do art. 46.º do Código do Notariado, aplicável aos termos de autenticação por força do n.º 1 do art. 151.º do mesmo código, por sua vez mobilizável em razão da norma do n.º 1 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

<sup>156</sup> Ou com outra assinatura electrónica qualificada certificada por entidade credenciada.

<sup>157</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 3.º do RJDEAD.

Assim, pareceria que a única dificuldade prática suscitada à autenticação de documentos electrónicos é a da agregação do termo de autenticação (porventura necessariamente assente em papel) ao documento electrónico, que tem natureza incorpórea, embaraço que não parece relevante<sup>158</sup>.

No entanto, e chegados a este ponto sem encontrar óbices de maior, é o vector do regime jurídico que pareceria ser mais propício à aceitação de documentos particulares electrónicos na titulação da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis que acaba por colocar os maiores obstáculos à sua aceitação.

Entendamo-nos. Vimos existirem dois factores que nos fariam propender para, neste caso, aceitar a viabilidade do formato electrónico do título constitutivo ou translativo do direito real: *por um lado*, é patente um certo favor do legislador em torno do formato electrónico, porquanto faz depender a validade desta autenticação do seu *depósito electrónico* em formato digital (*pdf, tiff ou jpeg*); *por outro*, o termo de autenticação (e o documento particular) não está sujeito, nos termos do Código do Notariado, às normas relativas à encadernação dos instrumentos públicos em livros, constantes dos arts. 20.<sup>º</sup> e 21.<sup>º</sup> e que nos suscitaron dúvidas quanto à viabilidade de operar delas uma interpretação actualista.

O entusiasmo com que encarámos estes dois factores foi, todavia, rapidamente esquecido, já que o carácter progressista do legislador é traído por um ainda excessivo arreigamento ao suporte de papel. De facto, um mais cuidadoso olhar sobre as normas reguladoras deste especial *documento particular autenticado* permite descobrir que o n.<sup>º</sup> 6 do art. 24.<sup>º</sup> do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 116/2008, de 4 de Julho, faz impor sobre as entidades autenticadoras a obrigação de arquivo dos *documentos originais*.

Só por si, esta norma denota que o legislador, quando construiu o depósito electrónico, não vislumbrou a eventualidade de utilização de documentos electrónicos *stricto sensu*, pois a formulação só faz perfeito sentido quando é perspectivada a existência de um original em papel e de uma digitalização electronicamente submetida<sup>159</sup>, prática que aliás não é nova<sup>160</sup>. O argumento isolado não seria porém determinante, já que sempre podia advogar-se existir a obrigação de armazenamento do documento electrónico original, em suporte idêntico ao que foi submetido<sup>161</sup>.

Porém, não sendo definidos os contornos da obrigação de *arquivo* dos documentos originais que recai sobre as entidades autenticadoras, e perante a remissão operada pelo n.<sup>º</sup> 1 do art. 24.<sup>º</sup> do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 116/2008, de 4 de Julho, parece que é nos arts. 27.<sup>º</sup>ss do Código do Notariado que deve procurar-se o respectivo conteúdo. Ora, como se espera, é manifestamente desolador o quadro normativo: os documentos devem ser arquivados em livros ou em maços, sendo extensas as normas relativas à sua destruição

<sup>158</sup> De facto, nenhuma norma positiva ou suprapositiva impõe que o termo de autenticação tenha o mesmo suporte do que o documento particular a que se refere. Na verdade, a imposição legislativa (obviamente pensada exclusivamente para a autenticação de documentos com existência física e assentes em papel) basta-se pela indicação de que sejam lavrados “*no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa*”. Cfr. n.<sup>º</sup> 4 do art. 36.<sup>º</sup> do Código do Notariado. Ora, uma interpretação actualista desta regra permite concluir ser possível que a entidade com funções notariais identifique, no termo de autenticação, o documento a que se refere (com os tradicionais elementos identificativos – data, local, outorgantes e seu conteúdo sumário), anexando-se o documento electrónico digitalmente assinado em qualquer outro suporte (um CD, uma disquete, uma pen-drive), já que a presença da assinatura electrónica qualificada dos outorgantes sempre garantirá, como *supra explicámos*, a integridade do documento. Claro que, como obviamente se deduz, não existe qualquer vantagem na autenticação em papel destes documentos, uma vez que não apenas se exige a presença das partes nos mesmos termos em que ocorreria uma tradicional autenticação de documento em papel, como há uma desvantagem prática da anexação, que é menos funcional e mais dispendiosa.

<sup>159</sup> É esta a convicção do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado que, no seu Parecer do de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 12, determina que tem de existir um documento em papel, “*um documento escrito que [...] é arquivado pela entidade autenticadora*”.

<sup>160</sup> Basta recordar-se que o Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 66/2005, de 15 de Março, relativo à transmissão por via electrónica de documentos com valor de certidão, se refere *sempre* a digitalizações de documentos em papel (portanto, *documentos electrónicos derivados*) e nunca a documentos electrónicos em sentido próprio, incorpóreos e sujeitos a assinatura electrónica.

<sup>161</sup> Este argumento encontraria algum apoio no facto de o art. 4.<sup>º</sup> RJDEAD estabelecer que as cópias de documentos electrónicos podem constar de idêntico ou de diferente suporte.

física e à sua arrumação, demonstrando que nunca o legislador concebeu a hipótese da natureza incorpórea de tais títulos.

Nessa medida, e tal como vimos suceder no campo das *escrituras electrónicas*, ainda que reconheçamos a viabilidade de interpretação actualista de tais normas, regista-se uma enorme *incerteza* na aceitação destas figuras, a retirar qualquer vantagem aos outorgantes de recorrer a esta figura: não só a autenticação, como vimos, deve ocorrer na presença simultânea das partes como parece que esta foi pensada exclusivamente para suportes físicos, pelo que a opção por um formato electrónico *stricto sensu* sempre implicaria uma incerteza capaz de suscitar problemas aquando do registo do direito. Ora, *qualquer incerteza* dos operadores económicos relativa à utilização de meios electrónicos de contratação extingue qualquer hipótese de sucesso na sua utilização<sup>162</sup>.

Isto é, as razões que aduzimos no sentido do afastamento da viabilidade de escrituras públicas electrónicas (ou, pelo menos, da sua vantagem) valem igualmente neste quadro, arrastando assim qualquer relevância prática da possível formalização electrónica de documentos particulares; de facto se pelas razões que acima explicitámos melhor, a autenticação não poderá ocorrer sem a presença simultânea das partes, não só é duvidosa a aceitação do suporte electrónico (apontando a lei — e o Conselho Técnico do IRN<sup>163</sup> — para um sentido negativo) como inexiste qualquer vantagem que este poderia oferecer.

Concluindo pela inviabilidade (ou pelo menos inutilidade) da transmissão ou constituição de direitos reais sobre imóveis através de documentos electrónicos *stricto sensu*, perde relevância o problema de saber se o termo de autenticação lavrado pela entidade com funções notariais pode revestir formato electrónico.

A resposta a este problema não poderia, no entanto, ser outra: na verdade, porque o termo de autenticação está, por um lado, submetido a obrigações notariais muito próximas das de uma escritura pública<sup>164</sup> e, por outro, sujeito a depósito electrónico (*e arquivo do original*)<sup>165</sup> conjuntamente com o documento particular, são razões bastantes para impor a mesma conclusão: o formato electrónico é hoje inviável ou, pelo menos, absolutamente inútil. Ademais, a necessidade de os termos de autenticação constarem “*no próprio documento a que respeitam ou em folha anexa*”<sup>166</sup> aponta invariavelmente para que, não podendo estes ser desmaterializados, deverem igualmente aqueles concretizar-se em suporte físico.

## VI) Conclusões

Terminada a análise e confrontação do regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura electrónica, por um lado, e das exigências formais na titulação de direitos reais sobre imóveis, por outro, avultam duas importantes conclusões.

Em primeiro lugar, no que respeita à posição da legislação nacional em face do valor jurídico dos documentos electrónicos e das assinaturas electrónicas, não pode deixar de elogiar a postura progressista do legislador pâtrio, não apenas aceitando a sua utilização sempre que a lei imponha forma escrita, como conferindo um valor qualificado a todos os documentos dotados de certo tipo de assinatura. Ademais, deve ser sublinhado que as últimas intervenções no RJDEAD vieram não apenas adoptar a via tecnológica imposta pela legislação comunitária (através da sua *relativa neutralização técnica*), como mantiveram a originalidade portuguesa de, perante uma credenciação facultativa das entidades certificadoras, permitir

<sup>162</sup> Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Comércio Electrónico na Sociedade...*, pp. 18.

<sup>163</sup> Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, pp. 12.

<sup>164</sup> De facto, o termo de autenticação é sujeito a todos os requisitos prescritos pelo art. 46.º do Código de Notariado. Neste sentido, cfr. Seabra Lopes, *Direito dos Registos e do Notariado*, 3<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2005, pp. 403.

<sup>165</sup> Cfr. n.º 2 do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008.

<sup>166</sup> Cfr. n.º 4 do art. 36.º do Código do Notariado.

atribuir às assinaturas electrónicas a força de *assinaturas notarialmente reconhecidas*.

A segunda conclusão — inferida depois de trazer o progressista regime português dos documentos electrónicos ao campo da constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis — é a de que não parece ser ainda possível (ou pelo menos útil) a substituição do suporte papel naquele tipo de negócios, já que a função *preventiva* do notariado português exige sempre a presença simultânea dos outorgantes, a que acresce alguma desactualização insanável das normas do Código do Notariado<sup>167</sup>.

As consequências desta segunda conclusão são evidentes: estamos perante um importante obstáculo à criação de garantias internacionais sobre imóveis sitos em Portugal. Simplesmente, a sua superação constitui um difícil problema jurídico: haverá forma de afiançar a guarda avançada da função notarial através de meios telemáticos que prescindam da presença simultânea das partes? A busca do êxito na combinação de dois interesses que parecem apontar em sentido contrário constitui, assim, um sério desafio que se coloca à Doutrina e aos órgãos legiferantes.

**Palavras-Chave:** Assinatura Electrónica, Documento Electrónico, Garantias Imobiliárias, Documento Público, Documento Particular Autenticado.

*Afonso Patrão*

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

#### Bibliografia Citada

Almeida, Ana Costa, *Direito e Internet*, Minerva, Coimbra, 2002;

Andrade, Francisco Carneiro Pacheco de, “A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas”, *Scientia Iuridica*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347-367;

Ascensão, José de Oliveira, “Contratação Electrónica”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 43-68;

Birnbaum-Sarcy, Laurence / Darques, Florence, « La signature électronique — Comparaison entre les législations française et américaine », *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n.º 5/2001, pp. 543, acedido via internet em [http://www.signelec.com/content/download/articles/la\\_signature\\_electronique\\_comparaison\\_fr\\_us\\_vf.pdf](http://www.signelec.com/content/download/articles/la_signature_electronique_comparaison_fr_us_vf.pdf) e consultado em 02.09.2009;

Cammarata, Manlio / Maccarone, Enrico, “I problemi del receimento della direttiva 1999/93/CE”, disponível na internet via <http://www.interlex.it/docdigit/recep1.htm12>, acedido em 20.07.2009

Casero Mejías, Manuel, “La Eurohipoteca”, tradução de “Die Eurohypothek”, de O. Stöcker, *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 91-182;

Cordeiro, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I – Parte Geral, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005;

Corrales, Marcelo, “Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries”, *Revista de Derecho Informático*, ISSN 1681-5726, N.º 116, 2008, pp. 955, disponível na internet via [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) e acedido a 27 de Agosto de 2009;

Correia, António Ferrer, “A Codificação do Direito Internacional Privado — Alguns Problemas”, Separata dos volumes LI, LII, LIII e LIV do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1979;

—, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000;

<sup>167</sup> Ademais, a titulação solene da constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis parece ser dever ser sempre respeitada no que concerne aos imóveis situados em Portugal — forçando *inclusive* a celebração daqueles negócios em Portugal.

Correia, Miguel Pupo, "Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital", *Revista de Derecho Informático*, n.º 12, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009;

—, "Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas", *Revista de Derecho Informático*, N.º 23 — Junho de 2000, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, acedido em 9 de Junho de 2009.

—, "Assinatura Electrónica e Certificação Digital", 2003, disponível na internet no portal electrónico da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (<http://www.apdi.pt>), acedido em 17.07.2009.

Fernandes, Luís Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II (Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica), 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001;

Gonçalves, Pedro, "O Acto Administrativo Electrónico", *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho de 1997, n.º 265/267, pp. 47-95;

Hörster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003

Jardim, Mónica, "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", pp. 2 e 3, disponível no Portal Electrónico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acedido via internet em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=2314> e consultado em 8 de Setembro de 2009;

—, "A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus," *Página Electrónica do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, <http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/> (acedido em 16 de Abril de 2009);

Koendgen / Stöcker, „Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?“ *ZBB (Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft)*, 2/2005, pp. 112-120;

Lopes, Dulce / Pereira, Mafalda Seabra / Dias, Rui Manuel Pinto Soares / Ribeiro, Geraldo / Sousa, Luís Verde de, *Sumários Desenvolvidos de Direito Internacional Privado — Parte Especial: Estatuto Negocial*, pp. 6, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, acedido em 10 de Setembro de 2009

Lopes, Joaquim Barata, "A segurança jurídica — registos e notariado, factores de estabilidade económica", *1º Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, Julho de 2007, pp. 14, disponível em [http://encplp.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encplp.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), acedido em 22 de Julho de 2009;

Lopes, J. de Seabra, *Direito dos Registros e do Notariado*, 3ª Edição, Almedina, 2005;

Marcacini, Augusto Tavares Rosa, "O Documento Eletrônico como meio de prova", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 52, Maio/Junho de 2002, pp. 3-23;

Marques, Mário Castro, "O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas", *O Comercio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39-55;

Miguel Asensio, Pedro Alberto de, "Regulación de la firma electrónica: balance y perspectivas", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 115-143;

Monteiro, Jorge Sinde, "Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 133 (2001), n.º 3918, pp. 261-272;

Muñiz Espada, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch;

Nasarre-Aznar, Sergio, "The Eurohypothec: a common mortgage for Europe", *The Conveyancer and the Property Lawyer*, Thomson-Sweet & Maxwell, January-February 2005, pp. 32-52.

Oliveira, Elsa Dias, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002;

Otero, Paulo, "Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais" *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 781-790;

Pereira, Alexandre Dias, *Comércio Electrónico na Sociedade de Informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999;



- Pereira, Joel Timóteo Ramos, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004;  
Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2002;
- , “Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;
- Pizarro, Sebastião Nóbrega, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005
- Ramos, Rui Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1990;
- Rocha, Manuel Lopes / Correia, Miguel Pupo / et al., *As Leis do Comércio Electrónico*, Edições Centro Atlântico, Matosinhos, 2000;
- Saggio, Antonio, “Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario”, *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, Aprile-Giugno 1996, pp. 215-263;
- Schaub, Martien, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amesterdão, 2004;
- Silva, Paula Costa e, “Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 201-228;
- , “A Contratação Automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Associação Portuguesa do Direito Intelectual, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 289-306;
- Walden, Ian, “Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy”, *O Comercio Electrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, coordenado por Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9-34;



# O Elogio da Suficiência: Transformando Padrões de Consumo À Luz da Desmaterialização

## Resumo

Embora a cultura do consumo ainda reine soberana na conformação das mais corriqueiras atividades e decisões humanas, enquanto uma lógica aparentemente natural e auto-evidente, a transformação dos padrões atuais de produção e consumo parece incontornável, sobretudo em virtude do progressivo comprometimento dos componentes ambientais e do tecido social. O delineamento e concretização de um novo paradigma – o paradigma da desmaterialização – dependem da atuação efetiva do direito na redefinição de direitos e deveres no sentido da suficiência e do bem-estar não material. Nesse sentido, advoga-se por um dever fundamental de suficiência coerente com os limites ecológicos do planeta e pautado na real satisfação de vida das pessoas.

### 1. Introdução: a naturalização de uma ideia

Diz uma fábula que, certa vez, um escorpião aproximou-se de um sapo que estava à beira de um rio. O escorpião vinha fazer um pedido: “Sapo, você poderia me carregar até a outra margem deste rio tão largo?” O sapo respondeu: “Só se eu fosse tolo! Você vai me picar, eu vou ficar paralizado e vou afundar.” Exclamou, então, o escorpião: “Isso é ridículo! Se eu o picasse, ambos afundaríamos.” Confiando na lógica do escorpião, o sapo concordou e levou o escorpião nas costas, enquanto nadava para atravessar o rio. No meio do caminho, o escorpião cravou seu ferrão no sapo. Atingido pelo veneno, e já começando a afundar, o sapo voltou-se para o escorpião e perguntou: “Por que? Por que?” E o escorpião respondeu: “Por que sou um escorpião e essa é a minha natureza.”

Em que consiste a natureza humana? Até onde vão nossos atos em nome de uma suposta natureza humana? É incrível a ascendência que uma ideia pode ter sobre os homens: capaz mesmo de atingir o ponto em que passa a ser considerada a única ideia possível, ou, o que é ainda pior, em que sua existência sequer é distinguida com clareza, embora reine soberana na conformação das mais corriqueiras atividades, preferências e decisões humanas.

Colocado em termos simples, esta é a magnitude de um paradigma: uma ideia que levou anos, em geral décadas, para se desenvolver, se instalar nas mentes de um dado grupo e, por fim, conquistar o comprometimento deste. Uma vez enraizada, atinge o status de normalidade, um traço aparentemente indissociável da natureza humana e que conforma a percepção da realidade, a visão de mundo das pessoas daquele grupo e, portanto, a forma como este interage com esta suposta realidade, com este tal mundo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Conferir: KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2a. edição. Chicago: The University of Chicago Press, 1970, p. 7, 111 e ss, 144 e ss.

Os paradigmas podem delinear a visão de mundo de um determinado campo do saber, por exemplo, as ciências naturais e até as subdivisões desta, mas podem também ser identificados em contextos mais amplos, a partir de contornos holísticos e complexos, a condicionar a visão de mundo de toda uma civilização, nas suas diversas esferas<sup>2</sup>. Por um paradigma, verdadeiras atrocidades são cometidas, e seus contestadores, em geral, são vistos como hereges, loucos ou utópicos<sup>3</sup>.

Não cabe aqui discutir os pormenores da fábula ilustrada acima, e cogitar se seus personagens estavam comprometidos com algum paradigma ou se agiram, de fato, por força do instinto. A questão é que hoje vivemos e agimos sob a égide de uma ideia aparentemente indissociável da natureza humana, uma ideia pela qual colocamos em xeque a existência de nós próprios e do planeta tal como o conhecemos, mas que constitui, sem dúvida, um paradigma. Ele pode ser identificado no tempo e ser diferenciado em relação a qualquer outro momento da história dos homens, o que nos permite crer que ele seja algo construído e não dado.

Um paradigma que aqui denomo de “modernidade”: encontra suas raízes no século XVI e se consolida a partir do século XIX<sup>4</sup>. Não obstante as várias influências e modificações que sofreu ao longo dos anos<sup>5</sup>, carrega consigo características inconfundíveis com as de qualquer outro momento da história da humanidade, características estas que condicionam, inevitavelmente, nossa atual visão de mundo: dentre elas a compulsiva, obsessiva e sempre inacabada “modernização”, a insaciável sede por uma “criatividade destrutiva”, uma criatividade que derruba, limpa, abandona em nome de algo supostamente novo e melhor, algo que traduz uma noção de linearidade, prosperidade e progresso, tudo em favor da grande capacidade de fazer mais do mesmo no futuro – aumentar a produtividade e a competitividade<sup>6</sup>.

Os atuais padrões de produção e consumo, sobretudo nos países industrializados, compõem um dos pilares do paradigma da modernidade, pilar este que constitui o objeto central

<sup>2</sup> Donella Meadows sintetiza a noção de paradigma nos seguintes termos: “The shared idea in the minds of society, the great big unstated assumptions – unstated because unnecessary to state; everyone already knows them – constitutes that society's paradigm, or deep set of beliefs about how the world works.” MEADOWS, Donella. *Leverage Points: places to intervene in a system*. The Sustainability Institute, 1999, p. 17. Disponível em: <[http://www.sustainer.org/pubs/Leverage\\_Points.pdf](http://www.sustainer.org/pubs/Leverage_Points.pdf)>. Acesso em: 08/04/2011.

<sup>3</sup> Donella Meadows nos lembra que as respostas da sociedade às tentativas de desafiar paradigmas inclui atrocidades como crucificações e campos de concentração. Nestes termos: “Societal responses to paradigm challenge have included crucifixions, burnings at the stake, concentration camps, and nuclear arsenals.” MEADOWS, Donella. *Leverage points...* Op. cit., p. 18. Nessa mesma linha, Boada-Ortíz et al., ao tratarem da cultura do consumismo, afirmam que o simples exercício de cogitar a redução do consumo soa como uma “heresia” e causa “rechaço” em nossos pares. BOADA-ORTÍZ, Alejandro; MONT, Oksana. *Producto, producción y consumo: los frentes de la sostenibilidad*. P. 38. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1511753>>. Acesso em: 22/06/2011.

<sup>4</sup> Segundo Boaventura de Sousa Santos, a racionalidade moderna surge no século XVI, sobretudo no domínio das ciências naturais, e se estende ao campo das ciências sociais a partir do século XIX, firmando-se enquanto um novo paradigma de caráter global e totalitário. Conferir: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Volume I. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 2a. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 60-61.

<sup>5</sup> Motivo pelo qual a modernidade é tratada, com frequência, de forma fragmentada, por meio da identificação de diferentes características e denominações para as suas diversas “fases”, sendo que a mais recente delas – aquela na qual nos encontramos – aparece sob os mais variados títulos, dentre eles “contemporaneidade”, “pós-modernidade”, “segunda modernidade” ou, ainda, “modernidade líquida”.

<sup>6</sup> As palavras de Zygmunt Bauman tratam das características marcantes da modernidade de forma cristalina: “The society which enters the twenty-first century is no less ‘modern’ than the society which entered the twentieth [...]. What makes it as modern as it was a century or so ago is what sets modernity apart from all other historical forms of human cohabitation: the compulsive and obsessive, continuous, unstoppable, forever incomplete *modernization*; the overwhelming and ineradicable, unquenchable thirst for creative destruction (or of destructive creativity, as the case might be: of ‘clearing the site’ in the name of a ‘new and improved’ design; of ‘dismantling’, ‘cutting out’, ‘phasing out’, ‘merging’ or ‘downsizing’, all for the sake of a greater capacity for doing more of the same in the future – enhancing productivity or competitiveness.’” BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000, p. 28. Acerca dos detalhes do paradigma da modernidade: RIFKIN, Jeremy; HOWARD, Ted. *Entropy: a new world view*. Nova York: The Viking Press, 1980. Nessa mesma linha, a Comissão de Desenvolvimento Sustentável (SDC), antigo órgão independente de apoio ao governo do Reino Unido em matéria de sustentabilidade, em publicação de março de 2009, esclarece que a associação do conceito de prosperidade à ideia de crescimento econômico é uma construção moderna. SDC. *Prosperity without growth? The transition to a sustainable economy*. Sustainable Development Commission (SDC), 2009, p. 16.



da análise crítica e da proposta de transformação a serem levadas a efeito por este trabalho. E são duas as razões principais que motivam este ensaio e delineiam o complexo problema perante o qual o direito deve se posicionar: (i) os profundos impactos ambientais resultantes dos atuais padrões de produção e consumo; (ii) o limitado bem-estar humano e o amplo mal-estar (desintegração, desconstrução do tecido) social provocados por estes mesmos padrões.

Os efeitos perversos, principalmente para o ambiente e a sociedade, da atual sistemática de produção e consumo agigantam-se perante nossos olhos, prova cabal de que algo continua a funcionar mal e de que a crença obstinada na naturalidade e auto-evidência da concepção de mundo moderna, sobretudo no que tange ao estímulo ao consumo, ganha cada vez mais espaço no terreno da irresponsabilidade<sup>7</sup>. Preferimos, porém, continuar de olhos bem fechados diante dos nossos excessos<sup>8</sup>, para não vermos no consumismo o grande desafio do nosso tempo.

À luz dessas considerações preliminares, este ensaio propõe o repensar dos padrões atuais de produção e consumo, a partir de uma perspectiva holística e integrada. Precisamente, importa discutir o conceito de *desmaterialização* enquanto pedra angular de um paradigma de superação do consumismo. Imbuída deste objetivo, começo por apresentar um breve panorama dos padrões de produção e consumo hoje preponderantes, oportunidade em que serão melhor delineados tanto o problema, de caráter eminentemente ambiental, que se apresenta diante da sociedade e, sobretudo, do direito, quanto o cenário de crise em que o problemático paradigma se encontra. A seguir, estabeleço algumas balizas semânticas relativas ao conceito de desmaterialização, aqui adotado sob duas facetas distintas e complementares, denominadas de *objetiva* e *subjetiva*. Uma vez definidos os parâmetros conceituais, destaco o papel crucial do direito no processo de delineamento e consolidação do paradigma da desmaterialização, sobretudo por meio da redefinição de direitos e deveres no sentido da promoção da suficiência. Por fim, são discutidos alguns dos elementos indispensáveis para uma bem-sucedida transformação paradigmática.

## **2. Breve panorama dos padrões atuais de produção e consumo**

### **2.1. Aspectos fulcrais**

São três os aspectos fulcrais dos padrões atuais de produção e consumo que merecem ser destacados e discutidos:

a) Característica principal: a grande marca da produção e consumo atuais, o traço diferenciador dos padrões de hoje em relação aos paradigmas anteriores, é a figura do *desejo*. Se, em outros momentos da história do homem, o comércio traduzia-se na satisfação de necessidades<sup>9</sup>, hoje a cultura do consumo é alimentada pela intensa vontade “de ter para ser”, pela busca de

<sup>7</sup> Não é por outro motivo que a Comissão de Desenvolvimento Sustentável, Reino Unido, atribui ao nosso tempo o título de “Idade da Irresponsabilidade”. SDC. *Prosperity without growth?*... Op. cit., p. 20.

<sup>8</sup> Ao tratar da recente crise econômica no contexto norte-americano, mais precisamente dos excessos (sobretudo no consumo) do povo americano enquanto fatores cruciais para a deflagração da crise, o jornalista Kurt Anderson dialoga com seus leitores no seguinte sentido: “Don’t pretend we didn’t see this coming for a long, long time. [...] It’s as if we decided that Mardi Gras and Christmas are so much fun, we ought to make them a year-round way of life. And we decided to live large literally as well as figuratively. From the beginning to the end of the long boom, the size of the average new house increased by about half. Meanwhile, the average American gain about a pound a year, so that an adult of a given age is now at least 20 lb. heavier than someone the same age back then. [...] We saw what was happening for years, for decades, but we ignored it or shrugged it off, preferring that we weren’t really headed over the falls.” ANDERSEN, Kurt. The end of excess: is this crisis good for America? *Time Magazine U.S.*, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1887869-1,00.html>>. Acesso em: 03/07/2011.

<sup>9</sup> Não cabe aqui esboçar um conceito pronto e acabado de “necessidades”, embora seja preciso estarmos atentos ao processo de crescente fluidez que acomete os limites do conceito em tela, bem como aos motivos que ensejam tal processo. Sob os imperativos de um crescimento econômico supostamente indispensável, suscita-se incessantemente novas necessidades, a alimentar uma lógica de “sobrevivência aumentada” que torna os limites do necessário cada vez mais distantes de seus contornos originais. Nesse sentido, conferir: GRUPO MARCUSE. *De la miseria humana en el medio publicitario*. Cómo el mundo se muere por nuestro modo de vida. Editorial Melusina, 2a. edição, 2009, p. 73.

sentido, contentamento e aceitação, de bem-estar e felicidade, enfim, de um estilo de vida, através de bens e serviços<sup>10</sup>. Não é por acaso que ao termo “consumo” sobreveio a adição de afixos que lhe denotam um caráter disfuncional ou doentio – *consumismo, hiperconsumo, etc*;

b) Razão de ser: o consumo massivo e suas motivações encontram na acumulação de capital a razão de sua existência. Quando a tecnologia passou a possibilitar a produção em excesso, tornou-se possível uma acumulação de capital em excesso. Para concretizar tal acumulação, era preciso encontrar artifícios que viabilizassem também a venda em excesso, compatível com a produção<sup>11</sup>. A contribuir para este processo, o poder público assumiu um papel fantástico de garante da confiança em massa<sup>12</sup>, “gerindo”, muitas vezes, os “riscos” envolvidos na produção, e privatizou atribuições e deveres antes públicos, agudizando o individualismo<sup>13</sup>. O setor privado, por sua vez, adquiriu a autonomia necessária para, sobretudo em articulação com o meio publicitário, convencer-nos de que era preciso crescer e, para tanto, consumir<sup>14</sup>;

c) Alcance: os padrões atuais de produção e consumo interferem diretamente nas competências humanas e nos traços culturais dos povos (em virtude da estandardização de produtos e serviços e da substituição da pessoa pela indústria para a realização de atividades e tarefas cotidianas), bem como nas relações entre os seres humanos (já que a chama do desejo de consumir é mantida acesa pela agudização do individualismo e do imediatismo, e estes tendem a expandir-se para além do mercado, incutindo o “raciocínio consumidor” em outras, talvez todas, esferas da vida humana, como o senso crítico, os afetos e a participação na comunidade<sup>15</sup>).

Mas a grande beleza dos paradigmas, e isso pode parecer um paradoxo, é que, para além dessa verdadeira profissão de fé que eles promovem<sup>16</sup>, eles também carregam consigo a semente da criticidade e da transformação. A crise e decadência de um paradigma nascem

<sup>10</sup> “(...) consumerism is a cultural pattern that leads people to find meaning, contentment, and acceptance primarily through the consumption of goods and services”. ASSADOURIAN, Erik. *The rise and fall of consumer cultures*. In: ASSADOURIAN, Erik (dir.). *State of the world 2010. Transforming cultures: from consumerism to sustainability*. A Worldwatch Institute report on progress toward a sustainable society. Nova York: W. W. Norton & Company, 2010, p. 8. A “venda” de estilos de vida é apontada com clareza por Mont e Power: “Previously, advertising mostly focused on product performance. Nowadays, advertisement aims to create consumers who are unsatisfied with what they have and therefore advertising increasingly targets feelings, rather than providing information. (...) Selling feelings rather than information is closely linked to another trend of thinking: that not merely products are being sold, but entire lifestyles, e.g., the Zara or Laura Ashley lifestyle (...)”. MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour and implications for the sustainable consumption discourse*. ERSCP-EMSU Conference, Delft, 2010, p. 12.

<sup>11</sup> Nesse sentido afirma o Grupo Marcuse: “Dado que la acumulación del capital se apoyó desde entonces en la producción en masa, no podía perdurar sin colonizar todas las dimensiones de la existencia social e individual. El imperativo de producir cada vez más conseguida se tradujo en el de consumir masivamente. (...) al hablar de sociedad de consumo corremos el riesgo de alimentar la ilusión de que ésta es fundamentalmente distinta de la sociedad (de producción) industrial. Como si una pudiese existir sin la otra. Como si el modo de producción capitalista pudiese abstenerse de engendrar un modo de vida basado en el hiperconsumo.” GRUPO MARCUSE. *De la miseria humana...* Op. cit., pp. 64, 77.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum...* Op. cit., p. 178.

<sup>13</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity...* Op. cit., p. 29.

<sup>14</sup> Um dos artifícios fundamentais utilizados pela indústria para a promoção opulenta do consumismo consiste no fomento da “residualidade precoce” dos bens e serviços. Segundo Alexandra Aragão, tal obsoléncia precoce se dá em termos objetivos, ou seja, pela perda prematura da funcionalidade do bem, por motivos vários – (a) por um lado, produtos de baixa qualidade, (b) por outro, produtos de alta complexidade, cuja reparabilidade não é incentivada, (c) produtos “globais”, caracterizados por produtor e consumidor distantes geograficamente, o que dificulta o serviço pós-venda e, ainda, (d) produtos baratos –, e em termos subjetivos, que consiste na substituição de bens cuja funcionalidade se mantém intacta, em decorrência também de motivações diversas – a destacar (a) regimes econômicos e fiscais de incentivo à substituição e (b) fatores sócio-psicológicos tanto patológicos quanto “normais” ligados à pressão social para consumir, ao modismo e à “avidez da excelência”. Conferir: ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 587-591. A publicidade, por sua vez, foi a grande criação do capitalismo para articular, com êxito, muitos dos artifícios de promoção do consumismo. Conferir: GRUPO MARCUSE. *De la miseria humana...* Op. cit., pp. 61 e ss.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity...* Op. cit., pp. 25, 160 e ss.

<sup>16</sup> Annie Leonard, em seu livro *A história das coisas*, afirma que “ir às compras é quase um ritual sagrado nos Estados Unidos”, o que demonstra não haver exagero algum na equiparação do paradigma do consumismo a uma crença religiosa. LEONARD, Annie. *A história das coisas*: como a nossa obsessão pelo consumo excessivo está a destruir o planeta – o que fazer para mudar essa tendência. Trad. Ana Cristina Pais. Lisboa: Editorial Presença, 2011, p. 243.

dentro dele próprio<sup>17</sup>, a partir do momento em que ele se torna insuficiente para dar respostas às perguntas que ele mesmo faz emergir, a partir do momento que ele fracassa em gerir suas próprias contradições internas. Enfim, um paradigma traz consigo suas “verdades” e seus limites. É aí que surge a oportunidade de nascer um novo paradigma, primeiro de forma insípiente, mas gradativamente bem delineado, até superar o paradigma até então dominante<sup>18</sup>.

O paradigma da modernidade e seus padrões de produção e consumo vem dando sinais de suas limitações e insuficiências, e o cenário de crise é tão inegável quanto incontornável.

## 2.2. Sinais de um paradigma em crise

São duas as consequências devastadoras principais decorrentes dos padrões atuais de produção e consumo e que deixam claro as limitações do paradigma atual:

- a) a crescente degradação ambiental;
- b) a crescente degradação do tecido social.

Quanto à primeira, seus efeitos diretos mais graves são identificados (i) na exaustão dos componentes ecológicos utilizados na produção de bens e serviços e (ii) no infundável volume de resíduos despejados no ambiente decorrentes da produção e do consumo. Segundo informações do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), estima-se que 60% dos serviços ecossistêmicos da Terra tenham sido degradados nos últimos 50 anos, e que é provável que atinjam os limites globais, ainda nesta década ou na próxima, em alguns recursos de uso recorrente<sup>19</sup>.

Para uma representação simples deste cenário tão perturbador, o conceito de “pegada ecológica” é eloquente. Este representa uma unidade de medida da área de terra e água que uma população humana requer para produzir os recursos de que consome, bem como para que sejam absorvidos os resíduos (sobretudo dióxido de carbono) que elimina<sup>20</sup>. Segundo a *Global Footprint Network*, organização não governamental de caráter internacional cujo escopo é levar a cabo a medição da nossa pegada ecológica, a humanidade hoje utiliza o equivalente a 1,5 planeta Terra para obter os recursos de que usufrui e ter absorvidos os resíduos que elimina<sup>21</sup>. Em outras palavras, nossa relação com a natureza caracteriza-se pela insustentabilidade, justamente por não ser respeitada a capacidade regenerativa do planeta, o que, por sua vez, atesta ser ilusória a expectativa de infinitude do estilo de vida alargado levado por boa parte da população mundial<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Nas palavras de Thomas Kuhn: “Normal science does not aim at novelties of fact or theory and, when successful, finds none. New and unsuspected phenomena are, however, repeatedly uncovered by scientific research, and radical new theories have again and again been invented by scientists. History even suggests that the scientific enterprise has developed a uniquely powerful technique for producing surprises of this sort. If this characteristic of science is to be reconciled with what has already been said, then research under a paradigm must be a particularly effective way of inducing paradigm change.” KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions...* Op. cit., p. 52.

<sup>18</sup> KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions...* Op. cit., p. 66 e ss.

<sup>19</sup> EEB. *EEB response to the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan*. European Environmental Bureau (EEB), 2008, p. 1.

<sup>20</sup> Tendo em conta a população global atual, bem como a quantidade de terra disponível, considera-se sustentável uma pegada ecológica inferior a 1,8 hectares globais por pessoa. Acerca do assunto, conferir o site oficial da Global Footprint Network, organização internacional que tem como parte do seu escopo a medição de pegadas ecológicas de diferentes populações do globo. Disponível em: <[http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/footprint\\_basics\\_overview/](http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/footprint_basics_overview/)>. Acesso em: 18/02/2011.

<sup>21</sup> Idem, ibidem.

<sup>22</sup> Howard T. Odum et al. falam em uma “necessária fase de declínio das economias humanas” devido à diminuição drástica da base de recursos e da qualidade ambiental, e que demanda uma transformação decisiva, profunda e difícil nas nossas práticas e atitudes, a fim de evitar um “colapso destrutivo”. ODUM, Howard T.; ODUM, Elisabeth C. *The prosperous way down*. Energy, n. 31, 2006, p. 21. Tradução livre. Nesse mesmo sentido, afirma Thomas Princen: “The rationalists’ faith in unending abundance appears unshakable, no more subject to scrutiny than their apparent faith in technological advance and population increase, both presumed beneficial until proven otherwise. Abundance achieved now paves the way for abundance later; the more choice we arrange for ourselves, the more we leave for future generations. Consumption stimulates innovation, expansion opens new frontiers. This is a curious position for those of us who rest our worldview on scientific discovery, especially that which documents over and over again trends in biophysical deterioration and that which gives credence to threshold effects and cause-effect time lags and irreversibility.” E conclui: “Infinite material expansion on a finite planet is, quite simply, impossible.” Conferir: PRINCEN, Thomas. *The logic of sufficiency*. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 349.

Quanto ao segundo ponto, ele é muito interessante na medida em que questiona o consumismo independentemente de considerações ambientais e, por outro lado, auxilia na compreensão da indiferença generalizada em relação à defesa de interesses comuns ou coletivos, dentre os quais deveria figurar a necessidade de uma interação equilibrada com o ambiente.

Trata-se de questionar em que medida o consumo proporciona, de fato, bem-estar e qualidade de vida. Embora a satisfação das necessidades básicas vitais seja essencial, estudos apontam que, a partir de certo nível de consumo, o ser humano passa a habituar-se aos bens antes considerados um luxo (o que significa que estes bens pouco contribuem para o bem-estar efetivo), além de ter de suportar uma maior carga de estresse e outros problemas de saúde decorrentes do excesso de trabalho para pagar por tais bens, do acúmulo de dívidas e, ainda, da diminuição progressiva da qualidade ambiental<sup>23</sup>. A partir do referido nível ideal, passam a ganhar maior importância as relações humanas, o sentimento de pertença a uma dada comunidade, a ausência de medo e insegurança acerca do futuro<sup>24</sup>, e a satisfação obtida através do engajamento ativo na realização de tarefas, ainda que não remuneradas financeiramente<sup>25</sup>.

O problema é que o fomento de tal bem-estar subjetivo colide frontalmente com a constante elevação dos níveis de consumo, uma vez que o consumismo está intimamente relacionado com o individualismo e o imediatismo característicos dos tempos atuais, e estes se reproduzem em outras, talvez todas, facetas da vida humana, a comprometer a vida em comunidade. Ademais, o consumismo característico de uma parte da população mundial, sobretudo a ocidental, constitui, forçosamente, a face oposta ao crescente nível de pobreza em outras regiões do globo, o que contribui para o descomprometimento entre os povos e para a fragilidade da construção de interesses globais.

Em suma, o bem-estar obtido por meio do consumo não só é limitado como corre o risco de ser por este reduzido, tanto em virtude da degradação ambiental quanto pela corrosão das relações em sociedade.

As tentativas empreendidas até agora pra reverter essa situação tiveram como enfoque principal os problemas ambientais descritos acima e, de uma forma geral, obtiveram pouco ou nenhum êxito, ou, ainda, contribuíram para o aprofundamento destes mesmos problemas, por um motivo simples: essas tentativas ainda estão calcadas no paradigma da modernidade. A maneira como esses problemas têm sido formulados e abordados, bem como as soluções apresentadas, ainda assentam nos valores e métodos característicos dos padrões atuais de produção e consumo. Destaco dois exemplos:

Exemplo 1: mais voltado para a fase da produção, diz respeito ao desenvolvimento e adoção de técnicas que promovam a eficiência e produtividade dos recursos na fase de produção, como forma de reduzir tanto a quantidade de matéria-prima utilizada quanto a quantidade de resíduos lançados posteriormente ao ambiente. Não obstante tais iniciativas, continua a crescer a demanda do consumo, o que redonda, por sua vez, no aumento da intensidade de recursos utilizados em termos absolutos<sup>26</sup>. Por que? Porque, em geral, a matéria-prima e os recursos financeiros poupadados são investidos em outras frentes de produção e consumo, atendendo aos imperativos do crescimento econômico<sup>27</sup>. De fato, não

<sup>23</sup> ASSADOURIAN, Erik. *The rise and fall of consumer cultures...* Op. cit., p. 9.

<sup>24</sup> FEDRIGO, Doreen et al. *Blueprint for European sustainable consumption and production: finding the path of transition to a sustainable society*. European Environmental Bureau (EEB), publication n. 2009/07, p. 8. Disponível em: <[http://www.eeb.org/publication/2009/0905\\_SCBlueprint\\_FINAL.pdf](http://www.eeb.org/publication/2009/0905_SCBlueprint_FINAL.pdf)>. Acesso em: 05/07/2011.

<sup>25</sup> PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 351.

<sup>26</sup> BERKHOUT, Frans. Aggregate resource efficiency. Are radical improvements possible? In: VELLINGA, Pier. *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 175-176.

<sup>27</sup> Tal fenômeno é denominado no Direito Europeu de “efeito de repercussão” ou “boomerang”. Não é de causar espanto, portanto, a afirmação da Sustainable Development Commission de que constitui um verdadeiro “mito” a ideia de dissociar o crescimento econômico e o nível de utilização de recursos. Segundo a instituição, é preciso ter em mente a diferença entre a redução relativa e a redução absoluta do uso de recursos, afirmando que, enquanto a



basta modificar as técnicas de produção se forem mantidas as estruturas que viabilizam os atuais padrões de produção e consumo (os mesmos objetivos da indústria e os mesmos incentivos ao consumo). Mesmo Ernst von Weizsäcker, um entusiasta da eficiência e da produtividade dos recursos, reconhece que a questão, principalmente quando se trata de sistemas complexos, não é exclusivamente técnica, e demanda “uma abordagem sofisticada e holística”<sup>28</sup>, dentro da qual, para além de mudanças tecnológicas, são essenciais também “mudanças de ordem institucional e comportamental”<sup>29</sup>.

Exemplo 2: mais voltado para a fase do consumo, diz respeito à aposta em políticas de promoção da compra “consciente e responsável”, por meio de instrumentos como rótulos ambientais e eventos de informação ao consumidor. Os avanços dessas iniciativas têm se mostrado tímidos justamente por terem como enfoque o nível individual<sup>30</sup>. Diante da estrutura voltada à promoção do consumo, o consumo sustentável não é uma questão de escolha que está integralmente sob o controle do consumidor<sup>31</sup>, além do fato de que a prestação de informação não necessariamente se traduz em mudança de comportamento<sup>32</sup>. Mesmo que tenhamos mais e melhores informações sobre produtos e serviços, e que estes sejam menos agressivos ao ambiente e mais duráveis, ainda assim iremos esbarrar nas infinitas embalagens, em produtos não sazonais e importados, nas técnicas de produção intensiva, na criação de novas necessidades e no apelo publicitário ao consumo, sem falar na imensa quantidade de combustíveis fósseis utilizada nas diversas fases de produção, isso para citar apenas algumas práticas usuais. Em suma, para concretizar a decisão de levar uma vida sustentável, sem quaisquer impactos ambientais, se for possível, demanda viver à margem da sociedade<sup>33</sup>.

---

redução relativa encontra diversos exemplos na economia, evidências de redução absoluta são muito mais difíceis de se encontrar. E resume: “In this context, simplistic assumptions that capitalism's propensity for efficiency will allow us to stabilise the climate and protect against resource scarcity are nothing short of delusional. Those who promote decoupling as an escape route from the dilemma of growth need to take a closer look at the historical evidence – and at the basic arithmetic of growth”. SDC. *Prosperity without growth?*... Op. cit., p. 8.

<sup>28</sup> WEIZSÄCKER, Ernst von; HARGROVES, Karlson; SMITH, Michael H.; DESHA, Cheryl; STASINOPoulos, Peter. *Factor Five: Transforming the Global Economy through 80% Improvements in Resource Productivity*. London: Earthscan, 2009, p. 302.

<sup>29</sup> WEIZSÄCKER, Ernst von. Dematerialization. Why and how? In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 53.

<sup>30</sup> Em um estudo recentemente comissionado pela Comissão Européia, demonstrou-se dúvida acerca da utilidade do uso exclusivo de instrumentos com enfoque no comportamento individual dos consumidores, nos seguintes termos: “(...) doubt exists on the general usefulness of measures that target individual consumers' behaviours.” COMISSÃO EUROPEIA. *Mid-term evaluation of the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan*. Final report, 2011, p. 36.

<sup>31</sup> Nas palavras de Zygmunt Bauman: “tudo em uma sociedade de consumo é uma questão de escolha, exceto a compulsão para escolher”. BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity...* Op. cit., p. 29. Tradução livre.

<sup>32</sup> Nesse sentido, Mont and Power: “Ecolabeling and similar information tools face a difficulty in that consumers have been shown to become easily confused by the amount and the diversity of the information. In addition, sociological and environmental studies demonstrate that provision of information does not necessarily lead to changes in attitudes, and even when it does, the change in attitudes does not always translate into behavior change. Campaigns, especially the so-called “simple and painless” campaigns, can also give the false impression that by taking small steps, big changes can be realized. This is however not supported by scientific evidence, which demonstrates that if “everyone does a little, we'll achieve only a little”. Finally, a major weakness of information instruments, and specifically of awareness-raising campaigns, stems from the complexity of individuals' interactions with society and with institutions and infrastructures that are largely not conducive to living sustainable lifestyles”. MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour...* Op. cit., p. 6.

<sup>33</sup> Colin Beaven, um escritor norte-americano que ficou conhecido como “o homem sem impactos”, após a experiência de tentar viver um ano na cidade de Nova York de maneira sustentável, sem quaisquer impactos ambientais, afirma que para concretizar a decisão de levar uma vida sustentável, sem quaisquer impactos ambientais, é preciso viver à margem da sociedade, uma vez que tal decisão não é apoiada pela cultura e pelos “sistemas de que dependemos”. Segundo ele, tais sistemas estão embasados de uma tal forma em combustíveis fósseis e produtos descartáveis que, para viver absolutamente sem impactos, é preciso se excluir da sociedade. BEAVEN, Colin. *Like falling off a log. Blog No impact man*, 21 mar. 2008.

A ansiedade e a sensação de falta de alternativas geradas por este cenário constituem autênticos indicativos do contexto de crise<sup>34</sup>. Considerando que, como demonstrado nos itens acima, o consumismo decorre da atuação sistemática, complexa e institucionalizada de uma série de fatores<sup>35</sup> e princípios gerais<sup>36</sup> a serviço do paradigma dominante, cuja premissa fundamental, largamente naturalizada, reside na ideia de que “o crescimento econômico contínuo (baseado, principalmente, no crescimento contínuo da produção e consumo de produtos) é necessário e desejável”<sup>37</sup>, não será por meio de ajustes diminutos e marginais que os padrões atuais de produção e consumo tornar-se-ão, enfim, sustentáveis<sup>38</sup>. É preciso rever, fundamentalmente, o paradigma atual e sua premissa<sup>39</sup>, tomar decisões difíceis compatíveis com a gravidade dos problemas socioambientais que nos desafiam<sup>40</sup> e, por fim, promover “a mudança de paradigma necessária à redefinição dos valores e normas que subjazem nosso modo de vida”<sup>41</sup>. A mudança do paradigma que sustenta o sistema atual não só é inevitável como constitui um dos pontos mais sensíveis para uma interferência efetiva e profunda nesse mesmo sistema<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Kuhn relata o contexto de colapso e confusão que caracterizava a relação entre os cientistas aquando da crise de um paradigma. KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions...* Op. cit., p. 83-84. Especificamente em relação ao contexto de crise do paradigma da modernidade, afirma o Sustainable Development Commission: “A sense of anxiety pervades modern society. At times it tips over into visceral fear. (...) Fear may not be all bad. The threat of imminent collapse may have been the only force strong enough to bring so many countries together in late 2008, with a pledge to ‘achieve needed reforms in the world’s financial systems’.” SDC. *Prosperity without growth?...* Op. cit., p. 60.

<sup>35</sup> “Looking at consumption from a societal perspective, we can see that purchasing and behavior decisions are influenced by many factors, including economic influences, marketing of products and technological innovations, regulations governing consumption, and not least by what the people around us and in the media are doing. The complex interactions between these factors result in the consumption patterns and levels that Europeans think of as “normal”, but which in fact are unsustainable and may bring us less happiness and life satisfaction than we imagine.” MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour...* Op. cit., p. 1. (grifo nosso)

<sup>36</sup> “In the classroom, with colleagues and the media and members of the public, and among family and friends, I have found that even the most committed environmentalists have a difficult time imagining approaches that do not emphasize taxes and subsidies, lawsuits and boycotts, and, most prevalent perhaps, “environmental education.” As an “institutionalist” I attribute this difficulty to a deeper difficulty – sensing the broad principles under which our own society operates, principles that were deliberately constructed to meet the needs of the times and that now appear so natural, even when other needs are more pressing. It is hard to appreciate, for instance, how prevalent efficiency is in everyday decision making and policymaking generally.” PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 342. (grifo nosso)

<sup>37</sup> “One of the major factors that drive consumption is the main premise of the neoclassical economic paradigm: that continuous economic growth (which is mainly based on ever-increasing growth in production and consumption of material goods) is necessary and desirable”. MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour...* Op. cit., p. 13.

<sup>38</sup> “(...) we have to doubt the notion that incremental changes in efficiency and behaviour can be effective enough to give us sustainable energy systems *on their own*, however strongly we might believe in the potential cumulative effects of incremental change.” DARBY, Sarah. Enough is as good as a feast – sufficiency as policy. In: *ECEEE 2007 Summer Study: saving energy – just do it!*, 2007, p. 114.

<sup>39</sup> SDC. *Prosperity without growth?...* Op. cit., p. 38 e ss.

<sup>40</sup> “Critical environmental threats entail irreversibilities and nonsubstitutabilities; they threaten vital life-support systems. Overconsumption – resource use beyond regenerative capacities that threatens entire species, including humans – is a real possibility. Saving a species or slowing CO<sub>2</sub> emissions (let alone slowing the rate of growth in CO<sub>2</sub> emissions) only postpones tough choices. To make such choices, to construct institutions from the local to the global, from the tiny inshore fishery to the global atmospheric commons, requires principles attuned to such threats.” PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 10. (grifo nosso). Nesse mesmo sentido, conferir: MANIATES, Michael. Going green? Easy doesn’t do it. *Washington Post*, 22 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/21/AR2007112101856.html>>. Acesso em: 21/04/2011.

<sup>41</sup> “(...) a focus at the individual level is misguided (...) [and] technical policy interventions alone will prove insufficient for society to achieve sustainable consumption patterns: a paradigm shift which redefines the values and norms that underlie the way we choose to live is required.” MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour...* Op. cit., p. 14. (grifo nosso). Argumenta em sentido semelhante o SDC: “We (...) have to find a way through the institutional and social constraints that lock us into a failing system. In particular, we need to identify opportunities for change within society – changes in values, changes in lifestyles, changes in social structure – that will free us from the damaging social logic of consumerism.” SDC. *Prosperity without growth?...* Op. cit., p. 65. (grifo nosso)

<sup>42</sup> Ao tratar dos diferentes pontos de alavancagem que permitem intervir em um determinado sistema, Donella Meadows, em seu artigo *Leverage Points*, identifica a mudança do paradigma que sustenta o sistema como um dos pontos mais sensíveis para uma interferência efetiva e profunda neste mesmo sistema, perdendo apenas, na escala de efetividade dos pontos de alavancagem, para o poder de transcender os paradigmas. MEADOWS, Donella. *Leverage points...* Op. cit., p. 17 e ss.

### 3. Desmaterialização: pedra angular de um novo paradigma

A necessidade de trabalharmos em torno de um novo paradigma é, como vimos, premente. A superação efetiva da sistemática atual requer, fundamentalmente, a identificação e o refinamento de instrumentos hábeis à orientação do comportamento humano e da organização social no sentido de uma relação equilibrada entre os homens e o ambiente, adequada aos limites regenerativos do planeta, afim de que a busca insaciável pelo crescimento e pela eficiência dê lugar, enfim, à suficiência.

O conceito de “desmaterialização” é aqui proposto como instrumento primeiro e basilar desse processo de superação. O detalhamento de suas balizas semânticas é de fulcral importância para que possamos vislumbrar a plausibilidade da nova visão de mundo que a “desmaterialização” proporciona, bem como para que desta pedra angular seja possível derivar os demais instrumentos – jurídicos, econômicos, políticos, etc. – de consolidação do novo paradigma.

O termo “desmaterialização” é geralmente associado, como a própria expressão sugere, à “redução da necessidade de matéria”<sup>43</sup>. No âmbito das preocupações de ordem ecológica, especificamente quanto à redução da pressão sobre o ambiente por meio da redução da utilização de recursos e da eliminação de resíduos, o vocábulo é empregado em sentido análogo, para designar “redução no consumo de energia e materiais” na economia<sup>44</sup>. De forma ainda mais detalhada, inclui-se no âmbito da desmaterialização os imperativos de reduzir as emissões de resíduos e utilizar bens renováveis<sup>45</sup>.

Tal noção de desmaterialização, porém, não traduz integralmente o conceito que podemos vislumbrar. Justamente por ser preposta enquanto pedra angular de uma transformação paradigmática, a desmaterialização deve ganhar uma dimensão holística e abrangente, com a propósito de desmaterializar não apenas produtos e serviços, mas também rationalidades e valores. E isso por um motivo bastante claro: a desarticulação da cultura consumista exige uma nova forma de relação entre o homem e a matéria e entre os homens mesmos, uma nova concepção de bem-estar, enfim, a transformação da maneira como o homem concebe a si próprio e sua relação com o mundo.

O conceito de desmaterialização aqui proposto é concebido sob duas vertentes distintas e complementares, uma de natureza objetiva e outra subjetiva.

**Vertente objetiva:** diz respeito à redução ou completa eliminação da “matéria” no processo de satisfação das necessidades humanas. “Matéria” refere-se, por óbvio, aos valiosos componentes ecológicos – inclusive aqueles destinados à geração de energia –, e a preservação destes decorre da necessidade de redução significativa da nossa pegada ecológica, a fim de enquadramo-nos aos limites da capacidade regenerativa do planeta. A faceta objetiva da desmaterialização assemelha-se à noção de desmaterialização usualmente utilizada, acima referida.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> “[...] reducing material needs, i.e. dematerialization.” WEIZSÄCKER, Ernst von. Dematerialização. Why and how?... Op. cit., p. 51.

<sup>44</sup> DE BRUYN, Sander. Dematerialisation and rematerialisation. Two sides of the same coin. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 151.

<sup>45</sup> JANSEN, J. L. A. Dematerialisation and innovation policy. Opportunities and barriers in the Netherlands. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 286.

<sup>46</sup> Quando a preocupação é reduzir a quantidade de componentes ambientais na fase de produção, frequentemente coloca-se “o problema da valorização” (VELLINGA, Pier et al. *Towards industrial transformation. The way ahead*. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 325): questiona-se se tal preocupação está igualmente atenta à qualidade dos componentes envolvidos no processo, de maneira a ponderar se os impactos e efeitos específicos advindos de uma menor quantidade de determinada matéria não seriam maiores do que aqueles advindos de uma maior quantidade de um outro componente (BERKHOUT, Frans. *Aggregate resource efficiency...* Op. cit., p. 166.). A construção do conceito de desmaterialização aqui proposta, porém, está atenta ao que Alexandra Aragão chama de prevenção quantitativa e qualitativa, de materiais e resíduos, no processo de produção mais limpo (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção...* Op. cit., p. 350-351). Nesse sentido, a defesa da redução ou até mesmo completa eliminação da matéria – leia-se, bens ecológicos, componentes ambientais – empregada em produtos e serviços poderia ser traduzida enquanto redução ou completa eliminação do comprometimento de tais bens e

Vertente subjetiva: diz respeito à valorização do bem-estar não material, da busca e concretização de valores e prazeres não pecuniários fundados na cidadania, no afeto e nas relações familiares e comunitárias. Trata-se, por sua vez, de uma ferramenta de enfrentamento ao individualismo exacerbado, de retorno à noção de sociedade enquanto ente dotado de interesses comuns, e não de um conjunto de interesses individuais. A concepção da desmaterialização sob a ótica subjetiva é de suma importância para a colocação do ambiente, enquanto interesse comum, na posição de preocupação central dos homens. É, ainda, crucial para a promoção da desmaterialização objetiva, na medida em que a satisfação desmaterializada das necessidades humanas está condicionada a uma noção de bem-estar e de felicidade que não esteja calcada no consumo e na propriedade. É através da desmaterialização subjetiva que se torna possível vislumbrar uma mudança dos modos e estilos de vida “alargados”.

À luz da desmaterialização, somos chamados a repensar o direito, já que este constitui a instância por excelência de definição das normas e valores que fundamentam o modo de vida das sociedades.

#### **4. Materializando a desmaterialização: o elogio da suficiência na redefinição de direitos e deveres**

Se caminhamos no sentido de um novo paradigma, que enquanto tal é desafiador e transformador e que, por outro lado, por estar ainda numa fase embrionária, necessita ser esmiuçado, detalhado, para se tornar factível e ganhar cada vez mais adeptos, o direito é chamado a atuar de forma ativa e efetiva nesse processo. Precisamente, o papel do direito reside na redefinição crítica dos direitos e deveres à luz da desmaterialização. A proposta é dar fundamento jurídico à desmaterialização, de maneira a proporcionar uma nova forma de conceber os direitos e deveres, bem como uma nova relação entre eles.

Se redefinir é “definir novamente”, e a proposta de construir uma nova definição de direitos e deveres advém da necessidade de abandonar um paradigma problemático em favor de uma nova visão de mundo, é preciso olhar criticamente para as leis e políticas que temos hoje, para que elas não sejam simplesmente repetidas e, por outro lado, para que possamos ver nelas algo que nos inspire, que nos mostre uma alternativa.

A despeito de anunciar o desenvolvimento sustentável como o objetivo fundamental dos entes políticos que regem, a maior parte das leis e políticas hoje em vigor, mesmo aquelas de cunho ambiental, adotam medidas e instrumentos que pouco questionam ou que até mesmo legitimam o paradigma da modernidade e seus padrões de produção e consumo. A título de exemplo, consideremos o *Plano de Ação para um Consumo e Produção Sustentáveis e para uma Política Industrial Sustentável*, apresentado em 2008 pela Comissão Européia (“Plano de Ação”)<sup>47</sup>.

O Plano de Ação destaca o desenvolvimento sustentável enquanto “um objetivo essencial para a União Européia”<sup>48</sup>, cuja realização esbarra em “desafios (...) diretamente relacionados com o nosso estilo de vida”. De maneira ainda mais detalhada, o Plano de Ação afirma que os padrões europeus de produção e consumo contribuem para os graves problemas ambientais que hoje enfrentamos, admitindo que o impacto do consumo na União Européia tem repercussões mundiais<sup>49</sup>. E reconhece categoricamente: “a necessidade de evoluir para padrões de consumo e produção mais sustentáveis é agora mais urgente do que nunca.”

---

componentes. Em outras palavras, se existe uma razão de ser para a defesa da desmaterialização encampada neste trabalho, esta reside na preocupação com uma relação equilibrada e sustentável com a natureza, de maneira que seria perverso e incoerente permitir que a desmaterialização servisse de instrumento contra si própria.

<sup>47</sup> Comunicação da Comissão sobre o Plano de Ação para um Consumo e Produção Sustentáveis e para uma Política Industrial Sustentável, COM (2008) 397 final, de 16.07.2008.

<sup>48</sup> O Plano de Ação coloca a sustentabilidade nos seguintes termos: “O desenvolvimento sustentável visa uma melhoria contínua da qualidade de vida e do bem-estar das gerações presentes e futuras.”

<sup>49</sup> “Os desafios estão diretamente relacionados com o nosso estilo de vida. A forma como produzimos e consumimos contribui para o aquecimento global, a poluição, a utilização de matérias-primas e o esgotamento dos recursos naturais. O impacto do consumo na UE tem repercussões mundiais, uma vez que a UE depende da importação de energia e de recursos naturais. Além disso, um número crescente de produtos consumidos na Europa é produzido noutras regiões do mundo.”

Inobstante tal clareza de contexto, o Plano de Ação busca “integrar” a sustentabilidade a outros objetivos da União Européia, nomeadamente o crescimento econômico, a geração de empregos e a competitividade no mercado mundial, e adota como seu “elemento central” “a definição de um quadro dinâmico para melhorar o desempenho energético e ambiental dos produtos e incentivar a utilização destes produtos pelos consumidores.” Em outras palavras, a fim de promover a suposta “integração”, o Plano de Ação propõe duas medidas principais, quais sejam, “produtos mais adequados” e “um consumo mais inteligente”, a serem realizadas, em síntese, através da eficiência de produtos e de técnicas de produção, de inovações tecnológicas, contratos verdes, rotulagem e ações de sensibilização do consumidor.

Referida clareza do Plano de Ação acerca da insustentabilidade dos atuais padrões europeus de produção e consumo, bem como da urgência que reveste a necessidade de reverter tal situação constitui, sem dúvida, um elemento de inspiração a ser levado em conta no processo de repensar e redefinir o direito.

Entretanto, quanto à proposta de conciliar o desenvolvimento sustentável com as premissas fundamentais do paradigma atualmente dominante, esta parece, no mínimo, contraditória em seus próprios termos, uma vez que tais premissas – sobretudo, o crescimento econômico – constituem o grande motor dos padrões de produção e consumo hoje em vigor nos países industrializados e, portanto, configuram a antítese da sustentabilidade. Ainda, quanto às medidas e instrumentos que o Plano de Ação adota, estes representam, pelos motivos discutidos no item 2 deste trabalho, providências marginais e de pouco alcance, tendo em vista a complexidade e institucionalização dos elementos de promoção dos padrões excessivos de produção e consumo. Tais medidas, inclusive, levantam a suspeita de serem, elas mesmas, incentivadoras do consumismo, por arriscarem elevar ainda mais os níveis de produção e consumo. Fato este, aliás, que não seria de causar espanto, tendo em vista que o próprio Plano de Ação não faz uma menção sequer à necessidade de reduzir o consumo, nem mesmo como um objetivo de longo prazo. Não por acaso, o Plano de Ação foi alvo de diversas críticas, que destacaram a insuficiência de suas medidas e instrumentos, e a necessidade de uma política mais ambiciosa e efetiva nesta seara<sup>50 51</sup>.

<sup>50</sup> A avaliação comissionada pela Comissão Européia para revisar o progresso do Plano de Ação se posicionou nos seguintes termos: “One of the underlying aims of the AP is the decoupling of resource consumption from economic growth. The AP recognises the challenge of limited natural resources and aims to increase resource efficiency. However, it is becoming increasingly clear that the achievement of absolute decoupling will require actions **beyond business-as-usual and beyond the best practices of most countries**, which have to date primarily delivered **marginal or incremental improvements**. Policy conflicts are still substantial factors that make this goal difficult to achieve.” E mais à frente, acrescenta: “In addition to the perceived lack of focus [of the AP] on the consumption side, **doubt exists on the general usefulness of measures that target individual consumers’ behaviours**.” Coerente com tais análises, a avaliação recomenda, dentre outros pontos: “There is a need for **more ambitious and effective policy** in this area. (...) The high level policy statement **should include (...) the long term objective of reducing consumption** (...).” COMISSÃO EUROPEIA. *Mid-term evaluation...* Op. cit., pp. 7, 33, 36. (grifo nosso). O EEB, European Environmental Bureau, por sua vez, publicou uma comunicação em que fez críticas semelhantes ao Plano de Ação: “(...) **overall EEB considers it to lack vision, clarity and ambition**. It is not clear what the policy objectives of the sustainable consumption and production nor the sustainable industrial policy are, apart from the **vague aim of an “energy and resource efficient economy”**. As such, the Action Plan does not aim to address the numerous ecological crises being faced right now (apart from climate change), despite their increasing “threat” to current consumption and production patterns in Europe. One such example is of the use of non-renewable natural resources relative to supply. (...) **Despite the Commission’s rhetoric on resource demand growing in an increasingly resource-constrained world, the Action Plan in no way faces up to the challenge**. (...) Countries have been addressing sustainable consumption to varying degrees over the years, yet despite these activities, **governments still struggle to communicate sustainable consumption messages to significant or long-lasting positive effect**. At EU level, **activities in this area are even more limited than at national level, and this was made obvious in the Action Plan’s proposals in this area**. Indeed, the Commission does not appear to consider consumption **beyond providing information as a means of changing behaviour, proposing incentives to make sustainable products more financially attractive, and Retail Forum aims to provide more ecologically performing products on shop shelves**. Although we welcome the Retail Forum initiative, such an “information as a means of behavioural change” approach **has been proven not to work in the longer term, at least not on its own**.” E sugere, dentre outras medidas: “Business models, supply chains, distribution systems, etc. need to be addressed, **not just efficiency**.” EEB. *EEB response...* Op. cit., pp. 1, 3, 4. (grifo nosso). Cabe mencionar, ainda, a análise de Klaus Tonner acerca da política em tela, segundo a qual o Plano de Ação foi delineado para contribuir para o crescimento econômico e a competitividade da indústria européia no setor de tecnologias ambientais. E assevera: “The Action plan takes up elements of the Agenda 21, but remains behind the Agenda, as it neither takes into account stimuli of prices nor changes of lifestyle. It’s limited to information.” TONNER, Klaus. Sustainable

Em suma, carece ao Plano de Ação e à esmagadora maioria das leis e políticas hoje em vigor um senso de coerência e proporcionalidade: coerência entre os cenários e necessidades que reconhecem (cenário de extrema insustentabilidade do modo de vida dos países industrializados e necessidade urgente de rever os padrões atuais de produção e consumo) e as medidas e instrumentos que adotam (propostas marginais e diminutas que, quando muito, acarretam melhorias pouco significativas)<sup>52</sup>; proporcionalidade entre a magnitude dos desafios ambientais que hoje enfrentamos e as (tímidas) propostas de solução.

O caminho para a coerência e proporcionalidade necessárias reside na desmaterialização. À luz deste conceito basilar para a mudança de paradigma, resta evidente o imperativo de assunção de *limites* na utilização de recursos e eliminação de resíduos, de colocação de *um freio à insaciável* (e suspeita) sede por “mais”, “maior”, “melhor”, de retorno à vida em *comunidade* onde os homens possam encontrar satisfação real e concretização de sua dignidade e em função da qual tais limites e freios ganhem sentido e viabilidade.

Nesse sentido, repensar o direito demanda dar a devida ênfase à dogmática dos deveres fundamentais, pois apenas por meio destes é possível reconstruir a responsabilidade comunitária que faz de nós pessoas<sup>53</sup>, bem como a condição ética que faz do direito o direito<sup>54</sup>.

consumption, consumer policy and the law. In: VERDURE, Christophe (ed.). *Environmental law and consumer protection. European journal of consumer law – Revue européenne de droit de la consommation*, 2011/1, p. 13.

<sup>51</sup> Quanto à suspeita de as medidas adotados pelo Plano de Ação serem, elas próprias, incentivadoras do consumismo, cabe fazer algumas considerações. A questão é que a promoção de “produtos mais adequados”, amparada principalmente na eficiência e produtividade dos recursos, sem qualquer senso crítico acerca dos imperativos de crescimento econômico do atual paradigma, esbarra no chamado “efeito de repercussão”, e acaba por incentivar o aumento da produção e do consumo e, portanto, do uso de recursos em termos absolutos. Nesse sentido posiciona-se Ernst von Weizsäcker: “(...) the increase of resource productivity does not always lead to reduced resource consumption. **It can even lead to an overall increase in consumption levels.** This phenomenon is commonly referred to as the ‘rebound effect’. It means that improving resource **productivity alone is not sufficient to address overall consumption levels.** (...) Improving resource productivity may buy some time but eventually without a systemic approach the overall levels of consumption will continue to rise, along with the associated environmental pressures.” WEIZSÄCKER, Ernst von; et al. *Factor Five...* Op. cit., p. 301-302. (grifo nosso). Acerca do assunto, vale conferir, ainda, o posicionamento do SDC: “Efficiency drives growth forwards. By reducing labour (and resource) inputs, efficiency brings down the cost of goods over time. This has the effect of stimulating demand and promoting growth. Far from acting to reduce the throughput of goods, technological progress serves to increase production output by reducing factor costs. The phenomenon of ‘rebound’ attests to this. **Money saved through energy efficiency, for example, gets spent on other goods and services.** These goods themselves have energy costs that offset the savings made through efficiency, and sometimes wipe them out entirely (a situation described as ‘backfire’). Spending the savings from energy-efficient lighting (say) on a cheap short-haul flight is one sure-fire recipe for achieving this. This somewhat counter-intuitive dynamic **helps explain why simplistic appeals to efficiency will never be sufficient** to achieve the levels of decoupling required for sustainability. **In short, relative decoupling sometimes has the perverse potential to decrease the chances of absolute decoupling.**” SDC. *Prosperity without growth?...* Op. cit., p. 62-63. (grifo nosso). Já quanto à proposta de “um consumo mais inteligente”, o próprio Plano de Ação espera que tal medida propicie significativos “ganhos ambientais e econômicos” (grifo nosso), por meio do aumento das taxas atuais de remodelação de casas que utilizam produtos com melhor performance ambiental. Em outras palavras, vislumbra-se um aumento do consumo de produtos eficientes (ganho econômico) sem uma correspondente preocupação (i) em questionar a real necessidade de consumir tais produtos, (ii) em avaliar se mais consumo, mesmo que de produtos mais eficientes, não acabaria por gerar gastos de energia que compensariam os futuros ganhos com a eficiência, ou, ainda, (iii) em limitar o nível total de consumo (afinal, cadê o ganho ambiental?). Nos seguintes termos: “A sua aplicação [aplicação da concepção ecológica de produtos, rotulagem e consumo mais inteligente] aos produtos com forte impacto ecológico pode produzir importantes ganhos ambientais e econômicos. Por exemplo, **através das ações propostas, seria possível aumentar a utilização** de janelas e sistemas de isolamento mais eficientes **ao renovar as habitações**, o que permitiria às famílias reduzir o consumo de energia, as emissões directas e indirectas de gases com efeito de estufa e a utilização do aquecimento.” (grifo nosso)

<sup>52</sup> Isso para não mencionar a recorrente carência de coerência entre as próprias necessidades, entre os próprios objetivos assumidos por leis e políticas.

<sup>53</sup> Nas palavras de Castanheira Neves, “só a pessoa é responsável” e esta “está, pelo facto de o ser, sempre investida em responsabilidade”. Responsabilidade entendida, sobretudo, enquanto “reciprocidade”, a qual se traduz, por sua vez, na “correlatividade de direitos (...) e de deveres.” CASTANHEIRA NEVES, A. Pessoa, direito e responsabilidade. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), 6(1996), p. 32 e ss. Lançando mão dos ensinamentos de Castanheira Neves, posiciona-se no mesmo sentido Casalta Nabais: “(...) a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas.” CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 3a. reimpressão, 2012, p. 17-18.

<sup>54</sup> Segundo Castanheira Neves, dentre as condições de emergência do direito está uma condição ética, a exigir



#### 4.1. Um começo: a dogmática dos deveres fundamentais

A dogmática dos *deveres fundamentais*, como já salientado no item acima, parece um começo muito pertinente para a redefinição do direito à luz da desmaterialização. Isso porque os deveres fundamentais:

- (i) têm por função direta a concretização de *valores comunitários*<sup>55</sup>,
- (ii) exercem o papel fundamental de atribuir *responsabilidade* ao homem livre<sup>56</sup> por meio da colocação de *limites*<sup>57</sup> à esfera de liberdade dos homens, e
- (iii) o fazem para afastar a concepção de homem enquanto indivíduo isolado e solitário, a concretizar a noção de homem simultaneamente livre e responsável, ou seja, de homem enquanto uma *pessoa solidária* em termos sociais<sup>58</sup>, forma única de garantir os direitos fundamentais e, portanto, a dignidade humana<sup>59</sup>.

Se a teoria geral dos deveres fundamentais já carrega consigo essa faceta solidária tão marcante, com ainda mais força se verifica a solidariedade em relação aos ditos deveres ecológicos. Os deveres ecológicos (que englobam os deveres de defesa do ambiente e do patrimônio cultural) são vislumbrados como a face correspondente aos direitos ecológicos (direito ao ambiente e qualidade de vida), e estão tão intimamente associados a estes direitos que justifica a autonomização destes como “direitos de solidariedade”, “ou seja, direitos que, implicando directamente com o comportamento de todos os indivíduos duma coletividade e sendo exercidos num quadro de reciprocidade e de solidariedade, têm um conteúdo necessariamente definido em função do interesse comum”<sup>60</sup>.

Essa maneira de conceber os deveres fundamentais, sobretudo os deveres ecológicos, oferece-nos uma oportunidade de lançar um novo olhar sobre eles e sua relação com os direitos fundamentais, para vê-los *não* como um fardo, um sacrificante limite a um futuro que, de outra forma, poderia ser “maior” e “melhor”, constituindo posições de desvantagem do indivíduo face ao Estado. Em sentido diametralmente oposto, tal concepção dos deveres fundamentais

---

a concepção do homem enquanto pessoa e, portanto, enquanto um ente comunitariamente responsabilizado: é “a condição cujo reconhecimento é verdadeiramente específico do direito como direito, a postular que nas mundanas relações sociais e na ordem e institucionalização, que dêem critério a essas relações pela solução do problema humano da necessária integração comunitária, se reconheça a cada homem a dignidade de sujeito ético, a dignidade de pessoa, e assim simultaneamente com um valor indisponível para o poder e a prepotência dos outros e comunitariamente responsabilizado para com os outros – só assim ele poderá ser, também simultaneamente, titular de direitos (dirigidos aos outros) e de obrigações (exigidas pelos outros) (...).” CASTANHEIRA NEVES, A. Pessoa, direito e responsabilidade... Op. cit., p. 39.

<sup>55</sup> “(...) os deveres fundamentais constituem uma categoria própria, expressão imediata ou directa de valores e interesses comunitários (...) [constituem] eles a ativação e mobilização constitucionais das liberdades e patrimónios dos titulares dos direitos fundamentais para a realização do bem comum ou do interesse público (...).” Mais à frente, reitera: “(...) é função imediata ou directa dos deveres a tutela da comunidade e seus valores (...).” CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., p. 37-38.

<sup>56</sup> Vide nota 53 supra.

<sup>57</sup> “(...) ao princípio da liberdade (ou da autonomia do indivíduo) não corresponde uma emancipação absoluta ou anárquica, mas uma liberdade acompanhada da correspondente responsabilidade social ou comunitária (...); (...) todos os deveres fundamentais limitam, pela sua natureza, a esfera de liberdade dos indivíduos. Com efeito, constituindo os deveres fundamentais limites a posições de vantagem necessários a uma harmônica composição de interesses opostos apta a impedir, quer uma prevalência dos interesses do estado, quer um reconhecimento sem limites dos interesses dos indivíduos, todos eles (...) acabam por afectar ou restringir o conteúdo das liberdades individuais.” CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., pp. 62, 122.

<sup>58</sup> “(...) há que ter em conta a concepção de homem que subjaz às atuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como ordem simultaneamente de liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade.” CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., p. 31.

<sup>59</sup> “(...) por detrás (do conjunto) dos deveres fundamentais está um estado entendido como uma organização e um valor função da pessoa humana, um estado, no fim das contas, instrumento de realização da eminente dignidade humana.” CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., p. 60.

<sup>60</sup> CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., p. 123-124.

possibilita destacá-los como instrumentos de concretização da justiça ecológica, a ideia de justiça que coloca limites à atuação humana frente ao ambiente em favor de uma “relação equilibrada, duradoura e razoavelmente sustentável entre o Homem e a Natureza”<sup>61</sup>, ou, de forma ainda mais direta, como instrumentos de viabilização da própria possibilidade de vida face à iminência de uma catástrofe ambiental. Dessa forma, os direitos ecológicos, vistos como direitos de solidariedade, não são simples “direitos boomerang”, enquanto direitos que “se voltam contra seus próprios titulares”<sup>62</sup>, mas instrumentos de concretização da vida e da dignidade humanas, esta última entendida como indissociável da preocupação com a igual e efetiva dignidade de todos, em que se preza pela suficiência e pelo bem-estar não material.

#### **4.2. O dever fundamental de suficiência**

À luz dessas colocações, destaco o *dever fundamental de suficiência* enquanto conceito-chave da fundamentação jurídica do paradigma da desmaterialização. É por meio dele que as facetas objetiva e subjetiva da desmaterialização irão encontrar ressonância no mundo jurídico, e é com base nele que leis e políticas públicas encontrará fundamento jurídico para adotar instrumentos mais ambiciosos e efetivos de enfrentamento aos atuais padrões de produção e consumo.

Explorar a ideia de suficiência não é algo inédito. Enquanto indivíduos, confrontamo-nos diariamente com questões de suficiência e, ainda que inconscientemente, tomamos decisões a todo tempo com base em noções do que julgamos ser bastante ou excessivo. Para além desta concepção subjetiva e intuitiva, e é aqui que reside nossa aposta no termo, a ideia de suficiência tem sido objeto de uma abordagem objetiva enquanto conceito hábil à concretização de novos padrões de produção e consumo pautados na observância dos limites ecológicos do planeta e na real satisfação de vida das pessoas.

Nesse sentido, tem se tornado cada vez mais evidente para acadêmicos e estudiosos da área a necessidade de se discutir *limites* à atuação humana em conformidade com os limites ecológicos do planeta e, ao mesmo tempo, de vislumbrar tais limites enquanto autênticos potencializadores (ou, ao menos, conformadores) da *qualidade de vida*, caracterizada por estilos de vida recompensadores, fontes de satisfação e de fortes laços sociais e familiares. A busca pela conciliação e integração de ambas as propostas tem encontrado na objetivação do conceito de *suficiência* o grande trunfo para o real enfrentamento do paradigma atual<sup>63</sup>.

Assim, advoga-se, dentre outros exemplos, pela incorporação do conceito de “suficiência energética” às políticas públicas<sup>64</sup>, pelo “papel da suficiência” na determinação de ações domésticas e obrigações internacionais para enfrentar as alterações climáticas<sup>65</sup> e, ainda, pela suficiência enquanto uma “classe de princípios” sensíveis aos críticos riscos ambientais e voltados para a organização social em um mundo caracterizado pela constrição ecológica<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de proteção...* Ob. cit., p. 28.

<sup>62</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos...* Op. cit., p. 53.

<sup>63</sup> De qualquer forma, o sucesso das políticas de suficiência dependem da progressiva aproximação do conceito subjetivo ao conceito objetivo de suficiência, ou seja, da progressiva aceitação e internalização da suficiência objetiva pelas pessoas, fato este que depende do sucesso da suficiência na promoção da qualidade de vida. Nesse sentido, Sarah Darby: “For energy service sufficiency to be sustainable in wealthy societies with democratic institutions, it needs to be worth voting for (‘as good as a feast’), as well as staying within the limits set by climate or security considerations.” DARBY, Sarah. *Enough is as good as a feast – sufficiency as policy...* Op. cit., p. 115.

<sup>64</sup> DARBY, Sarah. *Enough is as good as a feast – sufficiency as policy...* Op. cit.

<sup>65</sup> “(...) climate is only a part of the wider sustainability crisis facing the planet, making it clear that consumption of resources cannot continue to expand indefinitely. Sooner or later the richer countries and people of the world will need to find new ways of living that recognise the importance of sufficiency: living well without expecting ever continuing growth in consumption. In our mitigation scenario we reflect this concern over sufficiency (...).” HEAPS, Charles; et al. *Europe's share of the climate challenge: domestic actions and international obligations to protect the planet*. Stockholm: Stockholm Environment Institute, 2009, p. 10.

<sup>66</sup> “Under other conditions – namely, environmental criticality – a different set of principles are needed, a set that embodies social restraint as the logical analog to ecological constraint, a set that guides human activities when those activities pose



Em todos esses casos, não se trata de oferecer um conceito fixo e absoluto para a suficiência<sup>67</sup>, mas, justamente, de concedê-lo a flexibilidade compatível com a dinâmica dos diferentes ecossistemas, povos e comunidades<sup>68</sup>, a fim de que sejam tomadas decisões normativas coerentes com cada caso concreto, a partir da confluência de julgamentos (sobretudo os de caráter tradicional e técnico-científico)<sup>69</sup>.

Na esteira dos referidos avanços no processo de densificação do conceito de suficiência e de defesa da integração deste a políticas públicas, o dever fundamental de suficiência aqui proposto traduz-se, por um lado, na limitação das liberdades individuais, e por outro, na convocação de uma atuação ativa dos cidadãos, ambos no sentido de respeitar os limites ecológicos do planeta, com vistas à construção de estilos de vida saudáveis e equilibrados, embasados em fortes laços e interesses comunitários e caracterizados pela satisfação pessoal e pela confiança no futuro.

É com base no dever fundamental de suficiência que leis e políticas públicas, do nível local ao global, e com o envolvimento ativo de todas as partes interessadas, poderão e deverão determinar, nos diferentes contextos, a quantidade de recursos a ser utilizada, o modo de acesso e utilização desses recursos, as pessoas autorizadas a obter e utilizar os recursos, o modo de circulação e deposição dos recursos, a possibilidade e forma de divulgação de produtos e serviços na sociedade, dentre outras questões levantadas no decorrer do processo de interação com o ambiente pautado na suficiência<sup>70</sup>.

O dever fundamental de suficiência tem como destinatários tanto os cidadãos quanto o Estado, já que a definição e execução das estratégias direcionadas ao exercício do dever deve ocorrer de forma institucionalizada e nos mais diferentes níveis (local, regional, nacional, internacional). Especificamente em relação ao Estado, essas estratégias devem estar voltadas ao desmantelamento da estrutura de permissões e incentivos aos padrões atuais de produção e consumo, bem como à construção de uma nova estrutura, de incentivo à desmaterialização. Enquanto dever fundamental, a suficiência encontra fundamentação em diversos princípios hoje largamente reconhecidos de maneira expressa nos ordenamentos jurídicos nacionais, dentre eles o princípio da sustentabilidade, o princípio da solidariedade e o princípio da prevenção.

grave risks to human survival. Suficiency is a class of principles sensitive to critical environmental risks, to the needs of management and self-management, when it is otherwise all too easy to evade responsibility for such risks. Suficiency is an idea, a principle, indeed an ethic for sustainability." PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 19.

<sup>67</sup> Sem descurar das balizas anteriormente delineadas, quais sejam, a colocação de limites à ação humana em conformidade com os limites ecológicos do planeta e a concepção destes limites enquanto promotores da qualidade de vida e da satisfação dos homens.

<sup>68</sup> "Developing energy sufficiency policy in 'western' countries requires continual monitoring, adjustment and negotiation. It has to involve recognition of ecological limits and the urgent need to reduce carbon emissions in particular, but also a vision of the type of changes that would move us in the right direction and still yield social and personal benefits. (...) Because ecosystems are dynamic, policies need to be flexible enough to adapt to ecological signals over time and to cope with uncertainty." DARBY, Sarah. Enough is as good as a feast – sufficiency as policy... Op. cit., pp. 116, 118.

<sup>69</sup> "Considered as a quantitative proposition, sufficiency of energy services is complex and involves normative decisions on how much is enough, **whether these are based on scientific or intuitive judgements.**" DARBY, Sarah. Enough is as good as a feast – sufficiency as policy... Op. cit., p. 114. (grifo nosso). Ainda, nas palavras de Princen: "It [sufficiency] encourages social analogs to the biophysical facts, **facts obtained by scientific study or experience or tradition or intuition:** harvest limits and pollution caps follow ecological limits; self-management, buffers and restraint follow limited predictability; respite follows regeneration." PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 358. (grifo nosso)

<sup>70</sup> A título de exemplo de uma lei nesse sentido, conferir o estudo de caso dos pescadores de lagosta na ilha de Monhegan, localizada no estado norte-americano do Maine, em que a utilização do recurso natural da região, por arriscar degradação e, ao mesmo tempo, constituir a única fonte de renda da referida ilha, tornou-se objeto de regulamentação por meio de lei estadual que limitou estações de pesca, regiões de pesca, quantidade máxima de lagostas a serem pescadas, quantidade máxima de instrumentos de pesca e de pescadores, exigências mínimas para exercer a profissão de pescador, dentre outros fatores. Interessante notar que várias das determinações constantes no diploma legal já eram praticadas tradicionalmente pelos pescadores de Monhegan. Conferir: PRINCEN, Thomas. *The Logic of Sufficiency...* Op. cit., p. 223 e ss.

## 5. Final: uma utopia?

Longe de constituir mito ou utopia, a mudança de paradigma é algo absolutamente plausível, sob determinadas condições. Segundo Thomas Kuhn, o sucesso de uma transformação paradigmática depende (i) da insistência sistemática nos problemas e limitações que ensejam a crise do paradigma em vigor e (ii) da demonstração de que o novo paradigma resolve os tais problemas e é mais adequado<sup>71</sup>.

Para articular e concretizar a dinâmica prática dos referidos requisitos, é preciso constituir “redes de líderes e recursos sobrepostas, todas operando em instituições centrais, em favor de um propósito comum”<sup>72</sup>. Em outras palavras, o mito reside na esperança pela atuação heróica de um único ser humano. A mudança, esta sim, está num conjunto de atores, entre cidadãos e instituições, em diferentes setores e níveis de atuação, detentores de capitais diversos (cultural, econômico, político) e coordenados em torno de uma estratégia comum.

Em *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Boaventura de Souza Santos afirma que a geração atual já é testemunha de um tempo de transição paradigmática<sup>73</sup>. Segundo este eminentíssimo sociólogo, uma das dimensões dessa transição, por ele designada de “societal”, está partindo do paradigma dominante, caracterizado pela “produção capitalista; consumismo individualista e mercadorizado”<sup>74</sup>, para um novo paradigma sobre o qual ainda sabemos.

Se os ventos já sopram rumo a uma nova realidade, este constitui mais um incentivo para o desenvolvimento bem definido dos traços e metas do paradigma da desmaterialização, bem como da forma de atuação coordenada para sua consolidação. Permitir que a transformação ocorra sem maiores certezas sobre o futuro paradigma é perder a oportunidade única, já em andamento, de redefinir nossa cultura a partir dos desígnios da desmaterialização.

**Palavras-Chave:** Paradigma da desmaterialização, padrões de produção, padrões de consumo, crise ambiental, desmaterialização, dever fundamental de suficiência.

*Mariana Nicolau*

Mestranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

### Referências Bibliográficas

ANDERSEN, Kurt. The end of excess: is this crisis good for America? *Time Magazine U.S.*, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1887869-1,00.html>>. Acesso em: 03/07/2011.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006.

ASSADOURIAN, Erik. The rise and fall of consumer cultures. In: ASSADOURIAN, Erik (dir.). *State of the world 2010. Transforming cultures: from consumerism to sustainability. A Worldwatch Institute report on progress toward a sustainable society*. Nova York: W. W. Norton & Company, 2010, p. 3-20.

<sup>71</sup> KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions...* Op. cit., p. 144 e ss.

<sup>72</sup> HUNTER, James Davison. To change the world. In: *The Trinity Forum Briefing*, vol. 3, n. 2, 2002, p. 10. Nesse mesmo sentido, Donella Meadows afirma que a mudança de paradigma é possível por meio de agentes de mudança ativos, inseridos em posições que contam com visibilidade pública e poder, investindo em pessoas abertas a mudanças: “In a nutshell, you keep pointing at the anomalies and failures in the old paradigm, you keep speaking louder and with assurance from the new one, you insert people with the new paradigm in places of public visibility and power. You don’t waste time with reactionaries; rather you work with active change agents and with the vast middle ground of people who are open-minded.” MEADOWS, Donella. *Leverage Points...* Op. cit., p. 18.

<sup>73</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum...* Op. cit., p. 16.

<sup>74</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum...* Op. cit., p. 16.



BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000.

BEAVEN, Colin. Like falling off a log. *Blog No impact man*, 21 mar. 2008.

BERKHOUT, Frans. Aggregate resource efficiency. Are radical improvements possible? In: VELLINGA, Pier. *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 165-189.

BOADA-ORTÍZ, Alejandro; MONT, Oksana. *Producto, producción y consumo: los frentes de la sostenibilidad*. P. 26-41. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1511753>>. Acesso em: 22/06/2011

CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 3a. reimpressão, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, A. Pessoa, direito e responsabilidade. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 6(1996), p. 9-43.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão sobre o Plano de Ação para um Consumo e Produção Sustentáveis e para uma Política Industrial Sustentável, COM (2008) 397 final, de 16.07.2008.

COMISSÃO EUROPEIA. *Mid-term evaluation of the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan*. Final report, 2011.

DARBY, Sarah. Enough is as good as a feast – sufficiency as policy. In: *ECEEE 2007 Summer Study: saving energy – just do it!*, 2007, p. 111-119.

DE BRUYN, Sander. Dematerialisation and rematerialisation. Two sides of the same coin. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 147-164.

EEB. *EEB response to the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan*. European Environmental Bureau (EEB), 2008, p. 1-6.

FEDRIGO, Doreen et al. *Blueprint for European sustainable consumption and production: finding the path of transition to a sustainable society*. European Environmental Bureau (EEB), publication n. 2009/07. Disponível em: <[http://www.eeb.org/publication/2009/0905 SCPBlueprint\\_FINAL.pdf](http://www.eeb.org/publication/2009/0905 SCPBlueprint_FINAL.pdf)>. Acesso em: 05/07/2011.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. Disponível em: <[http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/footprint\\_basics\\_overview/](http://www.footprintnetwork.org/en/index.php/GFN/page/footprint_basics_overview/)>. Acesso em: 18/02/2011.

GRUPO MARCUSE. *De la miseria humana en el medio publicitario*. Cómo el mundo se muere por nuestro modo de vida. Editorial Melusina, 2a. edição, 2009.

HEAPS, Charles; et al. *Europe's share of the climate challenge: domestic actions and international obligations to protect the planet*. Stockholm: Stockholm Environment Institute, 2009.

HUNTER, James Davison. To change the world. In: *The Trinity Forum Briefing*, vol. 3, n. 2, 2002, p. 1-11.

JANSEN, J. L. A. Dematerialisation and innovation policy. Opportunities and barriers in the Netherlands. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 285-296.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2a. edição. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.

LEONARD, Annie. *A história das coisas: como a nossa obsessão pelo consumo excessivo está a destruir o planeta – o que fazer para mudar essa tendência*. Trad. Ana Cristina Pais. Lisboa: Editorial Presença, 2011.

MANIATES, Michael. Going green? Easy doesn't do it. *Washington Post*, 22 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/21/AR2007112101856.html>>. Acesso em: 21/04/2011.

MEADOWS, Donella. *Leverage Points: places to intervene in a system*. The Sustainability Institute, 1999, p. 1-19. Disponível em: <[http://www.sustainer.org/pubs/Leverage\\_Points.pdf](http://www.sustainer.org/pubs/Leverage_Points.pdf)>. Acesso em: 08/04/2011.

MONT, Osaka; POWER, Kate. *Understanding the complexity of consumer behaviour and implications for the sustainable consumption discourse*. ERSCP-EMSU Conference, Delft, 2010, p. 1-16.

ODUM, Howard T.; ODUM, Elisabeth C. The prosperous way down. *Energy*, n. 31, 2006, p. 21-32.

PRINCEN, Thomas. *The logic of sufficiency*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

RIFKIN, Jeremy; HOWARD, Ted. *Entropy: a new world view*. Nova York: The Viking Press, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Volume I. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 2a. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SDC. *Prosperity without growth? The transition to a sustainable economy*. Sustainable Development Commission (SDC), 2009.

TONNER, Klaus. Sustainable consumption, consumer policy and the law. In: VERDURE, Christophe (ed.). *Environmental law and consumer protection*. European journal of consumer law – Revue européenne de droit de la consommation, 2011/1, p. 9-23.

VELLINGA, Pier et al. Towards industrial transformation. The way ahead. In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 321-343.

WEIZSÄCKER, Ernst von. Dematerialization. Why and how? In: VELLINGA, Pier et al. (ed.). *Managing a material world. Perspectives in industrial ecology*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 45-54.

WEIZSÄCKER, Ernst von; HARGROVES, Karlson; SMITH, Michael H.; DESHA, Cheryl; STASINOPoulos, Peter. *Factor Five: Transforming the Global Economy through 80% Improvements in Resource Productivity*. London: Earthscan, 2009.

# Direito do Urbanismo e Desmaterialização

## Resumo

No direito do urbanismo a desmaterialização tem vindo a desbravar caminho, essencialmente por pressão dos vetores da harmonização no planeamento urbanístico e da simplificação na gestão urbanística. A criação de novas figuras jurídicas (em especial de vários modelos de comunicações prévias) e a multiplicação de sistemas informáticos (de portais de várias ordens e de sistemas de informação geográfica) não é, porém, isenta de dúvidas, em especial num domínio em que os procedimentos são dotados de elevada complexidade, em função dos diferentes interesses e entidades, públicas e privadas, envolvidas, e da acentuada dispersão legislativa e regulamentar.”

### 1. Complexidade do direito do urbanismo

i. O direito do urbanismo é um ramo de direito que tem o território por objeto, na medida em que visa regular o uso, ocupação e transformação do solo, seja definindo *standards* e prescrições que lhe são, de forma genérica, aplicáveis, seja intervindo diretamente sobre as pretensões particulares e públicas que sobre ele incidem.

Uma das especificidades do direito do urbanismo prende-se com a *complexidade das decisões* em que o mesmo se traduz. Tal complexidade resulta quer da *realidade* sobre a qual este ramo de direito incide — uma realidade heterogénea, com uma multiplicidade de dados a considerar, tendentes à obtenção de um conjunto variado de objetivos —, quer da *multiplicidade de interesses* coenvolvidos<sup>1</sup>, quer ainda da *complexidade técnica* inerente às tomadas de decisão.

Normalmente, nos escritos que temos dedicado a este ramo do direito temo-nos centrando, sobretudo, naqueles dois primeiros vetores de complexidade; hoje, porém, incidiremos

<sup>1</sup> Existe efetivamente uma multiplicidade, variedade e heterogeneidade de *interesses* públicos e privados coenvolvidos na ocupação do território que, na maior parte das vezes, se encontram entre si em contradição ou conflito, apresentando-se o direito do urbanismo como o ramo de direito particularmente vocacionado para a respetiva superação, através de *procedimento de ponderação de interesses*.

A multiplicidade de interesses resulta numa *rede de efeitos complexos* em que as decisões urbanísticas, em especial as de planeamento, se traduzem, já que cada intervenção por ele estabelecida, cada alternativa determinada, desencadeia reações encadeadas noutras, que toca outros interesses e que põe em causa o equilíbrio pretendido. Fala-se, por isso, de *decisões em rede*. A este propósito afirma Vieira de Andrade que, «nos tempos atuais, as decisões administrativas complexas, bem como as decisões de feitura ou de implementação de planos fornecem exemplos claros de discricionariedade orientada por “programas finais” (contrapostos aos tradicionais “programas condicionais”, na conhecida terminologia de Luhmann) em que as decisões têm de ser tomadas no contexto de uma rede de efeitos (“situações multicausais”) com factores determinantes que só são concretizáveis no caso, através de uma análise custos-benefícios». (O Dever da Fundamentação Expressa dos Actos Administrativos, Coimbra, 1991, Suplemento XXXVII do BFDUC, p. 371, nota 54). Sobre a complexidade inerente às decisões urbanísticas cfr. Fernanda Paula Oliveira, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral do Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 133 e ss.

a nossa atenção sobre o último: a *complexidade técnica* inerente às tomadas de decisão urbanística e a possibilidade de as mesmas serem objeto de desmaterialização, ao nível dos seus procedimentos, da sua instrução ou da respetiva decisão<sup>2</sup>.

ii. Outra das notas do direito do urbanismo que assume aqui especial relevância é a da natureza real das suas prescrições, a significar, desde logo, que são os planos urbanísticos que definem o estatuto das coisas (solos) sobre que incide a sua regulamentação. E por isso, também, os atos administrativos de gestão urbanística que os aplicam (como as informações prévias, os licenciamentos, as admissões das comunicações prévias e as autorizações) assumem um carácter real, por corresponderem a atos de autoridade que definem as condições de ocupação urbanística dos prédios sobre que incidem, independentemente da respetiva titularidade, sendo, pois, emanados em função das características objetivas dos terrenos, tendo em conta a regulamentação de urbanismo, e não em função da qualidade do requerente<sup>3</sup>.

Por isso, é possível a mudança do requerente a meio do procedimento ou a mudança do próprio titular da licença, mas já não a mudança do *prédio* que foi objeto da decisão. Com efeito, os atos de gestão urbanística definem as condições de realização, *num determinado prédio*, de uma operação urbanística (por exemplo, de uma obra de construção, em função das características do solo, da localização, da dimensão, da forma, etc.), condições que valem independentemente de quem seja o respetivo proprietário mas não já, como é fácil de entender, independentemente do prédio sobre o qual a operação incide.

<sup>2</sup> Essa complexidade é visível, desde logo, pela necessária conjugação de saberes e de conhecimentos, para que se garanta uma adequada decisão de planeamento ou de gestão urbanística. É por isso que o legislador exige, pelo menos no que concerne aos planos de urbanização e aos planos de pormenor, que os mesmos sejam elaborados por *equipas multidisciplinares*, determinando o Decreto-Lei n.º 292/95, de 14 de novembro, a composição *mínima* de tais equipas (que devem incluir pelo menos um arquiteto, um engenheiro civil ou engenheiro técnico civil, um arquiteto paisagista, um técnico urbanista e um licenciado em direito, qualquer deles com experiência profissional efetiva de, pelo menos, três anos). A estas equipas deverão ser adicionadas outras valências quando tal se revele necessário em face da complexidade e das circunstâncias envolvidas na elaboração do plano.

A complexidade técnica das decisões de planeamento resulta igualmente da cada vez mais necessária consideração de aspetos até há pouco tempo não integrados no planeamento, como a consideração dos *riscos* naturais e tecnológicos, a exigir uma nova interdisciplinaridade que apela para modelos de atuação que garantam a reunião de informação relevante e que se traduzam em algo mais do que a mera troca de informação e de dados, pressupondo, antes, que os vários setores da Administração disponham da informação em tempo útil sobre o estado de inquinamento existente, das substâncias tóxicas processadas pela indústria sobre o território, etc. Esta exigência apela igualmente para novas formas de relacionamento interadministrativo que se suporte sobretudo em decisões conjuntas e integradas dos diversos pontos de vista trazidos pelas várias disciplinas. A consideração dos riscos pelo plano, por exemplo, exige uma colaboração intensa entre o urbanista/planificador e os peritos de outras áreas (biologia, geografia, geologia), não podendo o urbanismo, enquanto disciplina normativa e racional atinente à ocupação do solo, desconhecer, como aconteceu durante anos, os acidentes que ao longo da história foram ocorrendo no território. Para este efeito, a necessidade de uma contínua interação entre peritos e decisores no processo de aquisição de conhecimento, interpretação de dados e escolhas normativas e de intervenção revela-se fundamental. A relação com consultores externos adquiriu, assim, nos últimos anos uma nova importância, consequência de uma crescente complexidade dos problemas em que o plano se vê envolvido, seja como parte em causa, seja como instrumento para a respetiva solução.

Sobre a exigência de uma nova interdisciplinaridade num processo de tomada de decisões complexas, *vide Scira Menoni, Pianificazione e Incertezza. Elementi per la Valutazione e la Gestione dei Rischi Territoriali*, Franco Angeli, Itália, Milão, 1997.

<sup>3</sup> Sobre este carácter real dos atos urbanísticos, *vide Fernanda Paula Oliveira, "As Licenças de Construção e os Direitos de Natureza Privada de Terceiros", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coleção Studia Iuridica, Ad Honorem – 1 Separata dos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 991-1048, p. 1028*, e Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo, Vol III*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 203 a 205. Dito de outra forma, os planos municipais (como aliás os restantes instrumentos de gestão territorial) apresentam-se como instrumentos de *carácter real* e não de *carácter pessoal*, o que significa que regulam a ocupação das áreas territoriais de abrangência, fixando as regras aplicáveis *aos solos* e não a regulamentação aplicável a pessoas ou grupos de pessoas determináveis, embora estas sejam afetadas indiretamente por normas daquele primeiro tipo. Tal significa, desde logo, que os instrumentos de planeamento devem evitar utilizar critérios de ordem pessoal para regular a ocupação do solo, que podem revelar-se desadequados para um correto ordenamento do território ou insuscetíveis de controlo.

Esta característica iminentemente *física* do direito do urbanismo e das posições jurídicas por este sancionadas, não inviabiliza que nele tenham lugar figuras ou mesmo direitos desmaterializadas (isto é, direitos referido a certos solos — “solos transmissores” —, mas que se podem vir a concretizar noutros diferentes — “solos recetores”), como os atinentes à perequação e a transferências de edificabilidade. Esta é, de facto, uma das aproximações possíveis ao tema da desmaterialização no direito do urbanismo que não queremos deixar de aqui registar. Vejamo-los mais em pormenor.

É a própria legislação urbanística a estabelecer, no artigo 140.<sup>º</sup> do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, a possibilidade de compra e venda do índice médio de utilização, como mecanismo de concretização da perequação dos planos.

De acordo com este mecanismo, o plano pode optar por permitir que os proprietários que, de acordo com as disposições do mesmo, possam construir acima da edificabilidade média adquiram o excesso a essa potencialidade àqueles que, igualmente nos termos do plano, disponham de um direito concreto de construção inferior à mesma, promovendo-se, assim, uma perequação direta entre privados, que podem, entre si, *comprar e vender potencialidades edificativas* (dispensando-se, destarte, a intervenção dos municípios<sup>4</sup>).

Obviamente, como decorre deste normativo, a aquisição, por qualquer proprietário, de potencialidades edificatórias só é possível *até ao limite máximo que o plano lhe permite construir*, não constituindo, por isso, uma forma de ultrapassar as disposições de planeamento em vigor.

Apesar de ser este o único regime legal que expressamente se refere à desmaterialização das posições jurídicas incidentes sobre os solos, outros mecanismos há que têm vindo a permitir a transferência de edificabilidade sobre os mesmos.

Veja-se o Sistema MultiCritério da Cidade Porto (abreviadamente designado por SIM-Porto), previsto no regulamento do Plano Diretor Municipal desta cidade, nos seus artigos 80.<sup>º</sup> a 83.<sup>º</sup>, e aplicável na apreciação dos projetos a realizar na *área crítica de recuperação e reconversão urbanística*. Trata-se de um sistema de informação e análise de operações urbanísticas que se caracteriza por estabelecer as condições específicas que estas devem observar, tendo como referência as conclusões de uma vistoria integrada, permitindo, ainda, a execução de um sistema compensatório pelo interesse público da operação urbanística. Esta solução permite incentivar operações de reabilitação urbana na área em causa ao prever a atribuição, aos promotores de operações deste tipo, de *direitos de construção* que podem ser utilizados em operações urbanísticas de edificação nova e em ampliações a realizar nas *Áreas de Edificação Isolada com Prevalência de Habitação Coletiva*, dentro e fora da área crítica de recuperação e reconversão urbanística<sup>5</sup>. A atribuição deste direito é determinada pela aplicação de uma escala de mensuração do interesse público da operação de reabilitação realizada, que tem em conta o local da intervenção e o grau da melhoria introduzida no prédio urbano objeto da intervenção executada.

Os referidos direitos permitem aumentar em 0,2 a edificabilidade prevista nesta área, sendo obtidos com a emissão do alvará de licença ou autorização de utilização, salvo quando a intervenção não requeira tal emissão, caso em que a obtenção e o título dos direitos referidos dependem de vistoria que comprove o bom termo das obras, o que corresponde ao reconhecimento de majorações dos índices, já que, quem realize operações de reabilitação numa determinada área da cidade, adquire direitos abstratos de construção que pode concretizar em determinadas categorias de solos, somando aos índices aí definidos<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Não se dispensa, porém, a intervenção do conservador, uma vez que estas transações são obrigatoriamente sujeitas a inscrição no registo predial, de modo a que possam produzir efeitos perante terceiros.

<sup>5</sup> Efetivamente, apenas as operações de reabilitação permitem a atribuição de direitos concretos de construção na medida em que o n.<sup>º</sup> 3 do artigo 82.<sup>º</sup> exclui desta atribuição as operações referentes à construção de novos edifícios, em qualquer categoria de espaço, as ampliações em áreas de edificação isolada com prevalência de habitação coletiva e a demolição integral, salvo se integrada em conjunto edificado do mesmo proprietário.

<sup>6</sup> Cfr. Fernanda Paula Oliveira, *A Discretionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal*, cit., pp. 481 e ss.

Também no âmbito do Plano Diretor Municipal de Lisboa, foi instituído um sistema de incentivos a operações urbanísticas com interesse municipal (artigo 84.<sup>º</sup>), em que, ligada à aprovação e concretização de operações que comportem reconhecido relevo municipal<sup>7</sup>, se encontra a atribuição de “créditos de construção”, tanto utilizáveis nas operações urbanísticas que lhes deram origem, como noutras, mediante transação.

Outra situação em que se coloca em evidência o relevo prático desta desmaterialização prende-se com os contratos de transferência de edificabilidades celebrados entre entidades públicas e privadas, normalmente em sede de gestão urbanística. Trata-se de acordos tendentes à substituição da indemnização a pagar pela afetação de direitos de utilização de certos terrenos titulados por privados por edificabilidade passível de ser concretizada noutras terras.

Não obstante a apreciação que foi feita desta questão no Parecer da Procuradoria Geral da República, homologado em 12 de julho de 2004, pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente — no qual se considerou desprovido de enquadramento legal um acordo de transferência de edificabilidade, atenta a indissociabilidade do *jus aedificandi* relativamente ao prédio objeto do respetivo licenciamento, o que consubstanciaria um objeto negocial jurídica ou fisicamente impossível —, somos de opinião que tal transferência de edificabilidade negocialmente enquadrada (seja no âmbito de procedimentos “pré-expropriativos”, seja no âmbito de contratos para planeamento) não encontra, por si só, qualquer impedimento do ponto de vista jurídico à sua celebração e concretização.

Naturalmente que um dos requisitos para que tal transferência seja possível é que a mesma não se refira à “*transferência de uma concreta implantação da obra*” do terreno para o qual a licença foi emitida para um novo terreno, dado o carácter real dos atos administrativos de gestão urbanística, que os liga indissociavelmente às características do solo ao qual se referem.

Isto não significa, muito pelo contrário, que o titular da licença de construção não seja já titular de um direito de concretizar *uma determinada edificabilidade*, pelo que, não tendo renunciado a ela, continua a ter direito à mesma, a qual, não sendo possível concretizar no terreno inicial nada impede que venha a ser concretizada noutra local, desde que sejam cumpridas duas exigências fundamentais: i.) que o novo prédio admita (em função da sua localização e respetivas características) aquela edificabilidade, designadamente em face dos instrumentos de planeamento em vigor naquela área; ii.) que seja desencadeado o procedimento de licenciamento com base num novo projeto adequado ao novo prédio<sup>8</sup>.

Trata-se, enfim, da introdução de formas de dissociação jurídica entre o direito de construir e o direito de propriedade privada, por reconhecimento, pelo menos parcial, que o direito de construção como direito subjetivo autónomo é transferível independentemente do direito de propriedade do solo<sup>9</sup>. Não obstante, a concretização daquele direito não pode compreender-se senão em relação a uma concreta operação urbanística e, portanto, a um específico prédio.

Para além destas situações, a característica iminentemente *física* das normas do direito do urbanismo também não impede a existência de soluções desterritorializadas (e, neste modo, num certo sentido, desmaterializadas) de que são exemplo os *núcleos de desenvolvimento económico* (NDE) e *núcleos de desenvolvimento turístico* (NDT) previstos no Plano Regional de Ordenamento do Território do Algarve (PROTAL), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.<sup>º</sup> 102/2007, de 3 de agosto e alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.<sup>º</sup> 188/2007, de 28 de dezembro, os quais correspondem a *investimentos estruturantes* para a Região do Algarve.

<sup>7</sup> Designadamente, a oferta de fogos sujeitos a valor máximo de renda ou preço de venda, a reabilitação de edifícios, a libertação dos interiores de quarteirão de construção, com aumento de área permeável ou o seu emparcelamento para efeitos de uso coletivo, e a integração de conceitos bioclimáticos e de eficiência na utilização dos recursos e de eficiência energética nos edifícios, estruturas urbanas e espaços públicos.

<sup>8</sup> A este propósito, nada impede que se aproveitem peças do projeto aprovado para o prédio inicial no âmbito deste novo procedimento. Trata-se, porém, de um novo procedimento, aferível à luz das normas entretanto aplicáveis, para um novo projeto a concretizar num distinto prédio, ainda que o interessado seja o mesmo.

<sup>9</sup> Cláudio Monteiro, “O Domínio da Cidade - a propriedade à prova no direito do urbanismo”, Dissertação de Doutramento, Lisboa, 2011.

Numa como noutra destas situações estão em causa investimentos relacionados com empreendimentos (públicos, privados ou mistos), constituídos, designadamente, por infraestruturas, equipamentos e outros bens ou serviços adequados ao desenvolvimento de atividades económicas, e que se consideram relevantes para a modernização e o crescimento das atividades económicas em geral, a transformação do tecido económico e social e a estabilidade da estrutura produtiva. É por esse motivo que PROTAL os classifica como dotados de um *elevado grau de interesse público regional*.

Característica específica destes *investimentos* é a ausência da sua prévia localização (“territorialização”), facto que se comprehende por, na maior parte das vezes, ser difícil, ou mesmo impossível, identificar, com antecipação, não apenas o tipo de investimento que pode vir a ocorrer, mas também as suas necessidades específicas (designadamente em termos de área territorial e das respetivas componentes), sendo preferível, por isso, “deixar em aberto” a possibilidade de os mesmos se localizarem *nas áreas que lhes forem mais adequadas*.<sup>10</sup>

A escolha de algumas de soluções de planeamento desterritorializadas tem vindo também a ser trilhado por alguns planos diretores municipais. Vejamos apenas alguns exemplos.

Assim, o Plano Diretor Municipal de Vila Nova de Gaia consagra toda uma secção relativa aos usos especiais: usos que, pela sua própria natureza, não se coadunam com a técnica do zonamento dos usos do solo ou para os quais se revela inconveniente, ou mesmo impossível, proceder a uma definição apriorística da sua localização.<sup>11</sup>

Neste tipo de usos, integra o plano um conjunto de *situações especiais* que englobam: (a) usos cuja localização depende, essencialmente, das características naturais do território e não de uma escolha voluntarista — casos das explorações de recursos geológicos e do aproveitamento de recursos energéticos renováveis; (b) intervenções de carácter localizado ou individualizado exigidas, em maior ou menor grau, por praticamente todos os usos que se distribuem pelo território — casos das dotações infraestruturais e dos postos de abastecimento de combustíveis; e (c) usos que, pelos inconvenientes que podem acarretar, exigem especiais cuidados na escolha das respetivas localizações, que só se pode efetivar através de uma avaliação casuística individualizada — casos do armazenamento de combustíveis e de materiais explosivos ou perigosos e dos depósitos em geral.

Para além destas situações, a versão do Plano Diretor Municipal que foi sujeita a discussão pública<sup>12</sup> integrava ainda nos usos especiais os designados *empreendimentos estratégicos*, que correspondiam a iniciativas, em geral de origem privada, com impacte territorial (mas também económico e social) relevante e que, pela sua natureza e características, se revelassem de patente interesse público ou estratégico para o concelho<sup>13</sup>, mas para os quais

<sup>10</sup> A diferença entre os dois subtipos de investimentos estruturantes previstos no PROTAL está no facto de a localização dos NDT estar dependente da prévia abertura de um concurso público, ao contrário da aprovação dos NDE, que pressupõe um procedimento específico desencadeado mediante solicitação do promotor interessado à câmara municipal.

<sup>11</sup> Nos termos do n.º 6 do artigo 9.º do Regulamento deste Plano Diretor Municipal, “*Para além dos usos correntes do solo tipificados nos números anteriores, podem ser viabilizados como usos especiais do solo, dentro dos limites e condições estabelecidas no Capítulo VI do presente título, actividades ou instalações cuja lógica de localização não se subordina necessariamente à classificação e qualificação do uso do solo traduzida em categorias e sub-categorias de espaços*”. No mesmo sentido, determina o artigo 103.º: “*Consideram-se usos especiais do solo para efeitos do presente Capítulo, os actos ou actividades que, pela sua própria natureza, obedecam a uma lógica de localização não reconduzível à classificação e qualificação do solo em termos de usos dominantes, exigindo o estabelecimento de condições de compatibilização específicas para cada situação*”.

<sup>12</sup> A qual não veio a constar da versão final aprovada pela Assembleia Municipal por a CCDR-N ter suscitado dúvidas quanto à respetiva legalidade.

<sup>13</sup> Os “*empreendimentos de carácter estratégico*” correspondiam, nos termos do artigo 111.º, a “*todos aqueles a que, por deliberação da Assembleia Municipal sob proposta devidamente fundamentada da Câmara Municipal em conformidade com o disposto no artigo seguinte, seja reconhecido interesse público estratégico pelo seu especial impacto na ocupação do território, pela sua importância para o desenvolvimento económico e social do concelho, ou pela sua especial funcionalidade ou expressão plástica ou monumental*”, deles sendo dada uma identificação meramente exemplificativa que abrangia parques empresariais, parques tecnológicos, empreendimentos turísticos/campos de golfe, empreendimentos de habitação social, polarizações urbanas, como centros direcionais, equipamentos e serviços administrativos de nível superior, bem como complexos de lazer e de recreio. Com vista a fomentar a reconversão de áreas urbanas cujas ocupações atuais se tornaram obsoletas ou desajustadas, gerando cargas urbanísticas penalizadoras, estendeu-se ainda a estas áreas o âmbito de aplicabilidade da disciplina explanada no texto (cfr. artigo 114.º).

se desconheciam, no momento da formalização do Plano, os elementos fundamentais que possibilissem a sua previsão concreta nas respetivas disposições: as suas características (em termos de natureza, intensidades de ocupação, conformação física), a respetiva localização, o momento em que supostamente iriam surgir, a identidade dos seus promotores, etc. Ou seja, tratava-se de um conjunto de usos relevantes e desejavelmente estratégicos para o município, mas cuja incerteza da respetiva ocorrência não justificava que se reservassem áreas do território municipal para a sua instalação, já que esta podia nunca vir a acontecer.

Não pretendendo, no entanto, o município, bem pelo contrário, impedir que os mesmos ocorressem, caso surgissem intenções de investimento, remetia-se essa decisão de localização para uma avaliação casuística, em que fossem conjuntamente ponderados o interesse estratégico das iniciativas e os seus impactes territoriais (tanto funcionais como formais/visuais/paisagísticos), os quais conduziram a uma decisão fundamentada da sua aceitabilidade ou recusa.

A disciplina que então se propunha ia, assim, no sentido de a aceitabilidade de cada iniciativa se centrar no resultado da referida ponderação, sem prejuízo, obviamente, do estrito respeito por todos os condicionamentos de ordem legal aplicáveis (desde logo, as servidões administrativas e as restrições de utilidade pública) e de uma avaliação positiva da sua compatibilidade com os usos dominantes do solo com que pudesse interferir. Abria-se, porém, a possibilidade de dispensar o acatamento dos parâmetros “urbanísticos” estabelecidos para o local (índices máximos de edificabilidade ou implantação, céreas ou número de pisos máximos, etc.)<sup>14</sup>, com um limite absoluto, no que respeita à edificabilidade, de 50% à majoração da área bruta de construção máxima que se obteria pela aplicação dos parâmetros “normais” estabelecidos para o local<sup>15</sup>.

A solução planificadora aqui referida apresentava-se claramente como uma solução flexível e adaptável às circunstâncias concretas que em cada momento existissem, prevendo o Plano um regime normal, correspondente aos usos correntes previstos para a respetiva área, e um regime especial, que seria aplicado quando (ou se) ocorressem determinadas circunstâncias (a intenção de realização de um empreendimento que viesse a ser declarado estratégico por ter ultrapassado o juízo formulado para o efeito). De modo algum estávamos perante numa alteração ao plano feita à margem das regras procedimentais exigidas aos procedimentos de dinâmica — como o entendeu, então, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte —, pois do que se tratava era de *uma norma do próprio plano*, ainda que de conteúdo flexível ou aberto, mas, em qualquer caso, suficientemente garantidora dos interesses em presença<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Estes parâmetros estavam fixados tendo como referência os usos correntes do solo (usos dominante, complementar e compatível de cada categoria de uso do solo) e não usos especiais, de ocorrência incerta.

<sup>15</sup> Com efeito, o artigo 113.º permitia que fosse autorizada uma majoração até 50% da área bruta de construção admitida para a área e que fosse dispensado o cumprimento de outros parâmetros estabelecidos para as categorias de uso afetadas desde que não fossem áreas naturais nem áreas verdes de enquadramento, “caso a Câmara Municipal reconheça que as configurações funcionais e físicas que daí resultem não são susceptíveis de provocar cargas funcionais incomportáveis para as infra-estruturas públicas, ou de pôr em causa a imagem do território, em termos de integração urbanística e paisagística”.

<sup>16</sup> Apontando soluções equivalentes à que havia sido proposta pelo Plano Diretor Municipal de Vila Nova de Gaia, Nuno Portas afirmava, em relação a projetos relativos a equipamentos pesados, como as marinas, as grandes unidades hoteleiras, os golfes e outros desportos de recente promoção mediática, que “se estes empreendimentos não obtiveram a sua viabilidade antes da conclusão dos documentos de planeamento, é praticamente impossível adivinhar a sua localização e momento e, por maioria de razão, a sua dimensão. Quando surgem, ou o planeamento aprovado tem flexibilidade (e regras) para as receber e orientar ou superam sempre a penosa revisão dos planos vigentes (se os houver)” — cfr. “Crítica do Urbanismo: o Desenho Urbano em Situações de Costa”, in Sociedade e Território, n.º 13, junho de 1991, p. 93. Por sua vez, Nuno Portas, Álvaro Domingues e João Cabral defendem, neste mesmo sentido, um sistema pró-ativo de regulação, assente na criação das condições adequadas de articulação entre oportunidades e recursos. Para um ótimo aproveitamento das oportunidades, seria necessário, segundo os Autores, uma programação e coordenação adequadas e ainda flexibilidade de processos na tomada de decisões que devem articular os objetivos de competitividade, coesão e sustentabilidade — cfr. *Políticas Urbanas – Tendências, Estratégias e Oportunidades*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 206. Só assim seria possível garantir o aproveitamento das oportunidades potencialmente interessantes. E, note-se, que todo o plano, seja ele um plano diretor municipal ou um plano de

Tratava-se de uma norma que pretendia evitar que se reservassem solos para empreendimentos que, dado o seu caráter excepcional, podiam nunca vir a ocorrer, mas que, se assim fosse pretendido, tornava o plano apto a integrá-los. Esta norma correspondia, ao fim e ao cabo, a uma solução desterritorializada muito próxima das situações previstas PROTAL a que nos referimos *supra*: a sua localização no território não fica pré-determinada, uma vez que aqueles empreendimentos correspondem a investimentos estratégicos cuja localização deverá ocorrer nos locais mais adequados para o efeito. Nestes casos, porém, é necessário que o plano tenha a flexibilidade suficiente para os admitir, já que os parâmetros previstos para as situações normais não lhes são em regra adequados<sup>17</sup>.

Estamos, nestas, como noutras situações idênticas, perante normas de planeamento que determinam soluções (estatuições) diferentes consoante a previsão normativa (hipótese da norma) que ocorra, logo de normas flexíveis que apenas devem ser recusadas se a respetiva previsão não for suficientemente precisa para determinar as circunstâncias da sua aplicação, o que, pensamos, não sucedia no caso.<sup>18</sup>

## 2. Núcleos problemáticos do direito do urbanismo e desmaterialização

Num momento em que, em Portugal, praticamente todo o território nacional se encontra abrangido pelos mais diversos instrumentos de gestão territorial, em especial por planos municipais de ordenamento do território, falar em *gestão urbanística* significa falar na *execução de planos municipais*, nas mais variadas dimensões em que esta tarefa se traduz (execução material e execução jurídica *rectius perequação*). Não se pode, pois, falar já, atualmente, de uma gestão urbanística sem planos, mas de uma gestão urbanística assente em instrumentos de planeamento.

Nesta perspetiva, existe uma estreita relação entre a *elaboração e a execução dos planos municipais*, entre *planeamento e gestão urbanística*, fazendo ambos parte de uma mesma realidade *iterativa*.

Tal não significa que *planejar e executar* sejam atividades equivalentes, já que não há como negar que se trata de duas realidades que, pelo menos do ponto de vista lógico e cronológico, se apresentam como *distintas e sucessivas*. No entanto, tal não poderá significar que no planejar está a *inovação* e no executar a *mera aplicação subsuntiva de normas pré-determinadas*. É que à execução do plano devem ser reconhecidos também, em doses adequadas, espaços de conformação por parte das entidades públicas envolvidas, não devendo ser vista como

---

urbanização, deve ter regras ou mecanismos que permitam aproveitar essas oportunidades sem implicar revisões formais de todo o processo. Para este efeito, Nuno Portas propõe a definição de *gamas tipológicas admissíveis* através do regulamento que permitam relacionar a forma geral com os tipos de procura e com os valores relativos do solo mais equilibrados e ainda com a capacidade prevista nos traçados, sem obrigar a definir, antes de os agentes serem conhecidos, o feitio de cada intervenção, mas também sem excluir essa definição em casos bem justificados – cfr. “Crítica do Urbanismo: o Desenho Urbano em Situações de Costa”, cit., p. 94.

<sup>17</sup> Servia ainda, esta norma, como uma medida de incentivo de deslocalização de atividades desajustadas ao espaço onde se integram, como um bairro social degradado ou atividades poluentes. A concessão de uma majoração para os usos reabilitadores que viessem substituir aqueles até ao índice máximo que o Plano Diretor Municipal balizava devidamente (e com cumprimento das restantes exigências aí previstas) era uma relevante forma de incentivo a essa deslocalização.

<sup>18</sup> Esta solução faz lembrar, em certa medida, algumas técnicas utilizadas no ordenamento jurídico norte-americano que funcionam, precisamente, como mecanismos de flexibilização dos planos: a técnica do zonamento por *standards de atuação* e a técnica das *zonas flutuantes*. Na primeira, especificamente pensada para áreas industriais, a localização de uma certa atividade não depende de categorias pré-fixadas de usos, mas antes da avaliação do impacto da instalação da atividade com base em standards e critérios pré-estabelecidos. Na segunda, o conteúdo da zona urbanística é definido, mas opta-se por não fixar concretamente a sua localização física. Em qualquer dos casos, porém, tal como na solução indicada no texto, a flexibilização é acompanhada de uma crescente proceduralização da atuação da Administração no âmbito da gestão urbanística, designadamente através de reforçadas exigências de participação pública.

Sobre as soluções desterritorializadas e sua defesa como forma de flexibilização das normas de planeamento cfr. Fernanda Paula Oliveira, *A Discrição e a Liberdade de Planeamento Urbanístico Municipal*, cit., pp. 483 e ss.

uma mera reprodução das opções constantes do *plano*, tendo antes um papel “criador” e “integrador” das previsões deste; do mesmo passo, os planos não se devem apresentar como instrumentos que tudo prevêem e disciplinam, deixando desejavelmente margens de conformação que serão mais adequadamente preenchidas em sede de gestão.<sup>19</sup>

Será referindo-nos a cada uma destes vetores do direito do urbanismo que enunciaremos os principais sinais de desmaterialização que neles podem ser encontrados, assinalando os seus respetivos limites e dificuldades de concretização.

## 2. Planeamento urbanístico

i. O planeamento territorial assenta na inventariação da realidade física<sup>20</sup> existente, exigindo, para o efeito, a produção de cartografia que permita a sua representação, bem como a representação das opções que para ela se pretendem.

Esta cartografia era tradicionalmente feita em formato de papel, com base em técnicas de representação definidas pela entidade que a produzia. Este *modus faciendi* do planeamento conduziu ao avolumar de erros e de imprecisões — erros de grafismo, de deformação do papel, de instrumento de medida, de representação (símbologia/toponímia), de posicionamento (erro planimétrico/altimétrico) —, erros estes reforçados pela inexperiência técnica dos vários intervenientes na primeira vaga de aprovação de planos municipais de ordenamento do território em Portugal.

A existência destas dificuldades é de tal ordem que o legislador sentiu a necessidade de criar um procedimento especial de dinâmica dos planos — atualmente o procedimento de correções materiais (artigo 97.º-A do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial)<sup>21</sup> — com vista a superar alguns dos erros de que padecem as cartas integradas nos instrumentos de gestão territorial.

Precisamente para evitar a desmultiplicação destes erros e permitir uma mais elevada precisão dos instrumentos de planeamento, veio Decreto Regulamentar n.º 10/2009, de 29 de maio, fixar a cartografia a utilizar nos instrumentos de gestão territorial, bem como na representação de quaisquer condicionantes.

Este diploma, para além de estabelecer a obrigatoriedade de elaboração da cartografia base e das peças gráficas dos instrumentos de gestão territorial em *suporte digital*, determinou ainda a necessidade de homologação dessa cartografia, como garantia de qualidade e de normalização de critérios na elaboração daquelas cartas.

Não obstante estas exigências, continua ainda a ser difícil proceder a um adequado levantamento da situação física e jurídica abrangida (e alterada) pelos instrumentos de planeamento. Isto porque terá sempre de se admitir que, no âmbito destes instrumentos, as peças gráficas produzidas possam não corresponder estritamente à realidade fundiária, não obstante deva ser produzida uma peça que represente, o mais fielmente possível, a situação fundiária da área de intervenção do plano. Desde logo porque é muito frequente o desacerto entre descrições prediais e matrizes (motivadas, designadamente, pela atualização da descrição predial a que não corresponde uma equivalente atualização da matriz, sobre-

<sup>19</sup> Sobre esta ligação entre planeamento e gestão cfr. Fernanda Paula Oliveira, *Direito do Urbanismo. Do Planeamento à Gestão*, Braga, CEJUR, 2010.

<sup>20</sup> Mas não só, uma vez que a inventariação abrange igualmente dados económicos, sociais, ambientais, etc. Sobre a inventariação da realidade existente como uma das funções dos planos territoriais cfr. Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, pp. 363 e ss

<sup>21</sup> Estes procedimentos podem não ser desencadeados se o próprio plano integrar mecanismos de superação dos seus erros, designadamente mecanismos de ajustamento ao cadastro ou de limites físicos identificáveis no terreno. Por sua vez, estes procedimentos são meramente declarativos, pelo que, mesmo antes da correção material, podem ser praticados atos de gestão urbanística de acordo com a alteração a introduzir no plano. É que, não obstante o princípio geral do *tempus regit actum*, seria juridicamente irracional admitir que fosse inválido (nulo) um ato administrativo que violasse uma norma provida de um erro, em especial se o procedimento de correção do mesmo se desencadeia de imediato.

tudo nos casos em que o prédio transita de rústico para urbano em função da aprovação de uma operação urbanística; pela duplicação e sobreposição de matrizes e/ou de descrições prediais; pela existência de prédios omissos, etc.). Naturalmente que o município tenta suprir da melhor forma estes desacertos e, por vezes, verdadeiras contradições, ao exercer a sua tarefa de planeamento<sup>22</sup>, a qual não pode, em todo o caso, substituir os termos civilistas de definição dos limites dos direitos reais incidentes sobre a área de intervenção do plano. Ou seja, ao plano apenas cabe identificar a realidade *existente dentro dos limites do possível* para poder ponderar as suas opções de ocupação territorial, mas já não lhe cabe fazer uma resenha exaustiva e proceder a uma resolução de conflitos sobre direito de propriedade.

É notório, por isso, para todos os que trabalham com o direito do urbanismo, que os planos continuam a ser construídos sobre bases parcelares, complexas e dinâmicas e que elas próprias não fundam certezas sobre a realidade predial. Por isso nunca poderá exigir-se aos instrumentos de planeamento aquilo que não se pode retirar das bases em que o mesmo assenta, *maxime*, o registo predial.

ii. O marco de modernidade do planeamento urbanístico tem passado, efetivamente, pela introdução de instrumentos de informação espacial, mais particularmente de sistemas de informação geográfica (*SIG*).

Os *SIG* permitem a combinação e o cruzamento de dados geográficos e alfanuméricos, tendo-se convertido numa ferramenta imprescindível de apoio à decisão, sobretudo no âmbito urbanístico, por permitirem uma melhoria dos processos administrativos, tanto ao nível do planeamento, como ao nível da própria gestão e fiscalização municipais<sup>23</sup>.

Do mesmo modo, ao envolverem a possibilidade de acesso e análise a informação georeferenciada, constituem um ponto de apoio precioso para os privados, que, assim, passam a dispor de meios de fácil consulta para definição da sua capacidade de intervenção sobre o território<sup>24</sup>.

iii. Esta disponibilização informatizada das peças que contribuem para a elaboração dos instrumentos de planeamento é acompanhada pela obrigação de publicitação dos resultados dessa tarefa<sup>25</sup>. Exige o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial que os planos municipais de ordenamento do território vigentes sejam disponibilizados, com carácter de permanência e na versão atualizada, no sítio eletrónico do município a que respeitam, incluindo a transcrição digital georreferenciada de todo o conteúdo documental que os constitui (artigo 83.º-A).

Esta publicitação terá lugar em momento posterior à publicação em Diário da República dos instrumentos de gestão territorial, passo essencial à eficácia jurídica destes, nos termos do artigo 148.º do respetivo regime jurídico. Também a publicação em Diário da República, que inicialmente era feita inteiramente de forma impressa — a impressão englobava as várias peças que integravam o plano, incluindo as suas plantas<sup>26</sup> — passou a conter uma hiperligação

<sup>22</sup> Muitas das incongruências verificadas são objeto de análise pelo município, por intermédio da produção de peças autónomas como plantas topográficas ou pelo cruzamento de dados nos sistemas de informação geográficos de que aqueles dispõem, e da consequente identificação da configuração física provável dos prédios, para efeitos de plano.

<sup>23</sup> Estes *SIG* têm vindo a revelar-se especialmente úteis na deteção de ilegalidades cometidas pelos interessados ao nível da demonstração da legitimidade urbanística e na determinação da capacidade edificativa do prédio e respetivos limites.

<sup>24</sup> De qualquer das formas, o acesso aos *SIG* não é, em regra, suficiente para instrução de processos de gestão urbanística, sendo necessário requerer plantas oficiais ao Município.

<sup>25</sup> Obrigação esta que se alarga à publicitação de todas as decisões relevantes tomadas no âmbito dos procedimentos de planeamento (abertura do procedimento e da participação preventiva, abertura do período de discussão pública, resultados da discussão pública, etc.).

<sup>26</sup> Esta publicação integral sempre foi objeto de acesas críticas, pela inutilidade que revestia a publicação da planta de condicionantes e da planta de ordenamento, zonamento ou implantação do plano, dada a impossibilidade de leitura das mesmas num formato A4.

que dará acesso às mesmas (designada por identificador das imagens e respetivos endereços no sítio do Sistema Nacional de Informação Territorial).

De facto, nos termos da Portaria n.º 245/2011, de 22 de junho, o envio dos instrumentos de gestão territorial para publicação no *Diário da República* é efetuado por via eletrónica e através de uma plataforma informática — a plataforma de submissão eletrónica (SSAIT) —, acompanhando-o de uma coleção completa do processo para depósito na atual Direção-Geral do Território (anterior DGOTDU), de acordo com o estabelecido nas alíneas e) e f) do n.º 4 do artigo 148.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial.

O depósito traduz-se num repositório centralizado, com funções de cadastro e de publicitação de todos os instrumentos de gestão territorial com vista a potenciar a consulta dos mesmos por todos os interessados, o que é assegurado por intermédio do SNIT.

Estes trâmites, se não possibilitam qualquer controlo material sobre as opções de planeamento, passaram a permitir um controlo formal muito acentuado sobre os modos de carregamento da informação no sistema, o que tem conduzido, na prática, a deseconomias e a perdas de tempo na conclusão do procedimento de planeamento.

iv. Refira-se, por último, que a desmaterialização é igualmente relevante na condução de um dos passos fundamentais da tramitação procedural dos planos: a participação pública.

Apesar de esta obrigação não se encontrar vertida no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial — que apenas se refere à divulgação da abertura destes trâmites e da sua conclusão na página de internet do Município, cfr. artigos 74.º, n.º 1 e 77.º, n.º 3 e 8.º —, a própria participação pública pode encontrar nos meios informáticos uma via privilegiada de intervenção.

É, aliás, comum que, na divulgação da abertura da participação pública, se indique que esta pode ter lugar diretamente para um endereço eletrónico (normalmente com a disponibilização de um formulário para participação).

Esta divulgação e participação telemáticas são, no entanto, apenas complementares das dimensões presenciais e impressas do procedimento de planeamento, não as substituindo. Isto porque aquela participação não incentiva a dimensão discursiva (traduzida na discussão e na concertação de interesses) que deve estar presente nos procedimentos de planeamento e que, muitas vezes, só consegue ser assegurada pela presença de técnicos e responsáveis municipais (seja em reuniões individuais, seja em sessões públicas de esclarecimento).

### **3. Gestão Urbanística e domínios afins**

i. No âmbito da gestão urbanística, tem vindo a ganhar forma um novo paradigma que assenta nos vetores da desmaterialização e simplificação procedural<sup>27</sup>. Este paradigma vai desde uma forma mais radical, que passa pela eliminação de procedimentos e de atos de controlo público (implicando, a liberalização de algumas atividades privadas)<sup>28</sup> a uma forma mais mitigada, traduzida na introdução de novos *mecanismos de controlo preventivo* das operações urbanísticas e afins.

<sup>27</sup> Sobre o contributo destes paradigmas assentes na administração eletrónica para a eficiência administrativa e consequente qualidade do serviço público, Maria Manuel Leitão Marques, “Gracioso e também Simples - Reflexão sobre o Impacto da Simplificação e da Administração Eletrónica no procedimento Administrativo”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Diogo do Amaral, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 747 e ss.

<sup>28</sup> No âmbito urbanístico, as obras de escassa relevância urbanística, cujo elenco não cessa de engrossar, deixaram de estar sujeitas a qualquer controlo prévio, com exceção de uma informação de início de obra (cfr. artigos 6.-A e 80.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). No âmbito do regime jurídico do licenciamento zero, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/2011, de 1 de abril refiram-se as situações sujeitas a mera comunicação prévia (que se analisam apenas num dever de declarar o exercício, em certos moldes, de uma atividade económica) e as situações que deixaram de estar sujeitas a qualquer permissão administrativa ou a informação privada (a venda em leilões, a alienação de bilhetes e certas formas de publicidade comercial).

Estes mecanismos — a comunicação prévia no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e a comunicação prévia com prazo no âmbito do Licenciamento Zero — pressupõem uma menor discricionariedade de apreciação por parte das autoridades públicas que são chamadas a pronunciar-se sobre as pretensões particulares, compensada, de certa forma, pelo reforço da responsabilização destes privados (proprietários e respetivos técnicos).

Do mesmo passo, estas novas figuras são desenhadas para funcionar, em plenitude (ou em exclusivo) no âmbito de sistemas informáticos, uma vez que é em ligação com estes que se comprehende a nova “engenharia de processos” introduzida pelo legislador: os prazos curtos, os deferimentos tácitos ou atos fictícios, a liquidação por via informática ou a auto-liquidação das taxas, os comprovativos eletrónicos, etc.<sup>29</sup>

A este propósito, há que anotar o facto de o Balcão do Empreendedor, no âmbito do regime jurídico do licenciamento zero, ser um elemento essencial à plena aplicação do diploma, de modo a evitar o que sucedeu no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, no qual a maior inovação introduzida pela Lei n.º 60/2007 — o sistema informático previsto no art. 8.º-A — se traduziu, até ao momento, no maior fracasso desta alteração legislativa<sup>30</sup>.

Não obstante estas inovações e os pontos positivos por elas introduzidos: desde logo, a criação de um portal de acesso único, no qual se condensa toda a informação, acessível para todas as entidades públicas e para os operadores privados, podem ser-lhes apontadas algumas limitações ou insuficiências:

- estas inovações incorporam um modelo impessoal de relacionamento com a Administração, ainda que o mesmo seja temperado pela previsão da possibilidade de acessos mediados ao sistema (ou seja, a existência de balcões físicos, nos quais um funcionário fará a introdução dos dados fornecidos pelo interessado). Tal exige, no entanto, recursos e disponibilidades que, de momento, parecem escassear, e poderá envolver encargos suplementares para os interessados, precisamente aqueles que, presume-se, menos meios de acesso terão aos sistemas informáticos estabelecidos.

- estas inovações não extinguirão, por completo, os procedimentos tramitados e decididos em papel, como sucede com os licenciamentos de espaço público e de publicidade; do mesmo passo, apesar de a instrução dos procedimentos ser feita informaticamente, adivinhamos que o saneamento dos mesmos (ou o controlo do conteúdo dos documentos carregados no sistema) continuará a ser feito pelos serviços administrativos com base em versões impressas daqueles.

- estas inovações não podem ser cabalmente concretizadas se não for possível criar sistemas informáticos *intuitivos, simples e ajustáveis* à realidade a regular. Se for necessário cumprir sem desvios os modelos informáticos e estes forem complexos e pouco operativos, dificilmente se conseguirá reduzir os tempos dos procedimentos, sobretudo dos procedimentos urbanísticos. Pelo contrário, tornar-se-á ainda mais penosa a atuação da Administração, sempre que se trate da tomada em consideração de situações que merecem um tratamento jurídico particular (sobretudo do ponto de vista instrutório), como sucede com as legalizações ou da introdução de trâmites (como o da audiência prévia) que não estejam previstos no sistema; e tornar-se-á mais árdua a atividade dos interessados que se verão confrontados com a necessidade de lançar constantemente mão do sistema informático no âmbito de

<sup>29</sup> Cfr., sobre estas figuras, Dulce Lopes, “A Comunicação Prévia e os Novos Paradigmas de Controlo Administrativo da Atividade Privada, Direito Regional e Local, n.º 14, 2011, p. 7 e ss.

<sup>30</sup> Este sistema informático (SIRJUE) não se encontra, ainda, plenamente concretizado, não obstante ter alguma aplicação quanto às consultas a efetuar ao abrigo do artigo 13.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Assim, da Portaria n.º 216-A/2008, de 3 de março, que regulamenta o funcionamento do sistema informático, assume particular relevo o art. 8.º, que se refere às situações de inexistência ou indisponibilidade do sistema informático ou plataforma. Ao invés, no caso do licenciamento zero, a aplicação da grande maioria das suas prescrições depende do funcionamento do Balcão do Empreendedor, nos termos fixados na Portaria n.º 131/2011, de 4 de abril, que define as suas funcionalidades, modo de autenticação e meios de acesso.

procedimentos de alteração ou de “renovação” de títulos anteriormente detidos (caso se não preveja, é claro, uma satisfatória reutilização e importação de dados inseridos já no sistema).

- estas inovações introduzem novos *players* no sistema urbanístico (as agências gestoras dos portais informáticos, como a Agência para a Modernização Administrativa) que têm tendência (pela homologação do carregamento de dados no sistema) para exceder a sua vocação técnica e imiscuir-se em matérias que são atribuição de outras entidades públicas, sobretudo dos municípios.

ii. Mas é ao nível do controlo sucessivo ou da fiscalização administrativa das obras levadas a cabo por entidades públicas e privadas que são mais visíveis as limitações à desmaterialização em sede urbanística. O levantamento das situações existentes, a realização de ações de fiscalização e de vistorias são, claramente, trâmites que implicam uma deslocação física ao local e, sobretudo, quando são seguidos da adoção de medidas de tutela da legalidade, que implicam a produção de peças escritas (desde logo, das notificações aos intervenientes no processo construtivo, como reforço das garantias destes)<sup>31</sup>.

Ainda assim, e mesmo nesta sede, prevêem-se instrumentos desmaterializados, como o livro de obra eletrónico.

A exigência do livro de obra no local da realização da mesma encontra-se funcionalizada ao auxílio do exercício da fiscalização municipal. De facto, um registo das ocorrências relevantes em obra é um elemento precioso para determinar o (in)cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis à mesma, bem como fundar outros efeitos, como sucede com os pedidos de prorrogação do prazo de execução ou com as hipóteses de caducidade da licença ou da comunicação prévia concedida. Ora, a Portaria n.º 1268/2008, de 6 de novembro prevê a existência de um livro de obra eletrónico, preenchido por meios informáticos e que se encontraria acessível em permanência a todos os intervenientes, públicos e privados, no processo construtivo, sendo possível registarem nele todas as entradas para memória futura (sendo, por isso, apelidado por alguns de livro de obra interativo). No entanto, remete este diploma para a regulamentação do livro de obra eletrónico que venha a ser definido em regulamento municipal, não uniformizando, assim, as suas características técnicas.

iii. Aluda-se, por fim, à questão da mudança de *técnicas* utilizadas no âmbito dos procedimentos de gestão urbanística, técnicas essas que agora, como sempre, têm vindo a ser alvo de sucessivas evoluções que visam tornar as decisões administrativas mais rigorosas e adequadas à realidade.

Referimo-nos aqui particularmente às técnicas utilizadas na identificação da concreta localização dos projetos urbanísticos de forma a determinar a sua conformidade com os instrumentos de gestão territorial, que são documentos definidores das regras de ocupação e uso a serem observadas pelos projetos urbanísticos. A questão que se coloca, é a de saber se o apuramento de técnicas supervenientes, que não comuns nem exigíveis à data da tomada de decisão administrativa, podem determinar a nulidade dos atos de licenciamento entretanto praticados por violação de plano.

Não nos parece, de todo, que esta seja uma solução razoável. Com efeito, tendo aqueles atos sido decididos com base nas técnicas exigíveis no momento da decisão (normalmente a cartografia em formato de papel), então os licenciamentos emitidos terão de ser considerados conformes àqueles instrumentos urbanísticos, uma vez que tais atos se conformaram com a interpretação que destes instrumentos era, razoável e coerentemente, levada a cabo no momento da sua concretização aos casos concretos.

<sup>31</sup> Em regra, as notificações e comunicações no âmbito do RJUE deveriam ser feitas por meios eletrónicos, salvo quando estes não forem possíveis ou se mostrarem inadequados (artigo 121.º). No entanto, esta via apenas se aplica à relação do município com requerentes (de uma determinada operação urbanística) e não com os demais municípios.

Em face do afirmado terá de se concluir, não obstante poderem verificar-se discrepâncias entre as prescrições de uso do solo nos vários documentos, que os licenciamentos emitidos são legítimos, pela simples razão de que aos mesmos nunca poderiam ser aplicadas técnicas às quais o município apenas teve acesso posteriormente, e que eram as únicas que permitiriam concluir por aquela desconformidade.

E sendo estes atos válidos, aos mesmos devem ser reconhecidas as características e funções típicas das decisões administrativas<sup>32</sup>.

Esta é, acrescente-se, a única via que permite respeitar, em relação ao interessado, a confiança legítima que o mesmo depositou numa atuação (válida) da Administração. E, enfim, a única forma de salvaguardar esta confiança legítima e de garantir que o anterior ato da Administração possa desempenhar, enquanto ato válido, as suas funções típicas, sem estar dependente de oscilações puramente técnicas, mas que causam grave mossa aos princípios fundamentais que Administração deve salvaguardar. Imagine-se as consequências que adviriam de uma revisão<sup>33</sup> de todos os atos praticados pela administração ao abrigo de novas técnicas mais rigorosas do que as vigentes no momento da decisão.

### 3. Conclusões

Tendo sido chamadas a falar sobre o papel do direito do urbanismo num mundo sem papel vimo-nos confrontadas com o desafio de articular o que têm sido as práticas de planeamento e gestão urbanística municipais numa época marcada pelos esforços de simplificação e de aceleração procedimentais.

Apesar dos nítidos avanços, sobretudo ao nível dos sistemas de informação geográficos, constatámos, ainda, alguns constrangimentos fortes — e outros mesmo inarredáveis — à retirada do “papel” do direito do urbanismo.

Mas mais, assumindo a “desmaterialização” como um processo jurídico, demos conta de novas figuras que desterritorializam opções de uso do solo, tornando-o, portanto, o suporte flexível das aspirações humanas que nele façam sentido.

**Palavras-Chave:** urbanismo, desmaterialização, desterritorialização, sistemas informáticos; cartografia digital.

Fernanda Paula Oliveira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dulce Lopes

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<sup>32</sup> Referimo-nos às funções *definitória* (“enquanto ato jurídico regulador, conformador ou concretizador das relações jurídicas externas, sobretudo entre a Administração e os particulares”), *tituladora* (“como decisão dotada de imperatividade e ainda de executividade (...) e, excepcionalmente, de executoriedade”), e *estabilizadora* (decisão que se consolida num prazo relativamente curto, garantindo “uma autovinculação de princípio da Administração”) do ato administrativo. Já entendemos, no entanto que, afirmada hoje, com base nas novas técnicas, a localização de uma construção em Reserva Ecológica Nacional, por exemplo, alterações à licença anteriormente emitida devem ser aferidas à luz desta condicionante.

<sup>33</sup> Em sentido concordante vejam-se as limitações ao próprio nível de controlo, que não deve assumir-se, ao nível insutório, como um controlo de revisão mas um controlo limitado pelas possibilidades de previsão do decisor primário.



# A legitimação participativa de uma decisão ambientalmente responsável

## Resumo

A propósito do regime jurídico relativo aos procedimentos desenhados com vista à avaliação do impacte ambiental de determinadas ações e de determinados planos ou projetos e da legitimidade procedural para estes procedimentos delineada, recuperamos a incursão reflexiva pelas dimensões constitutivas de uma decisão «comunicativamente justa» e, predominantemente, pelos contributos que o princípio da boa administração, consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), poderá implicar na garantia de uma decisão ambientalmente responsável.

**Palavras-chave:** avaliação de impacte ambiental; legitimidade procedural; princípio da boa administração; decisão «comunicativamente justa»

### 1. Abordagem prévia

O princípio do Estado de direito, procurando responder «ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado», comprehende a «exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito» (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP). O direito de participação do particular nos procedimentos em que é interessado (artigo 267.º, n.º 4, da CRP), o princípio da informação (artigo 268.º, n.º 1, da CRP) e o princípio da celeridade procedural são algumas das garantias que concorrem para a realização de um procedimento administrativo justo<sup>1</sup>.

Contudo, mais do que um procedimento administrativo justo, cada vez se sente mais a necessidade de renovar o procedimento administrativo, de modo a torná-lo «comunicativamente justo»<sup>2</sup>. Um procedimento que, abrangido pelo artigo 52.º, n.º 3, da CRP, implicará meios mais ágeis na participação dos vários interessados. Comunicações pré-procedimentais, conferências de serviços, cooperação informal através de avisos, informações, procedimentos coletivos serão, então, como destaca a doutrina, alguns dos meios que concorrem para a garantia de uma decisão comunicada e dialogada<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, 4.ª edição revista, págs. 243, 247 e 275.

<sup>2</sup> Sobre o direito a um «procedimento comunicativamente justo», veja-se GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7.ª Edição, 1997, pág. 514.

<sup>3</sup> GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa..., ob. cit.*, pág. 514.

No entanto, a imperatividade de um procedimento administrativo que seja justo não emerge apenas da nossa Constituição. Veja-se, desde logo, a Convenção de Aarhus<sup>4</sup>, que, no respetivo preâmbulo, para além de reconhecer que todo o indivíduo tem direito a viver num ambiente adequado à sua saúde e bem-estar, mas também o dever de proteger e melhorar o ambiente em benefício das gerações atuais e vindouras, estabelece que, para defenderem esse direito e cumprirem esse dever, os cidadãos devem, desde logo, ter acesso à informação e ter direito a participar no processo de tomada de decisão. Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) desempenha, neste domínio, um importante papel, já que consagra o direito à boa administração, desdobrando-o no direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, no direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que lhe digam respeito, no direito de qualquer pessoa a audiência prévia no âmbito dos procedimentos em que seja suscetível a aplicação de uma medida individual que lhe diga respeito e que a afete desfavoravelmente nos seus direitos, bem como no direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos (artigo 41.<sup>9</sup>).

Partindo daqui, pretendemos iniciar uma pequena incursão por determinadas opções e interpretações em domínios relevantes para o Direito do Ambiente, sempre orientados pelos contributos que um princípio da boa administração, redimensionado por força do direito europeu, poderá trazer para o conteúdo do direito a uma decisão «comunicativamente justa». Um direito que se mostra cada vez mais necessário na concretização efetiva do princípio da precaução. Perante um crescente número de atividades em que os dados científicos são incertos ou insuficientes, a gestão dos riscos que dessa incerteza decorre exige a tomada de medidas precaucionais, mas também exige que sejam garantidos níveis e formas de participação que assegurem a compreensão e adesão a decisões que assentam na análise científica, certa ou incerta, de determinados riscos para o ambiente ou para a saúde pública<sup>5</sup>.

Começaremos, assim, por analisar o nível de participação que caracteriza procedimentos destinados a avaliarem, ambientalmente, determinados projetos e determinados planos e programas, para, posteriormente, concluirmos com a questão problemática de saber quem tem legitimidade para intervir nestes procedimentos.

<sup>4</sup> A Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, adotada em 25 de junho de 1998, na cidade dinamarquesa de Aarhus, durante a 4<sup>a</sup> Conferência Ministerial “Ambiente para a Europa”, que entrou em vigor a 30 de outubro de 2001. Entre nós, encontra-se concretizada na Lei n.º 19/2006, de 12 de junho.

<sup>5</sup> O princípio da precaução implica uma avaliação científica dos aspectos testáveis e verificáveis do risco antes da adoção de quaisquer medidas e, só no caso de os estudos científicos não permitirem afastar as dúvidas, é que deverá ser mobilizado e aplicado através da adoção de medidas precaucionais. ARAGÃO, Alexandra, «Dimensões europeias do princípio da precaução», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII-2010 (Especial), pág. 257 e ss. A avaliação do risco compete aos peritos/cientistas; já a gestão do mesmo compete ao poder político, devendo a mesma assimilar as exigências legais e as dimensões económicas, políticas e normativas do problema em causa. Cfr. De Sadeleer, Nicolas, «The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law», in *European Law Journal*, Vol. 12, 2, 2006, pág. 148 e ss. Veja-se, neste domínio, o reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça, da relevância da adoção de normas técnicas que, sendo uma consequência da análise do risco por peritos, permitem aos Estados geri-lo. Cfr., a título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-115/08, de 27 de outubro de 2009, que teve como base um litígio que opôs o Land Oberösterreich à CEZ, devido à perturbação ou ao risco de perturbações ligadas às radiações ionizantes que estariam a afectar terrenos agrícolas situados na Áustria, propriedade do Land já mencionado, devido à exploração pela CEZ de uma central nuclear situada em Temelin, no território da República Checa. Sobre os conceitos de perigo e risco, v. Amado Gomes, Carla, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, 2007, pág. 224 e ss.

## 1. Casos de não garantia de um procedimento comunicativamente justo

### 1.1 A dispensa de realização de consulta pública

A Rede Natura 2000<sup>6</sup>, bem como a Rede Fundamental de Conservação da Natureza (RFCN)<sup>7</sup>, instituída pelo regime jurídico nacional da conservação da Natureza e da biodiversidade<sup>8</sup>, constituem um dos novos instrumentos jurídicos do direito do ambiente: a conservação da Natureza<sup>9</sup>.

Trata-se de uma rede ecológica de âmbito europeu que comprehende as áreas classificadas como ZEC e as áreas classificadas como ZPE (artigo 4.<sup>º</sup>)<sup>10</sup>, e que tem como finalidade «contribuir para assegurar a biodiversidade, através da conservação ou do restabelecimento dos *habitats* naturais e da flora e da fauna selvagens num estado de conservação favorável, da protecção, gestão e controlo das espécies, bem como da regulamentação da sua exploração» (artigo 1.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 140/99, de 24 de abril).

A garantia da prossecução destes objetivos implica, desde logo, a sujeição a avaliação de impacte ambiental (AIA) das acções, planos ou projetos que, não estando diretamente relacionados com a gestão de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC ou de uma ZPE e não sendo necessários para essa gestão, sejam suscetíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras ações, planos ou projetos, quando aplicável o Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 69/2000, de 3 de maio<sup>11</sup>.

Quando não seja aplicado o Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 69/2000, de 3 de maio, a entidade competente para decidir das ações, planos ou projetos deve promover, previamente à respetiva aprovação ou licenciamento, a realização de uma análise de incidências ambientais (artigo 10.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3).

Nos termos do artigo 10.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 6, a análise de incidências ambientais abrange a descrição da ação, plano ou projeto em apreciação, individualmente ou em conjunto com outras ações, planos ou projetos (alínea a)); a caracterização da situação de referência (alínea b)); a identificação e avaliação conclusiva dos previsíveis impactes ambientais, designadamente os suscetíveis de afetar a conservação de *habitats* e de espécies da flora e da fauna (alínea c)); o exame

<sup>6</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 140/99, de 24 de abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 49/2005, de 24 de fevereiro, resulta da transposição das Directivas n.<sup>º</sup> 79/409/CEE relativa à conservação das aves selvagens (Directiva Aves) e n.<sup>º</sup> 92/43/CEE, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens (Directiva Habitats). Relativamente às tensões de um Estado Constitucional Ecológico no domínio da criação de «redes naturais», vide GOMES CANOTILHO, J. J., «Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada», in Revista CEDOUA, Ano IV, 2.01, pág. 15.

<sup>7</sup> Nos termos do Preâmbulo do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 142/2008 de 24 de julho, trata-se de uma rede composta por áreas protegidas e «pelas áreas de reserva ecológica nacional, de reserva agrícola nacional e do domínio público hídrico enquanto áreas de continuidade que estabelecem ou salvaguardam a ligação e o intercâmbio genético de populações de espécies selvagens entre as diferentes áreas nucleares de conservação, contribuindo para uma adequada protecção dos recursos naturais e para a promoção da continuidade espacial, da coerência ecológica das áreas classificadas e da conectividade das componentes da biodiversidade em todo o território, bem como para uma adequada integração e desenvolvimento das actividades humanas».

<sup>8</sup> Desenvolvido pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 142/2008 de 24 de julho.

<sup>9</sup> ARAGÃO, ALEXANDRA, *A renovação ecológica do Direito do Ambiente-Sumários desenvolvidos*, 2010/2011, 2.<sup>º</sup> ciclo em Direito, págs. 78 e 79.

<sup>10</sup> As Zonas de Proteção Especial (ZPE), estabelecidas ao abrigo da Directiva Aves, destinam-se a garantir a manutenção ou restabelecimento do estado de conservação das populações de aves selvagens inscritas no anexo A-I e dos seus habitats, assim como das espécies de aves migratórias não referidas naquele anexo e cuja ocorrência no território nacional seja regular (artigo 3.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea o). Já nas Zonas Especiais de Conservação (ZEC), criadas ao abrigo da Directiva Habitats, são aplicadas medidas que têm como objetivo a manutenção ou o restabelecimento do estado de conservação favorável dos habitats naturais ou das populações das espécies para as quais o sítio é designado (artigo 3.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea n). Procura-se contribuir para assegurar a biodiversidade, através da conservação dos habitats naturais (anexo B.I) e dos habitats de espécies da flora e da fauna selvagens (anexo B.II), considerados ameaçados no espaço da União Europeia.

<sup>11</sup> Decreto-Lei que aprova o regime jurídico da avaliação de impacte ambiental (AIA) dos projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.<sup>º</sup> 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de junho, com as alterações introduzidas pela Directiva n.<sup>º</sup> 97/11/CE, do Conselho, de 3 de março, e pela Directiva n.<sup>º</sup> 2003/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de maio. As duas primeiras Directivas revogadas pela Directiva 2011/92/EU, do Conselho, de 13 de Dezembro (Nova Directiva AIA).

de soluções alternativas (alínea d)); quando adequado, a proposta de medidas que evitem, minimizem ou compensem os efeitos negativos identificados (alínea e)). Uma análise que, nos termos do n.º 7, do artigo 10.º deste Decreto-Lei, não tem de ser precedida de consulta pública.

Assim, quando estivermos perante um projeto sujeito a AIA, o procedimento integrará todas as fases descritas no Decreto-Lei n.º 69/2000<sup>12</sup>.

Nos termos deste Decreto, este procedimento inicia-se com a apresentação pelo proponente de um *estudo de impacte ambiental* (EIA) à entidade licenciadora, o qual é acompanhado do respetivo estudo prévio ou do anteprojeto ou, se a este não houver lugar, do projeto sujeito a licenciamento (art.12.º)<sup>13</sup>. A entidade licenciadora remete, então, o EIA e toda a documentação relevante para a *Autoridade de AIA* (a Agência Portuguesa do Ambiente). Esta última nomeia, consequentemente, uma *comissão de avaliação*, a qual começa por verificar a conformidade legal do EIA (art. 13.º, n.ºs 3 e 4). Declarada esta conformidade legal, o EIA é enviado às entidades públicas com competência para a apreciação do projeto, tendo em vista a emissão dos respetivos *pareceres* (art. 13.º, n.º 9). De seguida, procede-se à *publicitação* do procedimento de AIA, bem como à *participação pública* e à realização de *audiências públicas* sobre os documentos que integram o processo de AIA, designadamente o EIA (artigos 14.º e 15.º). No prazo de 25 dias a contar da receção do *relatório da consulta pública*, a *comissão de avaliação*, com base no conteúdo dos pareceres técnicos recebidos, da apreciação técnica do EIA, do relatório da consulta pública e de outros elementos, elabora e remete à autoridade de AIA o *parecer final* do procedimento de AIA (art. 16.º, n.º1). A *autoridade de AIA* remete ao *Ministro responsável* pela área do ambiente a proposta de *declaração de impacte ambiental* (DIA). A decisão deste procedimento é corporizada na DIA, a qual pode ser favorável, condicionalmente favorável ou desfavorável, sendo da competência do ministro responsável pela área do ambiente. A DIA deve ser proferida no prazo de 15 dias contados a partir da data da receção da proposta da autoridade de AIA e notificada, de imediato, à entidade licenciadora ou competente para a autorização e ao proponente (artigos 16.º, 17.º e 18.º)<sup>14</sup>.

Quando o projeto não cair no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 69/2000, submete-se o mesmo a um procedimento em que a AIA é substituída por uma *análise de incidências ambientais*, podendo não haver lugar a participação pública. Nestes casos, chegaremos, então, a uma decisão que, para além de menos fundamentada (já que é a própria lei a dizer que aquela análise se traduz num estudo menos aprofundado que aquele que está na base de uma AIA), pode não ter sido sujeita a consulta pública.

Concretizações peculiares dos mandamentos constitucionais de participação também observáveis no domínio do direito do urbanismo. Referimo-nos ao caso dos instrumentos

<sup>12</sup> Estão sujeitos a AIA os projetos tipificados nos Anexos I e II do Decreto-Lei n.º 69/2000. Assim, nos termos do Anexo II, n.º 3, estão sujeitos a AIA os aproveitamentos eólicos de energia com 20 ou mais torres ou mais de 10 torres em áreas sensíveis. Contudo, de acordo com o artigo 1.º, n.º 4, desta Lei, podem ser sujeitos a AIA projetos que, não estando abrangidos pelos Anexos I e II, reúnam os critérios fixados no Anexo V.

<sup>13</sup> Poderá, no entanto, haver lugar, nos termos do art. 11.º, a uma fase preliminar facultativa, denominada de *scoping*, em que o proponente apresenta à autoridade de AIA uma proposta de definição do âmbito do EIA, com vista à identificação, análise e escolha das vertentes ambientalmente significativas que podem ser afetadas por um projeto.

<sup>14</sup> Apesar de a Diretiva 85/337/CEE não impor a vinculatividade da decisão final do procedimento de AIA, o legislador nacional decidiu, no DL n.º 69/2000 e contrariamente ao que estava previsto no regime jurídico anterior, tornar a DIA desfavorável vinculativa. Esta alteração legislativa veio, como destaca a doutrina, reforçar o significado da AIA, bem como o seu caráter preventivo. Além disso, a lei passou a prever o regime da nulidade para os atos praticados em desconformidade com a DIA (art. 20.º, n.º3 do DL n.º69/2000), podendo esses atos, como tal, ser impugnados a todo o tempo (art. 134.º do CPA). No entanto, e surpreendentemente, pondo em causa este reforço da tutela ambiental no âmbito do procedimento de AIA, o legislador manteve a regra do deferimento tácito da DIA em caso de nada ser comunicado à entidade licenciadora ou competente para a autorização do projeto dentro dos prazos previstos (art. 19.º, n.º3). Sobre as críticas a algumas das soluções legais constantes deste diploma, veja-se, ARA-GÃO, Maria Alexandra/FIGUEIREDO Dias, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos», in *Revista CEDOUA*, III, 1.00, pág.85 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, «O deferimento tácito da DIA- mais um repto à alteração do regime vigente», in *Revista CEDOUA*, Ano IV, 2.01, pág. 75.

de planeamento territorial, já que, nos termos do n.º 6 do artigo 109.º do Decreto-Lei que desenvolve as bases da política de ordenamento do território<sup>15</sup>, a entidade competente está dispensada de realizar consulta pública, aquando da elaboração das medidas preventivas<sup>16</sup>.

Como refere a doutrina, apesar de a decisão de adoção de medidas preventivas estar submetida à observância do princípio da proporcionalidade, as metodologias jurisprudencial e legislativa que têm vindo a ser seguidas não assimilam que a participação é um dos elementos a observar na percepção e na gestão dos riscos ambientais, os quais «convocam saberes transversais e não estritamente científicos»<sup>17</sup>. Nestes procedimentos, tornar a participação numa opção discricionária da Administração é impedir a chegada a uma decisão ambientalmente responsável, e, assim, desrespeitar o artigo 267.º, n.º 1, da CRP, o qual impõe a criação de «procedimentos adequados (...) a uma eficaz participação»<sup>18</sup>, bem como a própria «constituição do urbanismo», a qual integra o direito de participação dos interessados na elaboração dos planos e na atividade urbanística da Administração<sup>19</sup>.

Procedimentos que culminam, assim, em decisões que estão longe de serem «comunicativamente justas».

### A legitimidade procedural no procedimento de AIA

Noutros casos, a simplificação, sob a forma de desburocratização, é responsável por delinear de forma restrita a legitimidade procedural. Veja-se o que acontece quando estamos perante a agressão a bens constitucionalmente protegidos e não se reconhece legitimidade procedural a determinadas populações por fazerem parte de determinada circunscrição territorial, por força da interpretação dos requisitos constantes do artigo 53.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Temos, como exemplo, o caso que opôs a REN, Rede Eléctrica Nacional, S.A., concessionária da Rede Nacional de transporte de eletricidade em Portugal, e a Freguesia de Monte Abraão. A REN havia elaborado um projeto, designado “Linha Fanhões – Trajouce, a 220 Kv”, que tinha como objetivo a implantação de apoios para o funcionamento de linhas de Muito Alta Tensão, os quais, atravessando os concelhos da Amadora, Sintra e Cascais, visavam reforçar o fornecimento de energia elétrica à área da Grande Lisboa. Para tal, procedeu à elaboração do necessário EIA, no qual foram expostos, de forma fundamentada, os objetivos a prosseguir com o projeto mencionado, o impacte deste no ambiente, no ordenamento do

<sup>15</sup> Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 46/2009, de 20 de fevereiro. Tal como os projetos, também os planos e programas, de acordo com o Decreto-Lei n.º 232/2007 de 15 de Junho, se encontram sujeitos a avaliação ambiental, permitindo-se, assim, uma avaliação dos potenciais impactes ambientais num momento prévio ao da aprovação de um projeto. Por força daquele Decreto, o projeto de plano ou programa e o respetivo relatório ambiental são submetidos a consulta pública, por iniciativa da entidade responsável pela sua elaboração, tendo em vista a recolha de observações e sugestões formuladas por associações, organizações ou grupos não governamentais e pelos interessados que possam de algum modo ter interesse ou ser afetados pela sua aprovação ou pela futura aprovação de projetos por aquele enquadrados (artigo 7.º, n.º 6). Também o Decreto-Lei que desenvolve as bases da política de ordenamento do território reconhece, nos artigos 5.º e 6.º, que todos os interessados têm direito a ser informados sobre a elaboração, aprovação, acompanhamento, execução e avaliação dos instrumentos de gestão territorial e que todos os cidadãos, bem como as associações representativas dos interesses económicos, sociais, culturais e ambientais, têm o direito de participar nessa elaboração, alteração, revisão, execução e avaliação. Sobre este regime jurídico, v. ALVES CORREIA, Fernando, «A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no direito do urbanismo», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 137.º, N.º 3946, 2007, pág. 4 e ss.

<sup>16</sup> Veja-se o comentário de AMADO GOMES, Carla, a esta opção do legislador em «Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecedor. Monólogo com jurisprudência em fundo», in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 77, 2009, pág. 3 e ss.

<sup>17</sup> Assim AMADO GOMES, Carla, «Participação pública e defesa do ambiente...», ob. cit., pág. 4 e ss.

<sup>18</sup> GOMES CANOTILHO, J. J./VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, ob. cit., pág. 839 e ss.

<sup>19</sup> ALVES CORREIA, Fernando, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I, 4.ª Edição, pág. 147.

território, no ambiente sonoro e na paisagem, e as medidas a adotar de modo a serem minimizados e monitorizados os impactes comprovadamente esperados<sup>20</sup>.

Durante a fase de discussão pública do EIA, são apresentadas algumas reservas à realização do projeto, tendo o Município de Sintra requerido ao Instituto do Ambiente que fossem encontradas alternativas para a passagem dos apoios por Colaride. Já a Freguesia de Monte Abraão não teve legitimidade para participar na consulta pública, uma vez que os apoios da Linha iriam ser instalados fora do limite da circunscrição territorial da Requerente<sup>21</sup>.

Estamos, aqui, no domínio do apuramento da legitimidade procedural para a defesa de interesses difusos. Nestes casos, para sabermos quem tem legitimidade para intervir no procedimento, o conceito a mobilizar, como já referiu a doutrina, é o de interesses difusos. Um conceito que, por razões de simplificação, diverge do adotado no plano do apuramento da legitimidade processual<sup>22</sup>. Isto porque, no plano processual, quando esteja em causa a proteção constitucional de determinados valores ou bens jurídicos enquanto valores comunitários e, simultaneamente, enquanto valores de cada um dos membros da Comunidade, dispõe o n.º 2 do artigo 9.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) que, independentemente de ter interesse pessoal na demanda, tem legitimidade processual qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público. Assim, de acordo com o CPTA e com o artigo 52.º, n.º 3, da CRP, qualquer cidadão está legitimado para litigar independentemente de ter um interesse direto e pessoal na demanda, bastando a presença de um bem ou de um valor constitucionalmente protegido<sup>23</sup>. Pelo contrário, quando o que se pretende é apurar a legitimidade procedural, a tutela de interesses difusos não depende unicamente da presença de certos bens jurídicos ou valores, já que, nos termos do artigo 53.º do CPA,

<sup>20</sup> Relativamente ao disposto nos Planos Diretores Municipais (PDM) dos concelhos mencionados, no concelho da Amadora, os dois apoios previstos ficariam localizados em Espaço Verde de Proteção e Enquadramento, assim como o apoio previsto para o concelho de Cascais. No concelho de Sintra, os apoios ficariam localizados, quatro, em Espaço Central, três apoios em Espaço Cultural e Natural, cinco em Espaço Urbanizável de Uso Predominantemente Habitacional, dois apoios em Espaço Urbano, três em Espaços Industriais, e quatro apoios em áreas afetas a Reserva Ecológica Nacional.

<sup>21</sup> Cfr. Processo n.º 1354/06. Apesar das discordâncias manifestadas durante a fase de discussão pública, o Diretor – Geral da Direção Geral de Geologia e Energia decidiu licenciar o projeto, a 16 de Agosto de 2006, sujeitando-o à observância de determinados condicionamentos e das medidas de minimização e monitorização constantes da DIA. A 5 de dezembro de 2006, a Freguesia de Monte Abraão requereu, então, junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra, a adoção das providências cautelares administrativas de suspensão de eficácia do ato administrativo e de intimação para abstenção de condutas, contra o Ministério da Economia e da Inovação e contra a REN – Rede Elétrica Nacional, S.A, solicitando o seu decretamento provisório, nos termos do art. 131.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), invocando, principalmente, que “o transporte de energia eléctrica em regime de muita alta tensão é uma actividade perigosa para as pessoas e diminui substancialmente a qualidade de vida (...)", devendo ser devidamente “considerados os problemas de saúde para as populações afectadas derivadas do funcionamento próximo das instalações eléctricas”. A requerente entendia, assim, que deveriam ter sido consideradas alternativas ao projeto, nomeadamente a instalação subterrânea da Linha. Em 29 de Janeiro de 2007, é rejeitado o pedido de decretamento provisório e em 16 de março de 2007 indeferido pelo TAF de Sintra o pedido de adoção das providências cautelares requeridas. Isto porque o Tribunal, com base no artigo 120.º, n.º 2, do CPTA, entendeu que da concessão dessas providências resultariam maiores danos para o interesse público. A Freguesia, inconformada com a decisão, interpôs recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul, o qual declarou nula a sentença recorrida. Segundo o Tribunal, não existia «evidência científica da inocuidade da exposição a campos eléctricos e electromagnéticos, não se tratando de questão que possa ser “ultrapassada” mediante a “habituação” às torres de metal». No que concerne à decisão do pedido formulado na ação principal, mais uma vez o Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra denegou as pretensões deduzidas pela Freguesia de Monte Abraão.

<sup>22</sup> V. ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário / GONÇALVES, Pedro Costa / PACHECO DE AMORIM, J., *Código do Procedimento Administrativo comentado*, 2.ª Edição, Almedina, pág. 285.

<sup>23</sup> Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário / ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I*, 2006, Almedina pág. 156 e ss. Vide, também, a este respeito, a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, a qual disciplina os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular e o direito de acção popular. Sobre esta lei, o conceito processual de interesses difusos e a importante distinção entre estes e os denominados interesses homogéneos, Figueiredo Dias, José Eduardo, «Os efeitos da sentença na Lei de Acção Popular», in *Revista CEDOUA*, II, 1. 99, pág. 48 e ss.

reconhece-se legitimidade aos cidadãos a quem a atuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais (alínea a) do n.º 2 do artigo 53.º), aos residentes na circunscrição territorial em que se localize algum bem do domínio público afetado pela acção da Administração, bem como, neste último caso, às associações dedicadas à defesa de tais interesses e aos órgãos autárquicos da respetiva área (alínea b) do n.º 2 e o n.º 3 do artigo 53.º, respetivamente)<sup>24</sup>. Deste modo, quando estejam em causa bens fundamentais, o reconhecimento de legitimidade procedural implica uma apropriação individual do interesse difuso e, quando não estejam em causa bens fundamentais, mas antes bens do domínio público, apesar de já não ser exigida essa apropriação individual, torna-se necessário que o cidadão interessado em participar seja residente na circunscrição territorial em que se localiza o bem em questão<sup>25</sup>.

Como referiu a Freguesia de Monte Abraão em Tribunal, “o transporte de energia eléctrica em regime de muita alta tensão é uma actividade perigosa para as pessoas e diminui substancialmente a qualidade de vida (...)”, devendo ser devidamente “considerados os problemas de saúde para as populações afectadas derivadas do funcionamento próximo das instalações elétricas”, e a assunção de alternativas ao projeto, nomeadamente a alternativa de a Linha ser instalada de forma subterrânea.

As dúvidas quanto aos efeitos dos campos eletromagnéticos para a saúde humana traduzem um problema que exemplifica a sociedade de risco em que vivemos e na qual o princípio da precaução e o princípio da boa administração desempenham, cada vez mais, um papel central<sup>26</sup>. Permitir à Freguesia supramencionada participar no procedimento de AIA, dialogar com as entidades competentes para a tomada da decisão final, fornecer informações e dar sugestões, implicariam um outro entendimento da legitimidade procedural para a tutela de interesses difusos. Um novo entendimento que surge, assim, por força de um princípio da precaução não apenas relevante no domínio da avaliação e da gestão do risco, mas também no da tutela procedural de interesses difusos.

No caso acima referido, o procedimento não foi *due process* para a defesa de interesses difusos, já que, negando-se legitimidade procedural à Freguesia mencionada e reconhecendo-lhe legitimidade processual, prescindiu-se de um controlo preventivo participado e de uma decisão administrativa comunicada, submetendo-se a apreciação da questão à demora inerente dos processos judiciais. O conceito de interesse difuso deveria assimilar as dimensões que, atualmente, reconhecemos ao princípio da precaução, auxiliado pelo da boa administração, para fins de apuramento da legitimidade procedural<sup>27</sup>. Quando a

<sup>24</sup> Cfr., também, a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, na parte em que dispõe sobre o direito de participação popular.

<sup>25</sup> Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO / GONÇALVES, Pedro Costa / PACHECO DE AMORIM, J., *Código do Procedimento*..., ob. cit., pág. 284 e ss.

<sup>26</sup> A exposição humana a campos eletromagnéticos continuará a crescer, tendo em conta que vivemos numa sociedade tecnológica. Os efeitos destes campos sobre o organismo humano variam consoante a respetiva frequência. Estando a exposição a níveis elevados regulada por normas nacionais e internacionais, são os efeitos causados por um a exposição a níveis mais baixos e a longo prazo que mais dúvidas têm causado. Falamos de efeitos como ansiedade, depressões, náuseas, fadiga, dores de cabeça, suicídios e cancro. Estudos epidemiológicos já realizados revelam que, diretamente por baixo das linhas de Alta Tensão, os campos eletromagnéticos estão na origem de cancro, desde que a exposição seja de longa duração. Contudo, apesar de a intensidade e a duração da exposição serem fatores de segurança, não eliminam o risco, minimizando-o apenas, como demonstram os estudos já efetuados. Cfr., de uma perspetiva geral, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs322/en/index.html>, bem como GONÇALO, Margarida/BOTELHO, Maria Filomena, «Radiações e Electricidade», in *Fisiopatologia, Fundamentos e Aplicações*, LIDEL, Edições técnicas, 2007, pág. 79 e ss. Sobre os campos eletromagnéticos, na perspetiva de apuramento dos remédios jurídico-constitucionais, jurídico-penais, jurídico-civis e jurídico-administrativos, veja-se, já em 2002, Gomes Canotilho, «Electrosmog e Relações de Vizinhança ambiental. Primeiras Considerações», in *Revista CEDOUA*, Ano V, 2.02, pág. 9 e ss.

<sup>27</sup> Questão diversa é aquela que é discutida em Tribunal, em que o princípio da precaução surge imerso nas normas legais criadas com vista a controlar os riscos eventuais deste tipo de instalações. Veja-se o Decreto-Lei n.º 11/2003, de 18 de janeiro e a Portaria n.º 1421/2004, de 23 de novembro. No entanto, reinterpretar o conceito de interesse difuso ao abrigo de dimensões de precaução e de boa administração visa, precisamente, evitar que os particulares recorram ao Tribunal.

*previsibilidade<sup>28</sup> ou a suscetibilidade<sup>29</sup>* são critérios consagrados na lei, mobilizáveis quando pretendemos saber quem tem legitimidade procedural para a tutela de interesses difusos, a interpretação dos mesmos deveria orientar-se pela importante e necessária gestão do risco através não só da ciência, mas de uma participação proceduralmente legitimante<sup>30</sup>.

Temos, no entanto, situações em que a défices procedimentais juntam-se, ainda, défices processuais. Observamo-lo no domínio dos procedimentos transnacionais<sup>31</sup>. Quando estamos perante projetos suscetíveis de produzirem um impacte ambiental significativo no território de outro (s) Estado (s) da União Europeia, apesar de ser reconhecida legitimidade ao Estado potencialmente afetado (Estado de destino) para participar no procedimento de AIA<sup>32</sup>, não só não é prevista legalmente a obrigatoriedade de respeito pelo licenciador dos resultados das consultas e das informações obtidos no decurso do procedimento de AIA<sup>33</sup>, como também não é reconhecida, no Estado potencialmente afectado, tutela jurisdicional aos seus próprios cidadãos, relativamente à decisão tomada pelo Estado de origem. Neste caso, um cidadão do Estado de destino, que queira recorrer da decisão final, terá de deslocar-se aos tribunais do Estado de origem<sup>34</sup>.

### Dimensões de uma decisão comunicativamente justa

De acordo com o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)<sup>35</sup>, em cuja epígrafe se faz referência a um *direito à boa administração*, afirma-se esta

<sup>28</sup> Cfr. o do artigo 53.º, n.º 2, alínea a), do CPA.

<sup>29</sup> Cfr. a alínea r) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de maio, nos termos da qual o público interessado abrange não apenas os titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, mas também o público suscetível de ser afetado por uma decisão tomada no âmbito do procedimento de AIA.

<sup>30</sup> Já foi defendido, quanto à apreciação do artigo 2.º, alínea r), do Decreto-Lei n.º 69/2000, que poderia ser deixado às entidades participantes no procedimento de AIA a definição caso a caso «das pessoas cuja inserção pessoal, temporal ou espacial em determinada zona justificasse a atribuição de legitimidade procedural...». Cfr. ARAGÃO, Maria Alexandra/FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «O Novo Regime da AIA: avaliação...», *ob.cit.*, pág. 79.

<sup>31</sup> No que concerne aos procedimentos transnacionais, *vide* De LUCIA, Luca, *Introduzione al provvedimento amministrativo transnazionale nel diritto europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, pág. 8 e ss e pág. 37 e ss. Entre nós, referindo-se ao *direito administrativo europeu multi-nível e direito administrativo europeu das inter-ligações ou direito administrativo europeu transnacional*, TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pág. 35- pág. 41. Sobre os procedimentos administrativos compostos, cfr. CASSESE, Sabino, «Il Diritto Amministrativo Europeo», in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2003, pág. 35 e ss. Veja-se, também, o Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-115/08, de 27 de outubro de 2009.

<sup>32</sup> Cfr. a Diretiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de junho, com as alterações introduzidas pela Diretiva n.º 97/117/CE, do Conselho, de 3 de março, e pela Diretiva n.º 2003/357/CE, do Parlamento Europeu e o Conselho, de 26 de maio, e o artigo 32.º e seguintes do DL 69/2000, de 3 de maio.

<sup>33</sup> Quanto às críticas lançadas pela doutrina ao regime jurídico relativo aos projetos suscetíveis de produzirem impactes transfronteiriços, veja-se ARAGÃO, Maria Alexandra/FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «O Novo Regime da AIA...», *ob. cit.*, págs. 87 e 88.

<sup>34</sup> Quando estamos perante um ato transnacional, ou seja, um ato cujos efeitos jurídicos se produzem, ainda que de forma variável, no território de, pelo menos, um outro Estado membro, e o mesmo é praticado pela administração nacional, o direito europeu remete para o direito processual do Estado que praticou o ato, não havendo, por isso, neste domínio, um verdadeiro sistema processual transnacional. Sobre esta problemática, *vide* BASSI, Nicola, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.

<sup>35</sup> A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi objeto de proclamação solene na Cimeira de Nice, em 7 de dezembro de 2000. Antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, apesar de a Carta não ter formalmente força vinculativa própria, havia quem a entendesse já como um documento que conferia aos direitos por si positivados uma fundamentalização formal e material, atribuindo-lhes o valor de *Fundamental Rights*, diretamente vinculativos das instituições da União Europeia. Assim GOMES CANOTILHO, J., «Compreensão jurídico-política da Carta», in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, pág. 13. Uma fonte normativa da União Europeia, constituindo, nessa medida, direito comunitário primário. O seu catálogo de direitos serviria, então, como «parâmetro de validade e critério de interpretação e aplicação» do direito comunitário derivado, regulando as atuações das instituições europeias e as atuações estaduais de aplicação do direito comunitário. Nestas matérias, a Carta seria garante de um conjunto de direitos das pessoas, invocáveis perante as autoridades nacionais quando estas atuassem «no contexto das matérias comunitárias, sem necessidade de qualquer acto estadual de recepção,

como um valor jurídico, consagrando-se, aí, o *direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que lhe digam respeito, e o direito de qualquer pessoa a audiência prévia no âmbito dos procedimentos em que seja suscetível a aplicação de uma medida individual que lhe diga respeito e que a afete desfavoravelmente nos seus direitos, bem como no direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos*. Uma boa administração que integra, ainda, o *direito de todas as pessoas à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou agentes no exercício das respetivas funções* (art. 41.º, n.º 3), bem como o *direito de qualquer pessoa de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua* (art. 41.º, n.º 4 da Carta e artigo 20.º, n.º 2, alínea d) do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia).

Nascida no direito interno, a boa administração começou por ser entendida como “boa ordem na comunidade e, posteriormente, como “bem administrar”, no sentido de vincular totalmente a Administração ao Direito<sup>36</sup>, permitindo ao juiz contornar a sua impossibilidade de controlar o mérito, a qualidade material das decisões administrativas. Recebida no plano europeu, a mesma continuou a ser concebida como um princípio “guarda – chuva”<sup>37</sup>, sem conteúdo autónomo. O próprio juiz europeu já referiu que o princípio da boa administração não confere, por si só, direitos aos particulares, apenas fundamentando uma anulação de uma decisão comunitária quando acompanhado de outros princípios<sup>38</sup>. Tendo em conta a aplicação que dele tem vindo a ser feita no contexto europeu, o princípio da boa administração não surge, de facto, como um fundamento autónomo a ser invocado perante o Tribunal, mas como um reforço de posições jurídicas já consagradas nos Tratados, como acontece com o dever de fundamentação e o princípio da responsabilidade civil da União Europeia, ou já mobilizadas na jurisprudência comunitária, no caso dos direitos de defesa, da duração razoável do procedimento e do princípio da imparcialidade<sup>39</sup>.

Uma falta de autonomia que, concorrendo para o reforço dos princípios envolvidos, permite, segundo alguma doutrina, um maior controlo na garantia de um determinado grau de diligência a observar pelas instituições comunitárias nas respetivas atuações<sup>40</sup>.

ou sequer de regulação”, se se tratasse de “direitos imediatamente exequíveis”, com a possibilidade de recurso para os tribunais europeus. VIEIRA DE ANDRADE, «A Carta europeia dos direitos fundamentais e as constituições nacionais», in *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora, 2001, pág. 83 e ss. Hoje, por força do Tratado de Lisboa, a União reconhece não só os direitos, liberdades e os princípios consagrados na Carta, bem como que a mesma tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. Cfr. artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE). Veja-se, também, o recente comentário a este artigo de Gomes Canotilho e Mariana Canotilho no *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pág. 39 e ss.

<sup>36</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Administrativo I*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, Curso de Direito do Porto, 1981, pág. 60.

<sup>37</sup> KANSKA, Klara, «Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights», in *European Law Journal*, vol. 10 (2004), pág. 304 a 305.

<sup>38</sup> Veja-se, quanto à concretização deste princípio pelo juiz europeu, os processos C-452/00, de 14 de julho; T – 254/00, de 28 de novembro de 2008, 1.ª Instância; T – 176/01, 18 de novembro de 2004; T – 388/03, de 10 de fevereiro de 2009; T – 420/05, de 7 de outubro de 2009; T – 369/06, de 6 de setembro de 2009, Tribunal de 1.ª Instância; T – 263/07, de 28 de setembro de 2009; T – 54/99, de 2002, Max. Mobil c. Comissão (pontos 48 e 53), entre outros.

<sup>39</sup> BANFI, Francesca Trimarchi, «Il Diritto ad una Buona Amministrazione», in *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Mario P. Chiti e Guido Greco, Tomo I, 2.ª Ed., Giuffrè Editore, 2007, págs. 49 e 50.

<sup>40</sup> Cfr. SIMONATI, Anna, *Procedimento Amministrativo Comunitario e principia a tutela del privato*, CEDAM, 2009, pág. 169 e, quanto à diligência a adotar pelas instituições europeias, pág. 170, nota 14. A Autora exemplifica com o Processo C-452/00, de 14 de Julho, do Tribunal de Justiça, em que se aborda a questão da forma como as instituições comunitárias devem desenvolver os seus poderes, desempenhar o seu papel. No mesmo sentido, veja-se TAVARES DA SILVA, Suzana, *Direito Administrativo..., ob. cit.*, pág. 27 e ss, para quem a consagração, no artigo 41.º da CDFUE, de um direito à boa administração e a entrada em vigor da mesma implicam o reconhecimento de um direito dos administrados europeus a um procedimento e a um processo justos, concretizado num direito a um comportamento correto e leal por parte das entidades administrativas europeias.

Observando a jurisprudência europeia, a conclusão a retirar seria, por isso, a da existência de princípios de boa administração, ou seja, a boa administração como mandamento de otimização de outros direitos, fornecendo diretivas para a conformação do procedimento administrativo.

Contudo, seja entendida como um princípio sem conteúdo autónomo, como um verdadeiro direito dos administrativos europeus ou com uma outra natureza jurídica, indiscutível é o facto de a “boa administração” reforçar a importância do procedimento administrativo e, mais especificamente, da fase instrutória, principalmente nas decisões administrativas caracterizadas pela sua discricionariedade, como acontece com aquelas que visam a implementação de políticas públicas<sup>41</sup>.

Associado a exigências de transparência e de flexibilidade, trata-se de um conceito que nos transporta para a necessidade de a qualidade da atividade administrativa ser elevada a parâmetro legitimador da decisão final, não só quando o conhecimento científico, porque certo, mostra ser suficiente, mas principalmente quando o mesmo não comporta certezas, constituindo, antes, um caminho em que a avaliação dos riscos levará a uma decisão administrativa fundada num juízo de prognose<sup>42</sup>. Um princípio de «conteúdo variável», que influi no desenho mais rigoroso do procedimento administrativo, permitindo um controlo *ex ante* da decisão administrativa<sup>43</sup>. A boa administração disponibiliza, assim, instrumentos jurídicos que permitem efetuar uma avaliação adequada e gestão dos riscos e que permitem aos cidadãos conhecer os dados essenciais e expor os seus pontos de vista. Mecanismos que se mostram relevantes principalmente em domínios marcados por uma elevada tensão social<sup>44</sup>.

Nascida no direito interno dos Estados, a boa administração desenvolve-se ao longo do próprio processo de legalização e constitucionalização da atividade administrativa, um processo que sofre, cada vez mais, as influências trazidas pelos poderes supranacionais e globais. Trata-se de um princípio que assume importância não só no plano europeu, mas também no plano global, constituindo, segundo alguns, o “núcleo principal” do direito global, por mediação do papel decisivo reconhecido à participação dos particulares, dos governos e de organismos internacionais, nos procedimentos desencadeados num contexto nacional, supranacional e global<sup>45</sup>. Uma participação que concorre, consequentemente, para uma decisão mais justa, porque mais transparente, objetiva, racional, proporcional, fundamentada.

A garantia de uma decisão comunicativamente justa implicará que a Administração e os Tribunais reajam à realidade social, política, económica, cultural, tecnológica, ecológica e aos interesses e conflitos ínsitos nessa realidade. Sem a consideração dessas realidades, desses conhecimentos, a lei seria, então, uma mera construção teórica<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Como podemos observar nos Processos T – 31/99, A.B.B., Asea Brown Boveri c. Comissão, Tribunal de 1.ª Instância, 20 de Março de 2002, desta associação do princípio da boa administração a parâmetros de boa diligência decorre a “obrigação de a instituição competente examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos relevantes do caso concreto”. Destacando, como dimensões da boa administração, o respeito pela norma aplicável; a adequação do procedimento a essa norma; e a coerência da decisão final com o resultado da atividade instrutória, veja-se CANANEA, Giacinto Della, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale, Studi e Ricerche*, il Mulino, Bologna, 2009 pág. 91 e ss.

<sup>42</sup> CANANEA, Giacinto Della, *Al di là dei confini statuali...*, ob. cit., pág. 91 e ss, bem como CASSESE, Sabino, “Le Droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, pág. 889 e ss.

<sup>43</sup> CASSESE, Sabino, “Le Droit tout puissant..., ob. cit., pág. 889 e ss.

<sup>44</sup> PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación e adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, in *Revista de Administración Pública*, 162, 2003, pág. 94 e ss, e, do mesmo Autor, mas reflectindo sobre o conteúdo jurídico da boa administração num contexto mais vasto que não apenas o do exercício do poder regulamentar, *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, 1.ª Edição, Valladolid, 2001.

<sup>45</sup> CASSESE, Sabino, “Il diritto alla buona amministrazione”, <http://www.irpa.eu/index.asp?idA=113>.

<sup>46</sup> HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «The Potential Impact of Social Sciences on Administrative Law», in *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, European Law Publishers, 2007, pág. 203. Chamando a nossa atenção para a “área de realidade da norma”, Hoffmann-Riem alerta-nos para a importância da aceitação, da discussão da decisão administrativa, principalmente em domínios como os do Direito do Ambiente.

A eficiência, a eficácia, a celeridade<sup>47</sup>, a imparcialidade<sup>48</sup>, a transparência<sup>49</sup>, a participação e a boa administração concretizam, desse modo, o direito a um “procedimento comunicativamente justo”, permitindo, quando observadas, chegar a uma decisão também ela comunicativamente justa.

### A renovação do procedimento administrativo

Já em 1992, com a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, era reconhecida a importância da participação nas questões ambientais<sup>50</sup>. Uma participação que, como resulta daquela Declaração, implica o acesso à informação. Uma informação que se quer acessível, transparente, adequada, o mais possível completa, pois na implementação das políticas ambientais é reconhecida a importância do diálogo, o qual só será possível se os cidadãos conhecerem e compreenderem os problemas em jogo, as soluções necessárias e possíveis e os contributos que podem trazer para o processo decisional em matéria ambiental<sup>51</sup>.

Garantindo-se a participação do público neste processo, permite-se que o mesmo seja completado com as sugestões, as discordâncias e as críticas construtivas dos participantes, assegurando-se, consequentemente, um procedimento mais transparente e uma partilha de responsabilidades entre as entidades públicas e os cidadãos. Contribui-se, assim, para a tomada de decisões mais coerentes e mais rigorosas.

Igualmente, a Convenção de Aarhus, que eleva a participação pública a um dos elementos da democracia ambiental, atribui ao particular um papel central no processo decisional em matéria ambiental<sup>52</sup>, exigindo a sua garantia quando estejam em causa atividades específicas (artigo 6.º), a aprovação de planos, programas e políticas ambientais (artigo 7.º) ou a preparação de regulamentos ou instrumentos legalmente vinculativos aplicáveis na generalidade (artigo 8.º). De modo a assegurar que esta participação seja eficaz, a Convenção exige que o público, entendido como uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas e, de acordo com a legislação ou prática nacionais, as suas associações, organizações ou grupos (artigo 2.º, n.º 4), seja informado de forma efetiva, atempada e adequada sobre o objeto da decisão, a natureza ou o projeto da mesma, a autoridade pública competente para a tomada da decisão, e o procedimento previsto (artigos 5.º, n.º 2, e 6.º, n.º 2).

Assim, no momento em que é desencadeado um procedimento tendente à tomada de uma decisão suscetível de comportar um impacte ambiental, o público deve ser informado de forma adequada, transparente e acessível, de modo a compreender todas as problemáticas envolvidas. Devem, então, ser previstos prazos razoáveis, para que o público seja informado atempadamente e esteja em condições de participar eficazmente no procedimento, devendo ser assegurado que, na tomada da decisão pela autoridade pública, é tido na devida conta o resultado dessa mesma participação (artigos 6.º, 7.º, e 8.º).

<sup>47</sup> Consagrado no artigo 10.º do CPA e no artigo 20.º, n.º 4 da CRP, em que se encontra plasmado o direito a uma decisão em prazo razoável, o qual, segundo Vieira de Andrade, integra o núcleo essencial do direito geral à proteção jurídica. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª Edição, pág. 170.

<sup>48</sup> O princípio da imparcialidade visa garantir que as decisões administrativas sejam “determinadas exclusivamente com base em critérios próprios, adequados ao cumprimento das suas funções específicas no quadro da actividade geral do Estado, e na exacta medida em que os critérios não sejam substituídos ou distorcidos por influência de interesses alheios à função”. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, «A imparcialidade da Administração», in BFD, Universidade de Coimbra, Vol.I, 1974, pág. 224. A imparcialidade liga-se à obrigação de “não discriminação no tratamento que dê favor ou cause prejuízos a algum dos outros concorrentes no caso”.

<sup>49</sup> Encontra-se refletido no artigo 65.º do CPA, o qual consagra o direito ao arquivo aberto.

<sup>50</sup> Veja-se o Princípio 10 deste Declaração.

<sup>51</sup> Assim POLOSI, Enzo / VERSOLATO, Andrea, «La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale», in *Rivista Giuridica Dell'Ambiente*, 2007, 6, pág. 1002.

<sup>52</sup> POLOSI, Enzo / VERSOLATO, Andrea, «La partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia...», ob. cit., pág. 1006.

A Convenção de Aarhus reforça, como podemos observar, toda a importância da participação pública nos procedimentos de avaliação ambiental de projetos e planos. Procedimentos dominados pelos princípios da prevenção e da precaução, já que, com o instituto da AIA, procura-se garantir uma apreciação autónoma das repercussões ambientais, tanto presentes como futuras, de modo a evitar-se ou acautelar-se possíveis lesões do meio-ambiente, num momento prévio ao da decisão administrativa, fornecendo à entidade competente para o licenciamento ou autorização os elementos necessários ao conhecimento e à ponderação dos efeitos ambientais envolvidos<sup>53</sup>.

Estamos, assim, num domínio em que são patentes todas as valências do procedimento administrativo. Um procedimento que deveria transportar as suas dimensões caracterizantes para outros procedimentos marcados por estudos de impacte ambiental menos profundos.

Não podemos, por isso, aceitar que a simplificação dos procedimentos possa ser feita à custa de procedimentos menos garantidores. Acelerar a conclusão dos procedimentos, encurtando, por exemplo, os prazos de realização de consulta pública<sup>54</sup>, tornar a realização de consulta pública num poder discricionário da Administração, e permitir que, do silêncio da entidade administrativa competente para emitir a DIA, se infira um deferimento tácito<sup>55</sup>, não são o meio mais adequado, o mais necessário, o mais proporcional na prossecução do fim estabelecido, assim como também não respeitam as disposições da Convenção de Aarhus e da nossa Constituição.

Os esquemas de simplificação administrativa procuram concorrer para a tomada de decisões administrativas justas, já que o procedimento, para que seja *due process* na tutela dos interesses ambientais, tem de procurar garantir «a tomada de decisões céleres, temporalmente adequadas, proporcionalmente justificadas e economicamente racionalizadas»<sup>56</sup>. No entanto, esta celeridade procedural pode ser alcançada sem comprometer as garantias de um verdadeiro procedimento administrativo. Como realça a doutrina, na questão dos prazos e do ritmo temporalmente adequado do procedimento, confluem interesses conflituantes: querem-se procedimentos céleres capazes de gerir de forma eficaz os riscos ambientais, capazes de criar e desenvolver uma ordem económica eficiente e capazes de evitar o surgimento de novos procedimentos. Contudo, também se querem procedimentos devidamente ponderados, participados, consensualizados, principalmente em domínios com relevância ambiental, devido à suscetibilidade de os mesmos causarem danos a terceiros. Mas, diante desta conflitualidade, dúvidas não poderão existir quanto à necessidade de decisões negociadas com as populações, de modo a garantir-se a «aceitação e diminuir as questões litigiosas»<sup>57</sup>.

Noutros casos, a simplificação não é o fim a alcançar, constituindo, antes, um meio utilizado na concretização de políticas delineadas no plano europeu. Temos, como exemplo, a política

<sup>53</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa/ FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «Presente e Futuro da AIA em Portugal: notas sobre uma “reforma anunciada», in Revista CEDOUA, I, 2.98, pág. 89. E assim também Pereira da Silva, Vasco, *Verde. Cor de Direito, Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, 2002, pág.153 e ss.

<sup>54</sup> Cfr, a título exemplificativo, os artigos 48.º, n.º 4 e 77.º, n.º 4 do RJGT, na avaliação ambiental de planos e programas.

<sup>55</sup> Como refere a doutrina, esta solução legal põe em causa a natureza da DIA vista como uma “decisão destinada a apoiar a tomada de decisão por parte da entidade licenciadora ou competente para a autorização”. Além disso, em caso de DIA tacitamente favorável, só será tido em conta pela entidade licenciadora o EIA apresentado pelo proponente, não sendo considerados os resultados da apreciação técnica do EIA, bem como os da participação dos interessados, pondo-se em causa o princípio da participação (consagrado no artigo 268.º, n.º 1 da CRP e nos artigos 61.º e seguintes do CPA), e, consequentemente, o princípio democrático. Ganha-se em celeridade, perde-se em transparência e consenso. É, também, o “fator tempo” que está na base da previsão, no DL n.º69/2000, de prazos reduzidos para a emissão da DIA, “incentivando” a possibilidade de formação do deferimento tácito ou, então, a formação de uma decisão pouco ponderada. Cfr. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa/ FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «Presente e Futuro da AIA em Portugal...», ob. cit., pág. 105 e ss, e, dos mesmos Autores, «O Novo Regime da AIA: avaliação ...», ob. cit., pág. 85 e ss.

<sup>56</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., «Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente», in *RLJ*, ano 123 n.º 3794, pp.134 e ss; n.º3795, pp. 168 e ss; n.º 3798, pp. 261 e ss, n.º3799, pp.289 e ss; n.º3800, pp.325 e ss; ano 124 n.º3802, pp. 7 e ss.

<sup>57</sup> Assim GOMES CANOTILHO, J. J., «Constituição e Tempo Ambiental», in Revista CEDOUA, Ano II, 2.99, pág. 9 e ss. Sublinhando a necessidade de aceitação e implementação deste tipo de decisões, veja-se, também, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, «La reforma del derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental», in *Documentación Administrativa*/n.º 234, 1993, pág. 19 e ss.

europeia de promoção de investimento nas fontes de energia renováveis (FER), a qual levou à adoção, entre nós, de procedimentos de licenciamento mais céleres nesta matéria<sup>58</sup>. Aqui, a simplificação administrativa, apesar de prosseguir interesses ambientais, já que se procura reduzir a emissão de gases com efeito de estufa, surge, também, aliada a interesses económicos.

No entanto, ao abrigo da simplificação administrativa, não deveriam ser eliminadas as dimensões de um procedimento enquanto *due process*<sup>59</sup>. É garantindo a participação dos cidadãos “no e pelo procedimento administrativo” que se contribui para a vinculação legal da atividade administrativa nos seus vários momentos até à decisão final e que, consequentemente, se contribui para democratizar as decisões da Administração (art. 286.º, n.º 1 da CRP)<sup>60</sup>.

Assim como também é de questionar que, por razões de simplificação, se defenda, *em abstrato*, uma legitimidade procedural restrita na tutela de interesses difusos, na medida em que o princípio da precaução, coadjuvado pelo da boa administração, deve impor-se não só no momento de decidir acerca da autorização ou licenciamento de um projeto ou plano, mas também num momento prévio, na fase em que se apura a quem deve ser reconhecida legitimidade procedural, sendo a própria Convenção de Aarhus que, nos termos do artigo 1.º, determina que devem ser garantidos os direitos de acesso à informação e de participação do público no processo de tomada de decisão em matéria de ambiente.

A simplificação pode ser alcançada por mediação de outros mecanismos, nomeadamente através das conferências de serviços<sup>61</sup>, da obrigatoriedade da fase de *scoping* (uma vez que aqui já há uma colaboração entre o proponente e as entidades públicas, tornando-se desnecessárias fases subsequentes procedimentais) e através da obrigatoriedade de realização de consulta pública, permitindo-se, como refere a doutrina, que através dela sejam trazidos para o procedimento elementos e informações que de outra forma talvez não fossem discutidos<sup>62</sup>. Acelera-se, deste modo, o procedimento, simplificando-o, mas sem reduzir as garantias que resultam dos princípios da prevenção, da precaução, da boa administração e do nível elevado de proteção<sup>63</sup>.

São novas responsabilidades que exigem uma atuação administrativa mais prudente, eficiente, pericial, marcada por uma participação mais reforçada dos cidadãos e submetida aos princípios de direito internacional, de direito comunitário, constitucionais e gerais do direito<sup>64</sup>.

*Cristiana Maria Cardoso Lopes*<sup>65</sup>  
Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



<sup>58</sup> Cfr., a título exemplificativo, o Despacho conjunto n.º 51/2004, dos Ministérios da Economia e das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente.

<sup>59</sup> Nem deveriam reduzir o estudo do impacte ambiental de um projeto a uma análise de mera compatibilidade do mesmo com os valores naturais em causa. É o que acontece com os Projetos de Potencial Interesse Nacional (PIN). Cfr. Decreto-Lei n.º 174/2008, de 26 de agosto.

<sup>60</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., «Procedimento Administrativo e Defesa...», *ob. cit.*

<sup>61</sup> Veja-se, a título exemplificativo, o regime jurídico relativo toca aos projetos de potencial interesse nacional com importância estratégica (PIN +), constante do Decreto-Lei n.º 285/2007, de 17 de agosto. Aqui, o legislador optou por inserir um módulo organizativo denominado de *conferência de serviços*, na sua modalidade de conferência decisória. Esta conferência traduz-se numa reunião de todas as administrações interessadas na situação concreta, tendo como objetivo uma concentração no tempo de diversos momentos do procedimento. Veja-se, sobre a mesma, PORTOCARRERO, Marta, *Modelos de Simplificação Administrativa*, Porto, 2002.

<sup>62</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra/FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo/BARRADAS, Maria Ana, «Presente e Futuro da AIA ...», *ob. cit.*, pág. 95 e ss, e dos mesmos Autores «O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis...», *ob. cit.*, pág. 77.

<sup>63</sup> Nos termos deste princípio, a nível interno não é de admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados. Havendo dois ou mais níveis de proteção, deve ser escolhido, em concreto, aquele que se revelar mais elevado. Cfr. ARAGÃO, Alexandra, *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*, Almedina, 2006, pág. 150 e ss.

<sup>64</sup> Vide GLÓRIA GARCIA, Maria da, *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, 2009, pág. 21 e ss.

<sup>65</sup> Aluna do 3.º Ciclo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, curso que teve início em Outubro de 2010, e bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), desde abril de 2011.



*RevCED* **ÓUA**

**Jurisprudência**



# O “Caminho” dos Pareceres Vinculantes na Jurisprudência: Desde a Impugnabilidade Autónoma à Intervenção de Terceiros

**Comentário ao Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul de 10 de novembro de 2011, Processo n.º 889/11.**

**Acórdão de 10 de novembro de 2011**

**Descriptores:** Intervenção Acessória, Parecer Vinculativo favorável tácito – DL 23/98 – Portaria 26-F/80

Acordam, em conferência, na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

## I - RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO intentou no T.A.C. de ALMADA Ação Administrativa Especial contra MUNICÍPIO DE SETÚBAL e Contra-Interessada “A..., Lda.”,

Pedindo a declaração de nulidade dos Despachos de 2003/10/10 e 2004/12/15, proferidos no Proc. de Obras nº 679/02, relativos a licenciamento de construção de obra nova, mormente de uma moradia unifamiliar, habitação de caseiro e piscina, no sopé da Serra da Arrábida, dentro do limite da Parque Natural da Arrábida.

Na sua contestação, o MUNICIPIO pediu a intervenção acessória do INSTITUTO da CONSERVAÇÃO da NATUREZA e da BIODIVERSIDADE.

Ovidas as outras partes, o TAC recorrido decidiu indeferir tal incidente.

Inconformado, o MUNICIPIO deduz o presente recurso de apelação, tendo formulado as seguintes CONCLUSÕES:

a) É inequívoco que o provimento da presente ação, com a consequente condenação do contra-interessado a demolir a casa que construiu, importará responsabilidade civil extracontratual da Administração pela indemnização dos danos consequentes à demolição da construção que aquele, confiadamente, erigiu, ao abrigo dos licenciamentos administrativos concedidos.

b) Parece também óbvio que a situação gerador de tais prejuízos é, em grande parte - se não exclusivamente -, subjectivamente imputável, ao abrigo de um juízo de culpa, a uma conduta “contumazmente” omissiva do Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, pelo que sobre este não poderá deixar também de recair aquela responsabilidade civil extracontratual.

c) Responsabilidade que será uma consequência da procedência da presente ação.

d) Pelo que, em face da possibilidade dessa repercussão do resultado da presente ação na esfera jurídica do chamado, repercussão que o R. não deixará de promover, justifica-se a intervenção acessória provocada do Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, prevista no artigo 300º do C.P.C., aplicável por força do artigo 1º e nº 8º do artigo 10º, do C. P TA.

e) Ao assim não entender, a douta decisão recorrida fez uma errada aplicação e interpretação dessas disposições legais, violando-as.

O MP apresentou CONTRA-ALEGAÇÕES, concluindo:

1 - O Acto Impugnado, padecendo de incompetência material, é nulo.

2 - Viola igual e frontalmente o Plano de Ordenamento do PNA (artºs 10º, 12º a) 14º/2 als. a) e c) e 3 da Portaria nº 26-F /80; 12º al. a) do DR nº 23/98); e 2º e 3º do DL nº 380/99 e 67º do DL nº 555/99.

3 - O único civilmente responsável é o Recte, que licenciou no contexto exposto.

4 - Falece o requisito de viabilidade da Ação de regresso do R, sobre o ICBN.

5 - O Despacho recorrido não violou as normas indicadas pelo Recte.

6 – Improcedem as Concls. b), d) e e) das Alegações do Recte.

7 – Bem andou o Despacho posto em causa.

Nestes termos e nos mais de Direito aplicáveis, deve o Recurso ser não provido, mantendo-se o douto Despacho recorrido.

\*

O Exmº representante do Ministério Público junto deste Tribunal foi notificado para, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA, se pronunciar sobre o mérito do recurso (art. 146º nº 1 do CPTA).

\*

Cumpre assim, após os trâmites legais, apreciar e decidir em conferência.

## II. FUNDAMENTAÇÃO

Na p.i., o A. MP invoca o seguinte:

(...)

O MUNICIPIO contestou assim:

(...)

### II.2. APRECIAÇÃO DO RECURSO

O âmbito do recurso jurisdicional, cujo objecto é a decisão recorrida, é delimitado pela Recorrente nas conclusões (sintéticas, suficientes, claras e simples, com indicação das normas jurídicas violadas) das suas alegações (sem prejuízo do conhecimento das questões de conhecimento oficioso), apenas podendo incidir sobre questões que tenham sido ou devessem ser anteriormente apreciadas e não podendo confrontar o tribunal ad quem com questões (coisa diversa de considerações, argumentos ou juízos de valor) novas ou cobertas por caso julgado - v. arts. 684º-3-4, 716º e 668º-1-d do CPC.

1 –

Está aqui em causa a intervenção acessória de terceiros prevista nos arts. 330º ss CPC e 10º-8 CPTA.

A p.i. impugna os 2 actos administrativos de licença de construção (que parece serem ambos a mesma licença, porque não houve pedido de informação prévia) seguintes:

- de 30-9-2003, em resposta a pedido de licença (e não de informação prévia, ao contrário do referido pelo réu) entrado na CMS em 4-12-2002 (v. doc. 1 da p.i.(1));

- de 15-12-2004, referido no alvará (v. doc. 2 e 3 da p.i.(2)).

A p.i. invoca, em sede de Direito (além de Acs. do TCA nos rec 2133/06(3) e 1404/06(4), e do STA nos rec 111/03(5) e 239/04(6)), o seguinte:

- (algo confusa e vagamente) que a licença de construção emitida pelo réu viola os

Ø arts. 1º, 10º, 12º e 14º-2-a-c-3 da Portaria 26-F/80(7),

Ø arts. 12º-a e 19º do DR 23/98,(8)

Ø arts. 2º e 3º do RJIGT/99 e

Ø a Rede Natura 2000.

O réu fundamenta o seu pedido de chamamento do ICN (arts. 330º ss CPC) no facto de, quanto ao parecer prévio vinculativo do PNA-ICN (v. art. 12º-a do DR 23/98), o silêncio (com deferimento tácito) do PNA além do prazo legal (45 dias: art. 19º-3 do DR 23/98) (também?) ser uma causa da situação destes autos (v. art. 19º-9-11 do RJUE em 2003(9)), sendo que a eventual nulidade do licenciamento constituiria o réu no dever de indemnizar a C-I, o que também deveria ser imputado ao ICN devido à sua inéncia decisória e consequente deferimento tácito.

Como resulta de tais normas, estão em causa algumas competências próprias do PNA, que exigem legalmente um parecer prévio vinculativo desta entidade do ICN.

FREITAS DO AMARAL fala a este propósito numa co-autoria (Curso..., II, 2ª ed., p. 304 ss), o que, a ser mesmo assim, implicaria a demanda conjunta do autor da licença e do autor do parecer.

O parecer obrigatório ou vinculativo é um acto decisório entre duas entidades, que pode ser impugnado, pelo menos(10), pelas entidades referidas no art. 55º-1-c-d do CPTA.(11)

Mas, o PNA emitiu parecer (vinculativo) negativo recebido na CMS em 13-5-2004 (e um outro parecer negativo recebido na CMS em 18-1-2005) – v. docs. 7 e 8 da p.i., assim revogando ou substituindo o deferimento tácito, por ilegalidade. Note-se que o 2º acto administrativo de licença cit. (v. doc. 2 e 3 da p.i.) é posterior a 13-5-2004; este aspecto também aparece referido na p.i. do MP.



O A., MP, parece entender que o parecer tem de ser expresso. Apesar da letra da lei.

Temos, assim,

- uma licença (de 2003) posterior a um deferimento tácito do parecer vinculativo
- e outra licença (de 2004) posterior a um parecer vinculativo desfavorável, aparentemente tudo sobre o mesmo assunto.

2 –

O art. 330º do Código de Processo Civil estabelece:

«1. O réu que tenha acção de regresso contra terceiro para ser indemnizado do prejuízo que lhe cause a perda da demanda pode chamá-lo a intervir como auxiliar na defesa, sempre que o terceiro careça de legitimidade para intervir como parte principal.

2. A intervenção do chamado circunscreve-se à discussão das questões que tenham repercussão na acção de regresso invocada como fundamento do chamamento.»

O nº 2 do art. 331º prevê:

«O juiz, ouvida a parte contrária, deferirá o chamamento quando, face às razões alegadas, se convenha da viabilidade da acção de regresso e da sua conexão com a causa principal.».

Refere-se no preâmbulo do Decreto-lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro: «A fisionomia atribuída a este incidente traduz-se, nesta perspectiva, numa intervenção acessória ou subordinada, suscitada pelo réu, na altura em que deduz a sua defesa, visando colocar terceiro em condições de o auxiliar na defesa, relativamente à discussão das questões que possam ter repercussão na acção de regresso ou indemnização invocada como fundamento do chamamento. (...) procurou limitar-se drasticamente o arrastamento temporal que caracteriza muitos dos incidentes de chamamento à autoria requeridos, ao abrigo do sistema vigente, muitas vezes com intuições claramente dilatatórias. Neste sentido, cumpre, desde logo, ao juiz emitir um juízo liminar sobre a viabilidade da acção de regresso e a sua conexão com a matéria da causa principal, pondo rapidamente termo a incidentes manifestamente infundados».

A admissibilidade da intervenção provocada acessória de terceiro ao lado do réu depende forçosamente da articulação de factos que relevem a existência de uma relação jurídica material conexa com a que é objecto da respectiva acção, envolvente do réu e de um terceiro, bem como de factos reveladores de que, perdida a demanda, o réu tem direito de regresso contra o terceiro (Ac. do TCAS de 13-1-2011, rec 1643/06).

O incidente de intervenção acessória provocada pressupõe, assim, uma relação jurídica, conexa com a controvertida, da qual resulte a responsabilidade do chamado para com o réu pelo dano consubstanciado na perda da demanda.

Incumbe ao R. requerente o ónus de alegar factos que permitam ao juiz concluir que, caso venha a ser condenado no pedido formulado, lhe assistirá, nestes termos, direito de regresso contra terceiro.

O terceiro é chamado para que se possa constituir, em relação a ele, caso julgado no que tange aos pressupostos do direito de regresso que dependem do reconhecimento da existência do direito do A. O papel do interveniente acessório provocado é, por isso, o de mero auxiliar na defesa do réu, cingindo-se a sua participação processual à discussão das questões com repercussão na acção de regresso invocada como fundamento do chamamento e cabendo-lhe, nas fases subsequentes à respectiva citação, o estatuto de assistente, definido pelo art. 337º do CPC.

O interveniente apenas fica vinculado, em regra, a aceitar os factos de que derivou a condenação do primitivo réu propriamente dito, isto é, o que implementou o chamamento.

Entre outros argumentos, a decisão recorrida invocou que entre a relação controvertida nos presentes autos e a relação (...) de regresso que o Município invoca, tem de existir uma conexão, isto é, o prejuízo e o subsequente direito de regresso têm de ser causados pela perda da demanda do Município na presente acção, «... não podendo, portanto, emergir de qualquer outro facto» - cfr. CARLOS LOPES DO REGO, in Revista do Ministério Público, ano 4.º, vol. 14, pág. 83. Ora, na presente acção, não é deduzido qualquer pedido indemnizatório a satisfazer pelo Município.

O réu entende que há um dos elementos da acção de regresso que pode ficar definido nesta AAE: a ilicitude da(s) licença(s) por violação da Portaria citada e do art. 12º do DR cit.. Pelo que teria o direito de chamar como seu auxiliar o ICN, para este fique vinculado a tal facto por ter omitido o parecer vinculativo expresso no prazo legal.

É claro que o ICN não pode ser aqui parte: não é autor das licenças ou licença impugnada.

3 –

Temos, pois, de saber se o réu município, perdendo esta AAE, pode ir “pedir contas” ao ICN, por este ter deferido tacitamente o pedido de parecer obrigatório vinculativo (autorização, aqui) (v. art. 98º CPA).

Como resulta da p.i., é imputado ao réu pelo autor MP (não sabemos bem se a uma ou se às duas licenças impugnadas)

- o desrespeito pelo PO-PNA (Portaria cit.), bem como
- o desrespeito da REN (então DL 93/90)
- e, ainda algo vaga e confusamente, o desrespeito do 1º parecer prévio vinculativo do PNA, emitido após a 1ª licença e antes da 2ª licença.

O desrespeito pelo regime da REN (arts. 4º, 15º, 17º e 18º do DL 93/90, actualizado até ao DL 203/2002) é matéria alheia ao PNA-ICN.(12) Mas também impossível e incorrecto de aqui dilucidar.

É verdade que o PNA deferiu tacitamente o pedido de parecer vinculativo. A lei dispensa aqui o acto expresso.

Mas também é verdade que, depois, o PNA emitiu parecer expresso vinculativo desfavorável, aliás dois pareceres vinculativos desfavoráveis, sem que o ora réu tenha daí retirado qualquer consequência. Como devia.

Ainda assim, o 1º acto aqui expressamente impugnado (de 2003) tem ou teve no princípio como co-autor parcial o PNA-ICN. O PNA-ICN participou em parte na decisão de emitir a licença de construção de 2003 cit., embora não no 2º acto impugnado, o de 2004.

Neste contexto, em parte dependente do futuro desta AAE, há um elemento da acção de regresso (indemnizatória, em consequência de eventual prévio pedido indemnizatório da C-I) que pode ficar definido nesta AAE e apenas nesta: a eventual ilicitude da expressamente impugnada 1ª licença (de 2003) por eventual violação da Portaria citada e do art. 12º do DR cit., com base também num deferimento tácito, ilegal segundo o autor, do parecer vinculativo pedido.

Está, assim, preenchido o art. 331º-2 CPC.

E o art. 7ºº-3 RJUE dispõe:

Quando a ilegalidade que fundamenta a revogação, anulação ou declaração de nulidade resulte de parecer vinculativo, autorização ou aprovação legalmente exigível, a entidade que o emitiu responde solidariamente com o município, que tem sobre aquela direito de regresso.(13)

A lei não distingue parecer expresso de parecer tácito (este, aliás, admitido no art. 19º-9 RJUE vigente em 2003).

Donde se conclui que, segundo uma das teses do autor, a nulidade cometida se relaciona com a ausência do parecer vinculativo expresso desfavorável, ou deferimento tácito do parecer vinculativo favorável. Vinculativo quanto aos parâmetros postos à apreciação (exclusiva) do PNA. Há, pois, a possibilidade de o PNA ser autor ou co-autor da nulidade da primeira licença, a de 2003. E tal eventual ilícito, que só pode ser fixado nesta AAE, é um dos elementos essenciais da relação de regresso eventual que possa surgir com o c-i como lesado e o réu como demandado.

### III. DECISÃO

Em conformidade com esta fundamentação, acordam os juizes da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul em conceder provimento ao recurso, revogar o despacho recorrido e julgar procedente o incidente de intervenção acessória, determinando assim a citação do ICNB ao abrigo do art. 332º-1 CPC.

Sem custas em ambas as instâncias.

Lisboa, 10-11-11

Paulo Pereira Gouveia, relator  
Cristina dos Santos  
António Vasconcelos

**NOTAS:**

- 1- (...)
- 2- (...)
- 3- 1 – Estando perante um plano de ordenamento do território, qualquer acto contrário a este plano é nulo.
- 2- O licenciamento de obras dentro dos limites do Parque Natural da Arrábida, depende de parecer vinculativo da Comissão Directiva de tal parque, visto que a lei, atentos os interesses públicos em causa, exige autorização expressa do referido licenciamento, pelo que não pode haver deferimento tácito sendo sempre obrigatório que o Parque Natural se pronuncie.
- 4- I – O silêncio da Administração não opera para efeitos de deferimento tácito, se uma pretensão urbanística violar normas legais e regulamentares.  
 II – A eventual aprovação de um projecto de licenciamento no Parque Natural da Arrábida, visando alterações numa moradia e numa piscina, é nula se violar normas legais relativas ao índice de utilização fundiária máximo permitido e à altura máxima das construções.  
 III – Em tal situação o deferimento tácito pode ser revogado.
- 5- II - São impugnáveis autonomamente os pareceres vinculativos, emitidos no decurso de procedimentos de licenciamento de operações de loteamento pelas CCR.
- 6- I - O parecer vinculativo, apesar de não ser o acto final decisivo com que se extingue o procedimento administrativo, é impugnável autonomamente, pela eficácia externa que produza e pela lesividade que represente.  
 II - Mas o recurso contencioso que dele seja interposto, não trava o prosseguimento do procedimento e, portanto, não impede a prática do acto final.  
 III - Isto significa que um tal recurso contencioso só pode ser entendido no quadro do exercício de uma mera faculdade, não operando aí os efeitos do caso decidido pela sua não interposição.  
 IV - A Câmara Municipal, entidade decisora do procedimento de licenciamento de obras, está vinculada a acatar os fundamentos e sentido do parecer vinculante do IPPAR, sob pena de nulidade, salvo nos casos em que o parecer seja inexistente, nulo ou padeça de alguma irregularidade formal que aquela possa mandar repetir.  
 V - O particular lesado que recorre do acto final de indeferimento pode, de acordo com o princípio da impugnação unitária, imputar-lhe as ilegalidades de que o próprio parecer padeça.
- 7- (...)
- 8- DR 23/98: Artigo 12º Actos e actividades sujeitos a parecer vinculativo  
 Sem prejuízo dos restantes condicionalismos legais, ficam sujeitos a parecer vinculativo do Parque Natural os seguintes actos e actividades:  
 a) A realização de obras de construção civil, a alteração do uso actual ou da morfologia do solo, designadamente para edificações, instalação/ampliação de parques de campismo e caravanismo, empreendimentos turísticos, fora dos perímetros dos aglomerados urbanos como tal definidos nos planos municipais de ordenamento do território (PMOT), para explorações agro-pecuárias ou agro-industriais, açudes, projectos de irrigação ou de tratamento de águas residuais, estaleiros temporários ou permanentes, portos, ancoradouros e marinas;  
 b) A realização de obras de construção civil ou a alteração do uso actual dos terrenos ou da morfologia do solo para instalação de estabelecimentos industriais das classes C e D, segundo a classificação constante no quadro anexo ao Regulamento do Exercício da Actividade e para o estabelecimento de áreas destinadas a indústrias transformadoras ou a parques industriais, fora do perímetro dos aglomerados urbanos;  
 ...  
 Artigo 19º Autorizações e pareceres vinculativos  
 1 - Salvo disposição em contrário, as autorizações emitidas pela comissão directiva do Parque Natural não dispensam outros pareceres, autorizações ou licenças que legalmente forem devidos.  
 2 - Os pareceres emitidos pela comissão directiva são vinculativos, sem prejuízo de outros pareceres, autorizações ou licenças que legalmente forem devidos.  
 3 - Na falta de disposição especial aplicável, o prazo para a emissão das autorizações e pareceres pela comissão directiva do Parque Natural é de 45 dias.  
 4 - As autorizações e pareceres emitidos pela comissão directiva do Parque Natural ao abrigo do

presente diploma caducam decorridos dois anos sobre a data da sua emissão, salvo se nesse prazo as entidades competentes tiverem procedido ao respectivo licenciamento.

5 - São nulos e de nenhum efeito os actos administrativos que contrariem o disposto no presente diploma.

9- RJUE: Artigo 19.<sup>º</sup> Consultas a entidades exteriores ao município

1 - Compete ao presidente da câmara municipal promover a consulta às entidades que, nos termos da lei, devam emitir parecer, autorização ou aprovação relativamente às operações urbanísticas sujeitas a licenciamento.

2 - ...

3 - ...

4 - O presidente da câmara municipal promove as consultas a que haja lugar em simultâneo, no prazo de 10 dias a contar da data do requerimento inicial ou da data da entrega dos elementos solicitados nos termos do n.<sup>º</sup> 4 do artigo 11.<sup>º</sup>

5 - No prazo máximo de 10 dias a contar da data de recepção do processo, as entidades consultadas podem solicitar, por uma única vez, a apresentação de outros elementos que considerem indispensáveis à apreciação do pedido, dando desse facto conhecimento à câmara municipal.

6 - ...

7 -

8 - O parecer, autorização ou aprovação das entidades consultadas deve ser recebido pelo presidente da câmara municipal ou pelo requerente, consoante quem houver promovido a consulta, no prazo de 20 dias ou do estabelecido na legislação aplicável a contar da data da recepção do processo ou dos elementos a que se refere o n.<sup>º</sup> 5.

9 - Considera-se haver concordância daquelas entidades com a pretensão formulada se os respectivos pareceres, autorizações ou aprovações não forem recebidos dentro do prazo fixado no número anterior, sem prejuízo do disposto em legislação específica.

10 - As entidades exteriores ao município devem pronunciar-se exclusivamente no âmbito das suas atribuições e competências.

11 - Os pareceres das entidades exteriores ao município só têm carácter vinculativo quando tal resulte da lei, desde que se fundamentem em condicionalismos legais ou regulamentares e sejam recebidos dentro do prazo fixado no n.<sup>º</sup> 8, sem prejuízo do disposto em legislação específica.

12 - O presidente da câmara municipal pode delegar nos vereadores ou nos dirigentes dos serviços municipais as competências previstas nos n.<sup>º</sup>s 1 e 4.

10- V. Ac. do STA de 30-9-2003, rec 826/03:

I - É vinculativo o parecer emitido pelo IPPAR relativamente à construção ou reconstrução de obras urbanas em zonas de protecção de imóveis classificados como de interesse público (artigos 22.<sup>º</sup>, 23.<sup>º</sup> e 60.<sup>º</sup> da Lei n.<sup>º</sup> 13/85, de 6/7, que manteve o regime estabelecido nos artigos 26.<sup>º</sup> e 30.<sup>º</sup> do Decreto n.<sup>º</sup> 20/985, de 7/3).

II - Esse parecer consubstancia uma competência dispositiva do Instituto, autoridade da Administração Central, ao abrigo de competências constitucionais e legais próprias (cfr. artigos 66.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, alínea c) da CRP e as disposições citadas da Lei n.<sup>º</sup> 13/85 e dos Decretos n.<sup>º</sup>s 20/985 e 28/536), bem diferenciadas das do órgão da autarquia local a quem a CRP e a lei ordinária (artigos 237.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 e 239.<sup>º</sup> da CRP e 64.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 5, alínea a) da Lei n.<sup>º</sup> 169/99, de 18/9) confiam outro tipo de interesses subordinados ao “princípio da unidade do Estado”, exercício esse que não configura qualquer forma de tutela, mas antes o exercício de competências próprias ou concorrentes com a Administração Local.

III - Trata-se, assim, de um verdadeiro acto administrativo, que produz efeitos no âmbito das relações externas entre dois órgãos administrativos de pessoas colectivas e um particular e que se pode considerar como uma estatuição autoritária (que cria uma obrigação a um órgão administrativo - Câmara Municipal - e a um particular - a ora recorrente) relativa a um caso concreto, produzido por outro órgão de pessoa colectiva diferente, no uso de poderes administrativos, pelo que é de considerar um acto prejudicial do procedimento, cuja força jurídica é mais intensa do que a dum mero acto pressuposto, visto ter influência sobre os termos em que é exercido o poder decisório final, na medida em que define logo a posição jurídica dos interessados, ou seja compromete irreversivelmente o sentido da decisão final, sendo, por isso, atenta a sua lesividade, de considerar destacável para efeitos de recorribilidade directa.

VASCO PEREIRA DA SILVA admite sem hesitações a impugnabilidade destes pareceres. Quer partindo da ideia de co-decisão, quer partindo do entendimento segundo o qual o parecer vinculativo afecta de forma decisiva a competência da autoridade investida do poder de decisão (o que levaria mesmo a doutrina mais clássica a considerar recorríveis os pareceres vinculativos, como exceção à regra geral da irrecorribilidade dos pareceres), quer na perspectiva da doutrina que valoriza autonomamente fenómenos procedimentais. “A vontade da Administração – conclui o autor - não se manifesta unicamente no momento da decisão final, como se tivesse “caído do céu aos trambolhões”, antes é o resultado de um procedimento, no qual podem participar os particulares e autoridades administrativas muito diversas, sendo que os diversos estádios desse procedimento que afectem imediatamente os particulares devem poder ser autonomamente impugnáveis, tal como o respectivo acto final” – Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Lisboa, 1998, pág. 704 e 705. A jurisprudência do STA não tem sido unânime, embora se incline, ultimamente, para admitir a impugnabilidade contenciosa dos pareceres vinculativos. Como se disse no Acórdão de 30-9-2003 (recurso 826/03):

“ (...) A jurisprudência deste STA encontra-se dividida quanto a esta matéria. A título de exemplo, e citando apenas acórdãos do Pleno da Secção, o acórdão de 7/5/96, proferido no recurso n.º 27 573, decidiu, embora com quatro votos de vencido, pela irrecorribilidade dos actos desta natureza, tendo levado ao seu sumário a seguinte doutrina: “I. O parecer emitido pela CCRLVT, a pedido de uma Câmara Municipal para, na vigência do DL n.º 166/70, de 15/4, aquela deferir ou indeferir um pedido de licenciamento de obra particular, é sempre um acto meramente opinativo, como mero instrumento auxiliar da decisão. II. Porque o recurso contencioso de anulação pressupõe sempre a existência de um verdadeiro acto administrativo e aquele parecer não reveste, nem tem as características e a natureza próprias de um acto administrativo por lhe faltar a produção de efeitos externos, ou porque não define a situação jurídica de terceiros, não é susceptível de recurso.” A partir de 2001, operou-se uma mudança na jurisprudência deste Supremo Tribunal, consubstanciada nos acórdãos do Pleno de 16/1/01 e de 15/11/01 (com um voto de vencido neste último), proferidos nos recursos n.ºs 31 317 e 37 811, respectivamente. De acordo com ela, à qual aderimos e que iremos seguir de perto, os pareceres vinculativos, proferidos por órgãos pertencentes a entidades estranhas da entidade com competência para a prática da decisão final, constituem actos prejudiciais do procedimento, ou seja, actos administrativos contenciosamente recorríveis, já que produzem efeitos no âmbito das relações entre dois órgãos administrativos de pessoas colectivas e um particular e que se pode considerar como uma estatuição autoritária (que cria uma obrigação a um órgão administrativo - Câmara Municipal - e a um particular - a ora recorrente) relativa a um caso concreto, produzido por outro órgão de pessoa colectiva diferente, no uso de poderes administrativos. No caso sub judice, e como já acima demonstrámos, estamos perante um parecer vinculativo, emitido previamente por uma autoridade da Administração Central, ao abrigo de competências constitucionais e legais próprias (cfr. artigos 66.º, n.º 2, alínea c) da CRP e as disposições citadas da Lei n.º 13/85 e dos Decretos n.ºs 20 985 e 28 536), bem diferenciadas das do órgão da autarquia local a quem a CRP e a lei ordinária (artigos 237.º, n.º 2 e 239.º da CRP e 64.º, n.º 5, alínea a) da Lei n.º 169/99, de 18/9) confiam outro tipo de interesses subordinados ao “princípio da unidade do Estado”, exercício esse que, conforme pacífica jurisprudência deste STA, não configura qualquer forma de tutela, mas antes o exercício de competências próprias ou concorrentes com a Administração Local. Este parecer, de natureza desfavorável à recorrente, foi emitido, não no exercício de uma função de administração consultiva, mas consubstanciando, antes, uma avaliação traduzida na emissão de um juízo crítico de um órgão que, por opção legal, tem um sentido determinante sobre o sentido da decisão procedural, já que impõe mesmo o sentido desta, uma vez que faz a indicação do conteúdo que deverá constar da resolução final de tal procedimento, de modo que esta só pode ser de homologação daquele parecer. Assim, tal parecer desfavorável implica simultaneamente um efeito conformativo (a decisão tem de ser homologada) e preclusivo (inviabiliza, por inutilidade, o exercício de competências dispositivas próprias do órgão principal decisor, que passa a ser do próprio autor do parecer). (...) Tal parecer realizou não apenas uma função definitória ou concretizadora do direito aplicável a uma relação jurídica que se constituíra entre dois órgãos da Administração pertencentes a pessoas colectivas diferentes (relações inter-orgânicas externas), mas também em relação aos próprios particulares requerentes. Assume, assim, no caso concreto, a natureza

de um acto prejudicial do procedimento, cuja força jurídica é mais intensa do que a dum mero acto pressuposto, visto ter influência sobre os termos em que é exercido o poder decisório final, na medida em que define logo a posição jurídica dos interessados, ou seja compromete irreversivelmente o sentido da decisão final" - citado acórdão de 15/11/01. Em face do exposto, correspondendo o parecer vinculativo proferido e que constitui o objecto do presente recurso ao exercício de uma competência constitucional e legal própria, não se vê motivo algum para admitirmos qualquer desvio ao princípio geral da recorribilidade contenciosa directa dos actos lesivos destacáveis (Acórdão da Subsecção de 4/10/95, recurso n.º 32 582). Este é, para além de tudo quanto ficou dito, o procedimento que confere uma mais eficaz tutela efectiva do direito da recorrente, ao permitir uma maior celeridade no procedimento (ver a possibilidade, admitida por PEDRO GONÇALVES, in Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes, CJA n.º 0, pág. 3-12, dos particulares poderem impugnar contenciosamente os pareceres, após a sua aceitação lesiva pelo acto decisório final, em contraponto a outra posição, segundo a qual o acto contenciosamente recorrível seria esse acto final decisório, embora os vícios invocados devesssem ser os do parecer). É, além disso, aquele que permite um mais correcto exercício do princípio do contraditório, pois que, inquestionavelmente, são os autores dos actos que estão em melhores condições para o fazer (...)".

Julgamos ser esta a melhor doutrina.

- 11- Assim MÁRIO AROSO..., Comentário ..., 3<sup>a</sup> ed., p. 343-344; PEDRO GONÇALVES, in CJA nº 0, p. 6-11.  
12- V. Ac. do STA de 9-2-2005, rec 1138/04:

I – Enquanto as REN não estiverem legalmente delimitadas os pedidos de licenciamentos de obras nos locais que previsivelmente as irão integrar serão apreciados de acordo com o regime transitório previsto no art.º 17.º do DL 93/90, nos termos do qual a Câmara Municipal recebido o projecto tem de o remeter, imediatamente, à DRMARN para que esta se pronuncie sobre ele e, sendo o mesmo conforme os requisitos legais, o aprove expressamente no prazo de 60 dias, a contar da recepção do projecto, valendo o silêncio desta entidade no prazo legal como aprovação.  
II – Trata-se, assim, de um verdadeiro acto administrativo, obrigatório e vinculativo, definidor da situação jurídica dos requerentes que, sendo lesivo, é imediatamente recorrível.  
III – Deste modo, e tendo essa pronúncia sido desfavorável a falta de impugnação desse acto expresso determina a sua consolidação definitiva na ordem jurídica, ainda que este seja extemporâneo.  
IV – E, porque assim, a Câmara Municipal terá de decidir o pedido de acordo com esse parecer negativo.

- 13- FERNANDA PAULA OLIVEIRA et al., RJUE Comentado, nota 5 ao art. 70º (há 3 edições).

## COMENTÁRIO

### 1. Enquadramento

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul que anotamos retoma, sobre um novo ponto de vista (processual, sobretudo) uma importante discussão que conta já com várias (e diferentes) decisões do nosso Supremo Tribunal Administrativo<sup>1</sup>: a questão da impugnabilidade dos pareceres vinculantes.

É uma questão a que a doutrina não vem dedicando muita atenção nos tempos mais recentes, sobretudo numa altura em que, todos percebemos, as construções dogmáticas se voltam muito mais para os modos concertados do agir administrativo num ambiente de uma cada vez maior *democracia procedural*.

No entanto, julga-se que isso não belisca minimamente a necessidade de aprofundar este tema que está ligado à tutela jurisdicional efectiva. Para o fazer, como nos propomos nesta anotação, começaremos por sistematizar ideias (e doutrinas) a respeito da complexa relação entre o parecer vinculante e a noção de ato administrativo, para depois vermos a tal evolução na jurisprudência do STA a que se vem juntar esta muitíssimo relevante decisão do TCA Sul.

<sup>1</sup> Falamos dos acórdãos do STA de 3.6.2004 (proc. 0239/04), de 6.12.2005 (proc. 0239/04).

## 2. Parecer e ato administrativo

O parecer administrativo pode ser *obrigatório* ou *facultativo*, quanto à necessidade de ser ou não emitido, e *vinculativo* ou *não vinculativo*, conforme a lei imponha ou não a necessidade de as suas conclusões serem seguidas pelo órgão decisório competente. A regra geral (cf. art. 98.º, n.º 2 do CPA) é de que são obrigatórios e não vinculativos.

Em relação aos pareceres facultativos e aos obrigatórios não vinculativos é relativamente pacífica a sua classificação como *atos internos* que, por apenas produzirem efeitos nas relações interorgânicas e não se projetarem na esfera jurídica dos particulares, não são impugnáveis autonomamente<sup>2</sup>.

A nossa atenção recairá sobre os pareceres vinculativos, pois é quanto a estes que se divisam os problemas respeitantes à sua recorribilidade/impugnabilidade. Preferimos, no entanto, usar a expressão *pareceres vinculantes*<sup>3</sup>, por melhor expressar a ideia de definição de um sentido para o ato final e se afastar, do mesmo modo, da ideia de mera consideração das valorações expressas nos pareceres.

### 2.1. Parecer vinculante e função administrativa

A função consultiva, exponenciada pela moderna noção de procedimento integrativo da consideração de diversos interesses públicos, distingue-se substancialmente da actividade deliberativa por não decidir mas antes introduzir elementos cognoscíveis e/ou valorações para basear a decisão final<sup>4</sup>, e é entre esses elementos que podemos integrar os pareceres. No entanto, os pareceres vinculantes, não deixando de ser verdadeiros pareceres (*ato opinativo*), não correspondem ao exercício de uma função consultiva, dado que possuem um *efeito determinante sobre o sentido da decisão*<sup>5</sup>.

Nessa senda, é possível divisar, quanto à função administrativa exercida, dois tipos de pareceres<sup>6</sup>:

- a) aqueles que decorrem do exercício de um *poder dispositivo próprio* do emitente que efectua uma *análise crítica interna* sobre diversos factores, sendo que, se lhes forem submetidos todos os aspectos da pretensão em causa serão *totalmente vinculantes* (caso em que haverá uma verdadeira *pré-decisão*, pelo que se pode falar de *deslocação do poder decisório*), se não só *parcialmente* (caso em que se formará uma parte da *co-decisão* – dados os efeitos preclusivos sobre os aspectos sobre que incide –, ocorrendo deste modo uma *segmentação do poder decisório*); e
- b) aqueles em que se exerce um *poder de controlo* sobre o ato administrativo em formação, pelo que o parecer será apenas *parcialmente vinculante*, isto é, apenas terá efeitos preclusivos no caso de se pronunciar pela não conformidade do ato administrativo.

<sup>2</sup> Dando conta desta análise pacífica entre a doutrina e compulsando, para o efeito, os textos doutrinários relevantes, v. SANTOS BOTELHO *et alii*, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Coimbra, 2002, p. 404.

<sup>3</sup> Esta, que nos parece a expressão correcta, de acordo com a melhor doutrina, é também a usada, *grossso modo* pelas mesmas razões apontadas no texto, por PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes», in: *Cadernos de Justiça Administrativa* nº0, Novembro/Dezembro 1996, p. 3; e era também a expressão usada por MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2005, p. 1320.

<sup>4</sup> Neste sentido, recortando o perfil procedural e morfológico-organizativo, v. CARLA BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bolonha, 200, p. 14 a 29.

<sup>5</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 7.

<sup>6</sup> Seguimos de perto Pedro GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 7 e 8.

## 2.2. Posições sobre a natureza jurídica dos pareceres. Consequências ao nível da sua impugnabilidade

Agrupando as posições doutrinais sobre a matéria da natureza jurídica dos pareceres, Pedro Gonçalves<sup>7</sup> recondu-las a 5 orientações principais:

- a) sendo *ato instrumental*, preparatório da decisão final, só o ato em que essa decisão final se exprime é impugnável;
- b) tendo uma função (*pré-*)decisória os seus efeitos, ao projetarem-se unicamente na decisão final, não são recorríveis;
- c) como *ato complexo*, praticado em *co-autoria*, o parecer decide e o ato final formaliza a decisão<sup>8</sup>;
- d) com o parecer a autoridade emitente tem um *poder de controlo prévio* e, assim, o órgão decisor fica através dele autorizado a praticar um ato com um determinado conteúdo;
- e) se o considerarmos um ato dotado de autonomia, ao provocar efeitos jurídicos externos imediatos, deve considerar-se *ato administrativo imediatamente recorrível*.

Expostas telegraficamente estas posições cuidaremos de analisar as que consideramos terem, em Portugal, logrado maior acolhimento na jurisprudência e influenciado decisivamente a construção legislativa do atual modelo processual administrativo, nomeadamente aquelas a que aderiram Marcello Caetano e Rogério Soares, e ainda a avançada por Pedro Gonçalves.

### 2.2.1. A doutrina do ato destacável

De acordo com a doutrina do ato destacável, haveria que distinguir-se, na classificação dos atos administrativos quanto à sua impugnabilidade direta, os atos administrativos definitivos e os não definitivos:

- i) seriam definitivos os atos que constituíssem a resolução final da Administração, a sua última palavra no procedimento, definindo a posição jurídica (dando uma resolução final) daqueles que, com ela, estão numa relação jurídica<sup>9</sup>;
- ii) seriam não definitivos, *a contrario sensu*, aqueles atos que não definissem a posição jurídica (não dando uma resolução final), e que, por isso, seriam atos preparatórios da decisão final.

Assim, quanto aos atos não definitivos, não se lhes reconhecia impugnabilidade direta por não conterem a definição de posições jurídicas e não se lhes poder, bem assim, ser reconhecida a produção de efeitos jurídicos externos – são estes os fundamentos da *inimpugnabilidade do ato preparatório*, cujas ilegalidades só podem ser atacadas em sede de impugnação do ato final por, sendo caso disso, ilegalidade derivada.

Não obstante a regra da impugnação somente do ato definitivo, reconhece-se que há atos endoprocedimentais que podem ser equiparados a atos finais, devido a não se verificarem, quanto a eles e *in concreto*, os fundamentos que reconhecemos para a inimpugnabilidade autónoma. É o caso, entre outros<sup>10</sup>, daqueles atos que condicionam irremediavelmente

<sup>7</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 3.

<sup>8</sup> A este respeito é impressiva a lição de FREITAS DO AMARAL, segundo a qual “na realidade quem decide é a entidade que emite o parecer, a decisão da segunda entidade é apenas uma formalização de algo que já estava pré-determinado no parecer”, resultando mesmo que o ato administrativo assim praticado o seja em *co-autoria*. Cf. do Autor citado, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra, 2003, p. 274.

<sup>9</sup> Cf., por todos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, 1980, pp. 400-1; MARCELLO CAETANO, Manual ..., cit., p. 443-4; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito...*, Vol. II, cit., pp. 281-4. Esta é a denominada *definitividade material* do ato administrativo que servia para restringir, para efeitos adjetivos – *maxime*, de impugnabilidade –, o conceito lato de ato administrativo.

<sup>10</sup> Para a análise desses casos, v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, cit., pp. 403 a 416 e, também, MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p. 444-7.

a decisão final e que devem, por isso e para efeitos de impugnabilidade autónoma, ser destacados do procedimento em que se inserem.

Colocava-se, neste sentido, a questão de saber se o parecer vinculante condicionava de forma inexorável o ato final e, em consequência, se se deveria reconhecer a sua impugnabilidade autónoma. A resposta negativa a esta questão ancorar-se-ia na natureza de “acto puramente interno respeitante às relações entre dois órgãos administrativos”<sup>11</sup>, sem ser, no entanto, cabalmente esclarecido pela doutrina se o cumprimento dos requisitos para conceder a destacabilidade ao parecer vinculante não se poderia verificar *in concreto*, ou seja, se, como jurisprudência posterior veio a considerar, o parecer vinculante condiciona irremediavelmente a decisão final<sup>12</sup>.

Assim, a destacabilidade dos atos não respondia satisfatoriamente nem quanto à sua noção substantiva de ato administrativo, nem quanto à noção adjetiva, uma vez, nas duas vertentes, não resolvia (todos) os problemas da recorribilidade dos atos e que, face à conceção atocêntrica da lei processual, se via obrigada a expedientes que degradavam a noção de ato administrativo.

### 2.2.2. A doutrina da externalidade dos efeitos do ato administrativo

À doutrina da destacabilidade dos atos administrativos contrapõe-se a doutrina da externalidade dos efeitos do ato administrativo, que, ao invés de criar uma nova categoria de atos administrativos destacadáveis, apura a própria noção de ato administrativo<sup>13</sup>, exigindo-se que este projete efeitos jurídicos externos<sup>14</sup> e abandonando, deste modo, as exigências de definitividade do ato por ser essa uma característica conatural à própria noção de ato administrativo.

A aferição da presença, para efeitos de verificação da existência de um verdadeiro ato administrativo, de efeitos jurídicos externos significa que *teremos ato administrativo quando o conteúdo do ato tocar de forma lesiva a pretensão material que o particular fazia valer no procedimento*. Assim, os pareceres vinculantes não se afigurariam como verdadeiros atos lesivos impugnáveis, porque, a despeito da força determinante do seu conteúdo, não teriam efeitos externos lesivos, que só surgem com a decisão final, dado que o parecer vinculante só produz efeitos para o órgão decisório que poderá, esse sim, aportar-lhe a autoridade da decisão produtora de efeitos externos<sup>15</sup>.

Deste modo, os únicos efeitos “externos”<sup>16</sup> que se produzirão serão em relação ao órgão que fica obrigado a incorporar o parecer na sua decisão final, pelo que se reconhecerá ao

<sup>11</sup> Cf. MÁRIO ESTEVEZ DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, cit., p. 415.

<sup>12</sup> De acordo com doutrina recente, os atos destacadáveis são identificados como aqueles que não contêm uma regulação (final) da situação jurídica, o que, aplicado ao parecer vinculante, nos permite verificar que, em relação ao(s) interesse(s) público(s) que o parecer pretende acautelar, aquela é a regulação final sobre a matéria, e, por isso, são vinculantes para o órgão decisório; cf. COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa (O Novo Contrato Natural)*, Coimbra, 2006, pp. 126 e ss..

<sup>13</sup> Noção segundo a qual, nas palavras de ROGÉRIO SOARES, “o acto administrativo é uma estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso de poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos externos, positivos ou negativos”; cf. do Autor citado, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1977/78, pp. 73 e ss.

<sup>14</sup> Para ROGÉRIO SOARES, um ato administrativo que não define a posição jurídica definitivamente é como uma sentença que não julga, pelo que não será ato administrativo mas ato jurídico, porventura ato instrumental. Por isso também, o requisito autónomo de *definitividade* dos atos administrativos é um pleonâsmo que a redação actual da C.R.P. já não contém, sem que isso signifique, segundo o Autor, que, só por isso, se abra a porta à impugnabilidade de propostas, requisições ou – para o que aqui nos interessa – pareceres; cf. do Autor referido, «O Acto Administrativo», in: *Revista Jurídica de Macau*, n.º3, 1995, pp. 79 e ss.

<sup>15</sup> A conformidade do ato final com o parecer não seria, também, absoluta, já que o órgão decisivo pode sempre decidir não praticar o ato o que provaria, à saciedade, que a exteriorização de efeitos depende do ato conclusivo do procedimento, cf. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 4.

<sup>16</sup> Efeitos externos ao órgão que o emite, mas não externos ao procedimento.

órgão decisório a possibilidade de o impugnar (dado que a ele se encontra vinculado) se com ele não concordar ou, sobretudo, se lhe assacar ilegalidades<sup>17</sup>.

### **2.2.3. O procedimento e o conceito de ato administrativo: os pareceres vinculantes como atos destacados**

A recusa da destacabilidade dos atos instrumentais como resultado da nova e apurada concepção de atos administrativos inaugurada por Rogério Soares, não tem como resultado imediato, sequer necessário, a postergação dos denominados *atos destacados*, i.e., atos que, integrados num procedimento, “produzam ou possam produzir efeitos jurídicos externos sem ser através do acto principal, caso em que ganham autonomia como decisões”<sup>18</sup>.

A emancipação do procedimento no direito administrativo e o seu novel entendimento como “conjunto de pronúncias administrativas que exprimem a colaboração de diversos órgãos e a composição de diferentes interesses públicos e privados, com vista à produção de um resultado jurídico unitário”<sup>19</sup>, impõe que se diferencie os atos que o compõem, distinguindo, com base no critério da produção autónoma de efeitos externos, entre os *atos instrumentais do procedimento*<sup>20</sup> e aqueles outros que, por alterarem a esfera jurídica dos particulares, devem ser *atos destacados do procedimento*.

O que dizemos não significa que adiramos a uma “construção jurídica do procedimento [que] destrua a da impugnação unitária”<sup>21</sup>, pelo contrário, só o correto entendimento da distinção entre os vários atos do procedimento nos permite circunscrever com rigor o círculo de impugnabilidade dos atos administrativos.

Assim, a despeito de uma regra de impugnação unitária do ato principal<sup>22</sup> (e final) do procedimento em que podem ser arguidas as ilegalidades que se verificarem ao longo desse mesmo procedimento, se se reconhece a produção autónoma de efeitos externos ao procedimento por parte de um determinado ato, teremos, logicamente, que aceitar a sua impugnação imediata por cumprir os requisitos da noção estrita de ato administrativo<sup>23</sup>. Abandona-se, deste modo, qualquer noção de que a cada procedimento cabe *um* ato administrativo, ou seja, apesar de existir em regra um ato principal, várias são as pronúncias que um procedimento ou subprocedimento pode conter<sup>24</sup> e que, cumprindo o requisito da produção de efeitos externos ascendem à categoria de atos destacados e, por via disso, à impugnabilidade autónoma.

### **2.2.4. O essencial da questão: poderá o parecer vinculante produzir efeitos jurídicos externos?**

Do que vem sendo dito torna-se claro que o busílis da questão se situará na análise da produção de efeitos jurídicos externos do parecer vinculante, sendo que, em caso de

<sup>17</sup> Ilegalidades essas que se projectariam no ato final emitido pelo órgão decisório cuja decisão estaria, assim, ferida de ilegalidade consequencial ou derivada.

<sup>18</sup> Cf. Vieira de Andrade, «Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do “conceito de acto administrativo” no nosso tempo», in: Separata dos “Estudos em Homenagem ao Doutor Rogério Soares”, Coimbra, 2001, p. 1205.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 1204.

<sup>20</sup> Distinguindo atos instrumentais de atos preparatórios, v. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, cit., p. 100-1.

<sup>21</sup> Descartando também essa hipótese, cf. VIEIRA DE ANDRADE, «O novo modelo de impugnação judicial dos actos administrativos – Tradição e Reforma», in: *Colóquio Luso-Espanhol – O Acto no Contencioso Administrativo: Tradição e Reforma*, Coimbra, 2005, p. 193.

<sup>22</sup> Favorecida, aliás, pela própria noção de procedimento, v. VIEIRA DE ANDRADE, «Algumas reflexões ...», cit., p. 1205.

<sup>23</sup> Relembremos que se exige, para seja ato administrativo, que seja uma estatuição autoritária ditada por um órgão da Administração e que vise produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.

<sup>24</sup> Nas palavras de Vasco PEREIRA DA SILVA, “[a] vontade da Administração não se manifesta unicamente no momento da decisão final, como se tivesse ‘caído do céu aos trambolhões’, antes é resultado de um procedimento (...) sendo que os diversos estádios desse procedimento que afectem imediatamente os particulares devem poder ser autonomamente impugnados”; cf. do Autor citado, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 2003, p. 705



resposta afirmativa, ver-lhe-á ser atribuída impugnabilidade direta enquanto ato destacado do procedimento.

#### a) Constituição anotada: o conteúdo material da impugnabilidade de atos administrativos

Em anotação ao art. 268.º da CRP<sup>25</sup>, Gomes Canotilho e Vital Moreira evidenciam que nos atos preparatórios não existem efeitos externos ou, a existirem, serão efeitos prodómicos que apenas prenunciam um *futuro efeito lesivo* do ato decisório, notando, no entanto, que quando sejam *de per si* idóneos para produzir efeitos imediatamente lesivos, os atos preparatórios terão, consequentemente, efeitos externos e serão, desse modo, impugnáveis autonomamente<sup>26</sup>.

Em anotação à mesma norma constitucional Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que “*a garantia de impugnação de actos administrativos se estende a todos os actos que impliquem, de alguma forma, a lesão de direitos ou interesses, porque esse deve ser o conteúdo material da impugnabilidade dos actos administrativos*”<sup>27</sup> (s.n.). Assim, estes Autores entendem que a garantia constitucional da impugnabilidade se estende a todo e qualquer ato administrativo que seja passível de lesar direitos e interesses legalmente protegidos.

Deste modo, também na doutrina constitucional se entende que o que é decisivo para a impugnabilidade dos atos é a sua lesividade.

#### b) Jurisprudência anotada

Em acórdão de 7.05.1996 o STA – seguindo a jurisprudência de um acórdão do mesmo tribunal de 17.10.1989 – negou, a um parecer vinculante a então denominada *recorribilidade contenciosa* por faltar ao dito parecer a produção de efeitos jurídicos externos. Em anotação a esse acórdão, Pedro Gonçalves concordando com a noção do parecer como ato interno e classificando-o de ato administrativo não definitivo, conclui pela sua irrecorribilidade: ainda que se considerasse tratar-se de ato administrativo sempre faltaria o *interesse em agir* por não produzir uma lesão actual ou certa, dado que o órgão decisório que a ele fica vinculado sempre poderá considerá-lo ilegal, desconsiderá-lo ou devolvê-lo ao órgão emitente<sup>28</sup>.

Na mesma anotação, o Autor convoca um acórdão do STA de 4.10.1995 que, relativamente a um despacho homologatório de parecer vinculante, reconhece a sua recorribilidade, enquanto “acto destacável”<sup>29</sup>, assinalando-lhe a especialidade de se estabelecer, quanto à emissão do parecer, uma relação extra-orgânica.

Nos dois arrestos anotados a questão determinante da decisão final é, como evidencia Pedro Gonçalves<sup>30</sup>, a mesma: a de saber se o parecer produz ou não efeitos jurídicos externos. Para a mesma questão e sem especialidades assinaláveis na situação de facto e de direito o STA decidiu, como vimos, diferentemente.

<sup>25</sup> A anotação é ainda da versão anterior à Revisão de 1997, mas o conteúdo da anotação releva ainda para os efeitos que aqui cuidamos.

<sup>26</sup> Cf. JOSÉ GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993, p. 939.

<sup>27</sup> Cf. JORGE MIRANDA, & RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, 2007, p. 613-4.

<sup>28</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, «Poderá o parecer vinculante ser um acto recorrível?», in: *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 0, Novembro/Dezembro 1996, p. 38.

<sup>29</sup> A denominação é, quanto a nós, imprópria pois, como já vimos, é antes um ato destacado, condição justificada pela sustentada produção de efeitos externos, v. *supra*, ponto 2.2.1.

<sup>30</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, «Poderá o parecer...», cit., p. 39.

### 2.3. A final: o parecer como ato prejudicial

Analizando a força determinante que tem sobre o sentido do ato conclusivo do procedimento, Pedro Gonçalves classifica o parecer vinculante como *ato prejudicial* pela circunstância de *prejudicar o exercício do poder decisório*; esta classificação leva o Autor a considerar demonstrada a tese segundo a qual os efeitos do parecer se esgotam no âmbito das relações interorgânicas, e, assim, se a essa relação se estabelecer entre órgãos da mesma pessoa colectiva de direito público, o parecer terá a natureza de *ato interno*, se a relação for entre órgãos de pessoas colectivas diversas teremos um *ato administrativo*, porque produtor de efeitos no âmbito de relações (interorgânicas) externas<sup>31</sup>.

Não cuidando diretamente da consequência da classificação e das suas repercussões, importa, no entanto, relevar a circunstância, apontada por Pedro Gonçalves, de o parecer *prejudicar o exercício do poder decisório* e ter, assim, uma força jurídica mais *intensa* que um ato pressuposto. Será essa *intensidade jurídica* que nos permitirá afirmar, em termos aproximados aos do Autor citado, o *comprometimento da decisão final* que a emissão do parecer vinculante introduz no procedimento.

### 3. O parecer e a determinação irremediável do conteúdo do ato final

Um correto entendimento do elemento fundamental, na noção estrita de ato administrativo, da produção de efeitos jurídicos externos que atinjam a esfera jurídica de particulares, permite divisar de forma rigorosa entre aquelas actuações administrativas que reconhecemos como atos administrativos (impugnáveis) e, aquelas outras em que esse elemento não se encontra presente. Mas adentro dessa análise, temos visto, os pareceres vinculantes revestem particular dificuldade.

Ora, não perdendo o rigor dos conceitos mas, ainda assim, interpretando-os de forma maleável, dissemos que o parecer vinculativo produz efeitos externos por condicionar irremediablemente a decisão final do procedimento e, a nosso ver, é de facto assim. Para a solidez desta posição contribui decisivamente o entendimento de que, não obstante não conter uma autoridade de decisão final, o parecer vinculativo, porque determina irremediablemente o conteúdo do ato final, produz efeitos no procedimento e efectiva, no exterior do procedimento, uma *definição da situação quanto ao concreto interesse público que acolhe e acautela*<sup>32</sup>. Neste sentido, Colaço Antunes refere que a competência da entidade emissora do parecer para tutelar um específico interesse público constitui um indício relevante para saber se houve ou não produção de efeitos jurídicos (externos)<sup>33</sup>.

Admitindo, sem conceder, que a lesividade que daquela forma se configura é meramente potencial<sup>34</sup>, sempre se dirá que é potencial mas inexorável<sup>35</sup> e, neste sentido, julgamos que a potencialidade dos efeitos não afasta a marca da sua inexorabilidade<sup>36</sup> e exige, do mesmo modo, a impugnabilidade direta. Dir-se-á<sup>37</sup> em crítica que a lesão não é inevitável porque:

<sup>31</sup> Cf. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 10 e 11.

<sup>32</sup> No sentido de o parecer vinculativo produzir, de per si, “uma autónoma agressão dos direitos dos particulares” v. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto...*, cit., p. 706.

<sup>33</sup> Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto ...*, cit., p. 128-9.

<sup>34</sup> Fazendo radicar a recorribilidade dos pareceres na lesividade atual e não meramente potencial dos pareceres, em conformidade com a interpretação que dá ao art. 268.º, n.º 4 da CRP, mas admitindo, em tese geral, a impugnabilidade dos pareceres vinculantes, v. SANTOS BOTELHO *et alii*, *Código do Procedimento ...*, cit., p. 406.

<sup>35</sup> A noção de *efeitos prodómicos* adianta-nos, exatamente, a certeza dos efeitos futuros que se revelam como um “síntoma” numa doença; assim, e ainda metaforicamente, que sentido faz esperar por uma somática mais tardia e grave para iniciar o tratamento?

<sup>36</sup> A entidade decisora verá a sua decisão como inexorável quando não lhe assista a possibilidade de não praticar o ato no sentido imposto pelo parecer. Notando que a hipótese deste *poder de recusa* é pouco frequente e o argumento daí decorrente pouco sustentado, cf. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., pp. 4-9.

<sup>37</sup> Avançamos os argumentos de PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 9 e 10.



- a) o ato final do procedimento pode decidir contra o parecer, caso em que se emitirá um ato ilegal que produz efeitos jurídicos, por o víncio estar sujeito ao regime da anulabilidade;
- b) pode o parecer ser devolvido;
- c) pode o órgão decisório recusar expressamente tomar a decisão.

Em todas as hipóteses avançadas para infirmar a inexorabilidade dos efeitos do parecer, se verifica que nenhuma delas está em condições de produzir *efeitos de caso decidido*, o que demonstra a conveniência da impugnabilidade autónoma através da qual se atacam efeitos inexoráveis na perspectiva de um procedimento tendente a produzir um ato administrativo estável. Ou seja, não considerar os seus efeitos como inexoráveis implica que não seja emitido ato administrativo, ou que, a ser emitido, ele seja anulável.

Assim, não perde validade o título deste ponto: o parecer condiciona irremediavelmente o conteúdo do ato final, seja porque emitido tem que seguir o parecer, seja porque não o seguindo ou não há, de todo, a emissão de um ato administrativo, ou, havendo, ele é anulável.

Este entendimento tem, com o atual modelo processual, a vantagem de não degradar o conceito substantivo de ato administrativo ou criar um conceito adjetivo, com a pretensão, comum a ambas as construções, de ter efeitos processuais. O art. 50.º, n.º1 do CPTA e a sua *ratio* reduzem, quanto a nós, as dúvidas sobre a impugnabilidade dos pareceres (a que reconhecemos, nos termos avançados, “eficácia externa” ao procedimento em que se integram), uma vez que, “ainda que inseridos num procedimento administrativo” são “actos administrativos com eficácia externa”.

A circunstância de os pareceres vinculantes constituírem decisões administrativas preliminares e se admitir, assim, uma *defesa antecipada* ou *precoce* no atual quadro processual não é suficientemente justificada pela mera (grande) *probabilidade* de lesões em direitos dos particulares<sup>38</sup>, mas antes se deve fundamentar, quanto a nós, no comprometimento irremediável da decisão final, produzindo, logo que é emitido, efeitos na esfera jurídica do particular que, ainda que terceiro na relação jurídica entre dois órgãos administrativos, não deixa de ver regulada definitivamente a sua posição jurídica quanto aos aspectos sobre os quais o parecer se pronuncia<sup>39</sup>.

#### 4. A decisão do TCA Sul e a jurisprudência do STA

Voltando ao acórdão sob anotação, o TCA Sul faz sua a jurisprudência do STA sobre a matéria da impugnabilidade dos pareceres, nomeadamente, do Acórdão de 30.09.2003 (proc. 0826/03).

Nessa decisão, o STA empreendeu a tarefa de saber se os pareceres vinculativos de entidades externas às entidades licenciadores são (ou não) atos recorríveis, começando por notar a divisão na jurisprudência daquele Supremo Tribunal, mas que, no entanto, denota uma mudança a partir do ano de 2001<sup>40</sup> passando o Tribunal a considerar, desde então, que “os pareceres vinculativos, proferidos por órgãos pertencentes a entidades estranhas da entidade com competência para a prática da decisão final, constituem actos prejudiciais do procedimento, ou seja, actos administrativos contenciosamente recorríveis, já que produzem efeitos no âmbito das relações entre dois órgãos administrativos de pessoas colectivas e um particular e que se pode considerar como uma estatuição autoritária (...) relativa a um caso concreto, produzido por outro órgão de pessoa colectiva diferente, no uso de poderes administrativos”.

<sup>38</sup> Esta é a posição de VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa* (Lições), Coimbra, 2005, pp. 208 a 210. Criticando um interesse “legítimo” em *anticipar a tutela judicial*, v. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 9.

<sup>39</sup> Contra por, quanto ao particular destinatário do ato final, o parecer *não definir, não vincular, nem obrigar*, v. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p. 10.

<sup>40</sup> O tribunal lembra, nomeadamente, as decisões do Pleno da Secção de 16.01.2001 (proc. 31317) e de 15.11.2001 (proc. 37 811).

Assim, nessa decisão do STA – que o acórdão sob anotação veio acolher – considerou-se que o parecer de uma entidade externa (no caso, o IPPAR) não define apenas o direito aplicável à relação jurídica intra-administrativa – que se estabeleceu entre uma Câmara Municipal e o IPPAR – mas também, e o que é mais, em relação ao particular requerente. Decisivo para considerar esta produção de efeitos para além da relação entre os dois órgãos administrativos – emitente e decisor – parece ser, segundo o tribunal, a “*influência sobre os termos em que é exercido o poder decisório final, na medida em que define logo a posição jurídica dos interessados, ou seja compromete irreversivelmente o sentido da decisão final*” (citando neste parte o acórdão de 15.11.2001), e conclui, em consequência, não haver razão para se desviar do “*princípio geral da recorribilidade contenciosa directa dos actos lesivos destacáveis*”.

Considerando a anotação de jurisprudência, já referida (de Pedro Gonçalves), o STA adota a uma solução diferente da proposta – a da impugnabilidade direta dos pareceres – considerando que é esta solução aquela que possibilita uma maior eficácia da tutela do particular, uma maior celeridade do procedimento e um melhor exercício do princípio do contraditório (já que se recorre contra o autor do parecer e não contra o órgão que incorpora na sua decisão esse parecer)<sup>41</sup>.

Mas esta jurisprudência não foi a última palavra do STA sobre este assunto. De facto, no Acórdão de 3.06.2004 (proc. 239/04) – um caso em que uma Câmara defendia a legalidade da sua atuação imputando a ilegalidade a um parecer vinculante que condicionou, de modo irremediável, a sua decisão –, o STA veio não só qualificar um parecer como um “ato administrativo de corpo inteiro”, digamos assim, como tirou daí todas as consequências – as devidas e as *indevidas* – considerando o Tribunal que a não impugnação tempestiva do parecer – ato jurídico recorrível autonomamente – tem efeito preclusivo e, assim, não seria possível conhecer dos vícios imputados a esse ato que, por estarem sujeitos ao regime da anulabilidade (cf. art. 136º, n.º 2 do CPA), implicariam a sua manutenção na ordem jurídica.

Esta decisão do STA acabou, afinal, por produzir um efeito oposto ao pretendido pela jurisprudência (e pela doutrina) que vinha defendendo a impugnabilidade autónoma dos pareceres – a saber, a diminuição da tutela jurisprudencial dos particulares (em vez da sua majoração)<sup>42</sup>.

Naturalmente, a jurisprudência do STA não se fixou naquela decisão tendo ocasião de, naquele mesmo processo, rever a sua posição na sequência da interposição de um recurso de oposição de acórdãos<sup>43</sup>, proferindo o acórdão datado de 6.12.2005<sup>44</sup>. Nesta decisão o STA qualifica os pareceres, com base no argumento da inserção sistemática na secção III do CPA, como elementos “da instrução” e, por isso, não os considera atos finais decisores (art. 120º do CPA). Apesar disso, aponta como uma tendência cristalizada na doutrina considerar: (i) os pareceres não vinculantes como ato interno e, por isso, sujeito ao princípio geral da impugnação unitária; (ii) e que os pareceres vinculantes, quando desfavoráveis ao particular, projectam imediatamente a sua lesividade e, assim, à semelhança da construção dos “atos destacáveis”, vem sendo admitida a sua recorribilidade autónoma.

<sup>41</sup> Quanto a este argumento no seu voto de vencido o Conselheiro Rosendo José – que defende a opção da impugnação unitária do ato final – defende que, no recurso interposto do ato final, o juiz deve fazer intervir em litisconsórcio necessário passivo o autor do parecer que se integre em pessoa colectiva diferente da que pratique o ato final.

<sup>42</sup> Note-se, a este propósito, o voto de vencido do Conselheiro Santos Botelho considerando que a aplicação jurisprudencial generosa do recurso contencioso em relação à recorribilidade dos pareceres determina uma *faculdade* para o particular lesado e não, como a decisão do STA pretendia, um *ónus de impugnação*.

<sup>43</sup> O acórdão fundamento era do mesmo STA, tirado a 14.02.2000 (proc. 046682). Neste acórdão, o Tribunal, perante a impugnação de ato final de licenciamento que tem por base um vício de fundamentação de parecer vinculante, determinou que a entidade decisória deve averiguar a legalidade do parecer e daí tirar as implicações para a sua própria decisão, sob pena de ficar o ato decisório inquinado do mesmo vício que o parecer. Assim, no acórdão fundamento o Tribunal adotou, em relação à arguição dos vícios do parecer na impugnação do ato final, posição manifestamente contrária à adoptada no acórdão entretanto recorrido.

<sup>44</sup> Acórdão tirado no mesmo processo 239/05, como se disse.

No entanto, aquela posição, adoptada em jurisprudência do STA, implica, sob pena de produzir efeitos perversos, a introdução de um “mecanismo corrector” que evite a criação, por via jurisprudencial, de um ónus de recorrer do parecer (que o acórdão recorrido sustentava); esta solução implicaria: (i) a diminuição de garantias dos particulares – que, não impugnando o parecer, veriam vedada a hipótese de arguir os vícios do parecer na impugnação do ato final – (ii) e, também, por – a não existirem efeitos suspensivos da eficácia do parecer e face à continuação do procedimento – o ato final pode ser emitido quando ainda se discuta a validade do parecer vinculativo, caso em teríamos dois processos com os mesmos fundamentos de anulação – um referente à impugnação do parecer e outro do ato final –, (iii) a mais, um recurso de ato final em que se esteja impedido de debater os vícios do parecer que o fundamenta seria um recurso inócuo.

Com base nos fundamentos expostos, o STA revogou o acórdão recorrido, afirmando, em síntese, que a impugnação dos pareceres é uma faculdade e não um ónus e vale, assim, inteiramente o princípio da impugnação unitária quanto ao ato final.

O acórdão do Pleno, compulsando as fontes doutrinais e jurisprudenciais relevantes, acabou a corrigir o excesso do acórdão recorrido demonstrando as debilidades que a concepção aí adoptada teria em termos dogmáticos e de aplicação prática.

Estando a jurisprudência do STA fixada neste ponto, o acórdão do TCA Sul sob anotação, partindo dela, veio admitir a intervenção acessória provocada do autor do parecer em ação administrativa especial destinada à anulação de um ato final (uma licença municipal de construção).

De facto, dependendo a intervenção provocada acessória da existência de uma relação jurídica material conexa como a que é objeto da ação, a entidade que emitiu o parecer (no caso, o Instituto de Conservação da Natureza) deverá ser chamada porque – em caso de ilegalidade – ela responde solidariamente com o Município, que tem sobre ela direito de regresso, nos termos do n.º 3 do artigo 70.º do RJUE; a ação de regresso é, por isso, o fundamento do chamamento.

Assim, podendo a entidade que emitiu o parecer vir a responder, perante a entidade que emitiu o ato final, por alguma ilegalidade do parecer, bem se comprehende que ela deva, nos termos da lei processual, ser chamada para estar ao lado do réu, nomeadamente para que se possa defender daquelas questões com repercussão na ação de regresso; é que, como refere o TCA Sul, há a possibilidade de a entidade que emite o parecer ser *autora ou coautora* da nulidade (ou do fundamento da anulabilidade) do ato final e essa ilegalidade acabará por ser um dos elementos essenciais da eventual ação de regresso.

## 5. Nota sobre a impugnabilidade dos pareceres no âmbito da LPTA e evolução no CPTA

A lei processual administrativa saída da reforma de 2002, retirou utilidade ao silogismo segundo o qual se o parecer vinculativo é lesivo dos interesses dos particulares, então deve considerar-se recorrível, e por ser recorrível é ato administrativo. Ou seja, a degradação do conceito de ato administrativo, justificada por questões processuais (*maxime*, a sua recorribilidade), não é hoje<sup>45</sup> um caminho imposto pela necessidade de dar cumprimento à tutela efectiva dos direitos dos particulares.

O recurso contencioso de atos administrativos, centrado que estava o modelo processual sobre o ato administrativo, provocou a necessidade de construções dogmáticas e jurisprudenciais que possibilitassem a tutela das posições jurídicas dos particulares em face da Administração e levou a diversas construções que enfraqueciam a noção de ato administrativo com o intuito de inscrever no âmbito dessa noção, actuações administrativas que, em rigor, não correspondiam a esse modo de exercer a função administrativa.

<sup>45</sup> Sustentando que já não o era antes, v. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., p.6.

Em relação aos pareceres vinculantes, foi-se afirmando, na doutrina e na jurisprudência, uma abertura à sua *recorribilidade autónoma* posto que o seu conteúdo tivesse efeitos externos lesivos. Caso não se recorresse autonomamente sempre restaria a possibilidade de impugnar o parecer aquando da emissão do ato conclusivo, mas, em face dos requisitos para a admissibilidade da *cumulação de pedidos* (art. 38º da LPTA), o recurso contra o parecer excluía o recurso contra o ato e vice-versa<sup>46</sup>.

No novo sistema não se exige que o controlo da atividade administrativa se faça através – e forçosamente – da impugnação de atos administrativos, dadas as amplas possibilidades de, através da ação administrativa comum, aceder de forma efectiva à tutela jurisdicional. Assim, como refere Colaço Antunes, não há necessidade de “desfigurar” os atos administrativos para lhes conceder impugnabilidade direta na ação administrativa especial<sup>47</sup>.

O CPTA exige, no seu art. 51º, n.º 1, a *lesividade externa* do ato<sup>48</sup> para que este seja impugnável, ressalvando, expressamente, *que poderá não ser um ato final do procedimento*. Com isto, o CPTA abre a porta da impugnabilidade àqueles atos que introduzem efeitos jurídicos na esfera jurídica de uma qualquer entidade, que assim tem vantagem na remoção do ato<sup>49</sup>. Aberta desta forma, a porta é necessário, no plano dos pressupostos processuais, que quem impugne o ato tenha legitimidade processual e interesse em agir.

Deste modo, a importância do procedimento e das pronúncias administrativas que nele se produzam, são admitidas, em tese geral, ao controlo judicial. Assim, em face de um parecer vinculante lesivo, aquele que alegue a produção de efeitos na sua esfera jurídica (*legitimidade processual*) terá ainda que demonstrar o seu *interesse em agir* [interesse direto na expressão do art. 55º, n.º 1, alínea (a)], *maxime*, demonstrando a utilidade que lhe advém da remoção da ordem jurídica desse parecer<sup>50</sup>, este interesse direto do particular, consiste, a nosso ver, em obter tutela judicial face a um ato que condiciona irremediavelmente o sentido do ato final do procedimento. Já em relação à pessoa coletiva em que se integre o órgão emitente, pode impugnar com base no art. 55º, n.º 1, alínea (c), e, quanto ao órgão destinatário, a impugnação é possível por via do art. 55º, n.º 1, alínea (d)<sup>51</sup>.

Deste modo e com aqueles fundamentos, a possibilidade de impugnar os pareceres vinculantes através da ação administrativa especial é uma opção consistente com a matriz dualista processual, sem que introduza qualquer deformação na conceção de ato administrativo impugnável.

Em relação à cumulação de pedidos o CPTA consagra, no art. 4º, a *livre cumulabilidade de pedidos*, pelo que, impugnado o ato final, nada impede a impugnação do parecer vinculante que lhe define (*rectius*: condiciona irremediavelmente) o sentido. Por outro lado, se impugnado o parecer vinculativo nada impede que o seu objeto seja, por cumulação sucessiva (implicando coligação sucessiva), alargado ao ato final desfavorável (cf. arts. 4º n.º 1; 61º; 63º n.os 1 e 3; 70º e 95º n.º 2 do CPTA)<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, «Apontamento sobre a função...», cit., pp. 11 e 12.

<sup>47</sup> Cf. COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto ...*, cit., pp. 164 e ss..

<sup>48</sup> Este é, segundo Mário AROSO DE ALMEIDA, o *mínimo denominador comum* para aferir da impugnabilidade do ato administrativo; cf. do Autor citado, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2005, p. 142.

<sup>49</sup> Cf. Mário AROSO DE ALMEIDA, *O Novo Regime...*, cit., p. 141.

<sup>50</sup> Recusando, em princípio, a existência de interesse direto nessa remoção, v. Mário AROSO DE ALMEIDA & Carlos Alberto FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 2007, p. 311.

<sup>51</sup> Cf. Ibidem.

<sup>52</sup> Neste sentido, considerando que o CPTA “em substituição da tradicional solução legal de impugnação concentrada no acto final, determina no sentido de se obter a unificação num processo único perante os tribunais administrativos de todos os aspectos da controvérsia que está na base da impugnação de um acto de poder”, v. a declaração de voto do Conselheiro José Rosendo no acórdão do Pleno da Secção do STA de 6.12.2005, proc. n.º 239/04, já citado.

## 6. Breve nota conclusiva

A conclusão geral para a qual aponta a jurisprudência que vimos anotando obedece ao seguinte silogismo lógico: o parecer vinculante produz efeitos de comprometimento irreversível do ato final, sendo que a autoridade da decisão se encontra diferida no tempo para um momento prospetivo (no momento da prática do ato administrativo final que integrará o conteúdo daqueles pareceres); neste sentido, estão em causa *efeitos lesivos projetados para o exterior do procedimento, aos quais sobrevirá, em momento posterior a autoridade de decisão.*

Ora, deste silogismo decorre a questão a que jurisprudência aqui anotada veio afinal responder: tratando-se de um ato com efeitos externos ao procedimento, dever-se-á protelar no tempo a possibilidade de reação judicial contra o parecer vinculante somente porque ele não incorpora ainda a autoridade da decisão quando, de facto, a condiciona irremediavelmente? Melhor dizendo, será apropriado negar a impugnação de um ato lesivo com base em que só com a autoridade da decisão, no ato final, essa lesividade se externaliza, mesmo que o ato final esteja, desde emissão do parecer irremediavelmente condicionado?

A resposta da jurisprudência tem ido, como vimos, em sentido negativo. Uma das mais importantes razões – muito clara na decisão do TCA Sul sob anotação – é a de que a impugnação autónoma do parecer possibilita um melhor exercício do princípio do contraditório, uma vez, que se recorre contra o autor do parecer e não contra o órgão que incorpora na sua decisão esse parecer. O mesmo se pode apontar à admissibilidade da intervenção, na ação tendente à anulação do ato final, da intervenção do autor do parecer: é que, ao tomar posição sobre os aspectos relativos (*rectius*, os pressupostos) da ação de regresso, o autor do parecer poderá defender, com maior propriedade que o órgão que profere o ato final, a legalidade desse ato.

Estas soluções – a da impugnabilidade autónoma e a da intervenção do órgão que emite o parecer no processo de impugnação do ato final – possibilitam uma maior eficácia da tutela dos particulares e das entidades administrativas e, desse modo, dar melhor e integral cumprimento ao Princípio da Tutela Jurisdiccional Efectiva, imperativo constitucional que norteia todo o processo administrativo.

*Pedro Matias Pereira*  
Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



*RevCED* **UA**

**Recensões**



*Isabel González Ríos*  
**Régimen Jurídico-Administrativo  
 de las Energías Renovables y de  
 la Eficiencia Energética,**  
*Thomson-Reuters, Aranzadi,*  
 Cizur Menor, 2011 (375 páginas)

A obra aborda uma das temáticas mais relevantes da denominada fase pós-industrial: os caminhos para a sustentabilidade energética (conceito que a autora autonomiza do conceito de sustentabilidade ambiental) no contexto do desenvolvimento económico sustentável.

O tema central do trabalho é a análise do *regime jurídico-administrativo e jurídico-económico das energias renováveis* – ou, dito de forma mais correcta, do regime jurídico da produção de energia eléctrica em regime especial – e do *regime jurídico da eficiência energética e da poupança de energia*. Mas a abordagem é deveras original, pois a autora começa por explicitar o contexto multinível em que hoje se estruturam as competências em matéria de energia (União Europeia, Estado, Comunidades Autónomas e entidades locais) para depois pôr em evidência, a partir da análise dos regimes jurídicos antes mencionados, a essencialidade da abordagem da *good governance* nesta matéria, e o modo como esta inevitavelmente se acaba por sobrepor à repartição de poderes constitucionalmente fixada.

A primeira parte do livro é dedicada ao estudo da repartição de poderes entre a União Europeia, o Estado e as Comunidades Autónomas em matéria de energia, ambiente e alterações climáticas, bem como dos regimes jurídico-legais adoptados por cada entidade na promoção da sustentabilidade.

No capítulo primeiro revela-se especialmente interessante o relato da evolução do enquadramento jurisprudencial e legal em matéria de repartição de poderes entre Estado e Comunidades Autónomas em matéria de autorizações para a instalação de centros eletróprodutores e de infra-estruturas energéticas, no contexto do “convite” formulado pelo direito europeu à participação de todas as entidades públicas na implementação da política de energias renováveis e de eficiência energética. Hoje, após um longo debate, o critério estabelecido é o da delimitação territorial da instalação como elemento determinador da entidade competente para a emissão da autorização.

No segundo capítulo é apresentada uma excelente síntese da “organização administrativa da energia”, com especial destaque para a criação de entidades interadministrativas e interdisciplinares, bem como de um provedor de justiça do utente dos serviços energéticos, permitindo compreender os desafios que a regulação desta matéria actualmente suscita quer pela interdisciplinaridade que lhe está subjacente, quer pela sensibilidade económica e económico-social decorrente das medidas adoptadas.

A primeira parte culmina com um capítulo – o terceiro – dedicado às orientações e instrumentos da política energética na vertente ambiente-energia-clima, no qual são analisados e destacados diversos instrumentos de programação (*soft law*) de políticas públicas no plano europeu, bem como instrumentos normativos, legais e regulamentares adoptados no contexto multinível da regulação das energias renováveis e da eficiência energética. O nosso realce vai para as normas adoptadas pelas Comunidades Autónomas da Andalucia, Catilha-La-Mancha e Murcia onde encontramos ambiciosos planos de promoção da sustentabilidade energética a partir de medidas não só de apoio financeiro público, mas também de simplificação de procedimentos, de orientação técnica e de coordenação da acção.

Na segunda parte do livro a autora debruça-se sobre os regimes jurídicos das energias renováveis e da eficiência e da poupança energética, acabando por concluir, após uma cuidadosa análise e uma aturada reflexão, que a distribuição de competências nesta matéria não é eficiente, originando disfuncionalidades no sistema, sobreposição de competências regulatórias, insegurança jurídica para os investidores e deseconomias de escala.

Assim, o quarto capítulo, dedicado às energias renováveis, começa por definir os conceitos operatórios fundamentais à luz do direito europeu (energias renováveis, energia eólica, energia solar, energia hidrotérmica...), traça, em seguida, o quadro legal da organização dos sectores energéticos segundo as directrizes emanadas pela União Europeia no âmbito dos denominados “pacotes normativos” de liberalização, culminando, por último, com o que poderemos considerar a parte de enquadramento desta matéria com uma referência detalhada aos dois pontos fundamentais, hoje considerados por muitos como os expoentes máximos da ineficiência das fontes renováveis no sector eléctrico: a garantia do despacho (obrigação de compra de toda a energia produzida) e o regime de incentivos financeiros públicos. É, pois, no ponto quatro deste quarto capítulo que encontramos um dos principais contributos da obra para a *better regulation* do tema, quando a autora demonstra, em discurso sustentado e ilustrado, a relevância dos instrumentos de planeamento interdisciplinar e a necessidade de promover, sobretudo a nível das Comunidades Autónomas, uma coordenação entre a planificação energética e a do ordenamento do território e urbanismo. O texto destas páginas leva a autora a reflectir profundamente sobre os novos caminhos do planeamento urbano de âmbito geral e sobre a responsabilidade que lhe está subjacente, não apenas no nível autonómico, mas incluindo também níveis superiores, designadamente o supranacional graças ao desenvolvimento do regime jurídico das redes transeuropeias. Presentemente, o planeamento não pode circunscrever-se à expressão efectiva da função social da propriedade, exige-se dele também um contributo essencial para a sustentabilidade da vida na Terra a partir da gestão eficiente de recursos escassos (abastecimento de água, qualidade do ar), da programação de acções humanas (organização do transporte colectivo e individual) e da alocação eficiente de recursos económicos (edifícios energeticamente inteligentes, infra-estruturas optimizadas e ajustadas às novas exigências tecnológicas, redes de apoio social). Todos estes tópicos estão subjacentes às considerações formuladas no texto.

No capítulo quinto, a autora descreve o *regime especial de produção de energia eléctrica*, dando especial destaque ao procedimento administrativo das autorizações para a implantação de centros electroprodutores que utilizam energias renováveis, incluindo o regime jurídico de acesso e ligação à rede, as autorizações ambientais e o uso do domínio hídrico fluvial e marítimo.

O sexto capítulo é dedicado à eficiência energética e à poupança energética e nele encontramos referência não só às directrizes europeias sobre a matéria, mas também, e com especial interesse, à lei da economia sustentável e aos instrumentos adoptados pelas Comunidades Autónomas no domínio regional. Igualmente interessantes são as considerações sobre a eficiência energética em matéria de edifícios (públicos e privados) e de transporte urbano, pois importa lembrar que as cidades são hoje consideradas um dos principais elementos energívoros, e onde é possível, com custos sustentáveis e esquemas de financiamento equilibrado, assentes em comparticipações públicas e privadas, alcançar importantes economias em matéria de eficiência energética global. O mesmo objectivo é extensível à matéria da iluminação pública, essencial à segurança das pessoas e bens, mas onde também se registam elevadas taxas de deseconomias energéticas e de contaminação ambiental. Áreas onde é igualmente possível alcançar ganhos significativos com baixo investimento são as relativas à contratação pública, serviços energéticos e co-geração, mas, pelo menos, em Portugal, a sua implementação não se tem revelado especialmente adequada.

A obra inclui ainda um sétimo capítulo sobre o regime sancionatório, no qual a autora conclui que não existem verdadeiras especificidades em matéria de sanções aplicáveis aos centros



electroprodutores do regime especial, podendo os mesmos vir a ser sancionados pela autoridade reguladora (*Comisión Nacional de Energía*, no nível nacional, e Comunidades Autónomas, no nível regional) nos mesmo termos aplicáveis às instalações do regime geral. Já no que respeita à violação de regras em matéria de eficiência energética, o que se verifica é uma dispersão de sanções por normas de natureza diversa, prejudicando a efectividade das medidas, a qual só um regime sancionador coeso poderá garantir, como a autora destaca em conclusão.

A obra termina com estimulantes colocações a todos os responsáveis pela implementação do regime jurídico das energias renováveis e eficiência energética e à comunidade académica em geral. Sugestões como a inclusão de medidas de fomento das energias renováveis e da eficiência energética no âmbito das obrigações de serviço público impostas às empresas eléctricas ou a imposição de medidas de *enforcement da governance* em matéria de regulação sustentável do transporte são apenas dois exemplos que destacamos para sublinhar e salientar a importância do estudo.

É um trabalho de consulta indispensável a todos os que pretendem estudar o direito da energia, e também o direito do ambiente, pois a autora não perde de vista a relevância que este segmento do direito da energia – energias renováveis e a eficiência energética – hoje assume na concretização das metas impostas pelo desafio de combater as alterações climáticas. É também importante para os que procuram a abordagem mais económica do direito da energia, na medida em que o texto sublinha que o caminho para a sustentabilidade há-de passar pela acomodação da subsidiação através do mercado e do financiamento equitativo do *mix de geração*. A última ideia forte, voltamos a sublinhar, é a necessidade de uma adequada articulação de poderes, pois como se percebe no fim da leitura, a solução não passa apenas pela elevação de competências para o nível europeu, quando muitas das medidas são efectivamente prosseguidas de forma mais eficiente com decisões de nível regional ou local. A solução está na *governance* e não no *government*. Algo que entre nós é igualmente válido, mas que se torna especialmente patente em países com uma estrutura política marcadamente regionalizada, como é o caso da Espanha.

Suzana Tavares da Silva  
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



*RevCEDÖUA*

**Dossier**



# Desmaterialização: uma mudança de paradigma?

## 1. O que é a desmaterialização?

O conceito de desmaterialização pode não parecer muito familiar, mas ele corresponde a um movimento que já se sente há algum tempo e que está cada vez mais na ordem do dia.

Em sentido económico, a desmaterialização da economia é a dissociação entre o desenvolvimento económico e o consumo de recursos naturais (incluindo extração, transformação e utilização). É um movimento que decorre de uma ideia simples: é possível viver melhor consumindo menos.

E internacionalmente esta ideia tem florescido e frutificado:

- desde 2004 a OCDE tem um “programa de trabalho sobre fluxos de materiais e produtividade dos recursos”;

- desde 2005 a UE tem uma “estratégia temática sobre a utilização sustentável dos recursos naturais”<sup>1</sup>;

- também em 2005, o *Institute for Prospective Technological Studies e o the European Science and Technology Observatory* publicaram os resultados de um estudo aprofundado sobre o impacte ambiental dos produtos<sup>2</sup>;

- em 2010, na “Estratégia 2020”, a União Europeia propôs-se igualmente criar uma Europa baseada num crescimento inteligente, sustentável, inclusivo e sobretudo numa utilização mais eficiente dos recursos<sup>3</sup>.

Em Portugal, o Relatório Nacional do Ambiente, apresentado pelo Ministério da Agricultura, Meio Ambiente e Ordenamento do Território (MAMAOT) em Dezembro de 2011, também versa sobre a produtividade dos recursos<sup>4</sup>. Segundo esse Relatório, o ano de 2007 foi aquele em que Portugal consumiu maior quantidade de recursos *per capita*: 21 toneladas por habitante, incluindo metais, materiais de construção, biomassa e energia. Em 2009 este número reduziu-se para 18 toneladas, verificando-se um aumento da produtividade dos recursos, talvez já sob o efeito da crise.

Ainda em 2011, o Departamento de prospetiva, planeamento e relações internacionais do MAMAOT apresenta o relatório “Metabolismo Socioeconómico e Recursos Materiais na Economia Portuguesa”, onde conclui que entre 1995 e 2009 se registou

<sup>1</sup> COM(2005) 670 final.

<sup>2</sup> “Analysis of the life cycle environmental impacts related to the total final consumption of the EU25”.

<sup>3</sup> (COM(2010) 2020 final) A “Estratégia 2020” estabelece três prioridades que se reforçam mutuamente:

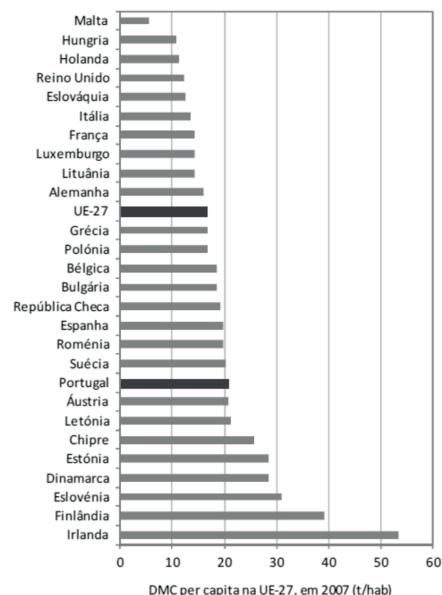
- Crescimento inteligente: desenvolver uma economia baseada no conhecimento e na inovação.
- Crescimento sustentável: promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva.
- Crescimento inclusivo: fomentar uma economia com níveis elevados de emprego que assegura a coesão social e territorial.

<sup>4</sup> A produtividade dos recursos é dada pela relação entre o PIB e a quantidade total de matérias-primas extraídas, (mais as importações e menos as exportações). Assim, se o consumo direto de materiais reduzir em relação ao Produto Interno Bruto, haverá maior produtividade dos recursos.

um “crescimento acentuado da quantidade de recursos utilizados pela economia portuguesa, tanto no que se refere aos extraídos internamente, como aos importados”. De facto, no período analisado a entrada direta de materiais em Portugal passou de cerca de 142 milhões de toneladas para cerca de 216 milhões de toneladas. Deste montante, um pouco mais de 70% correspondia a extração interna. “A insuficiência de recursos reflete-se na evolução da balança comercial física, com o fluxo de importações de recursos físicos a superar sempre o fluxo das exportações”.

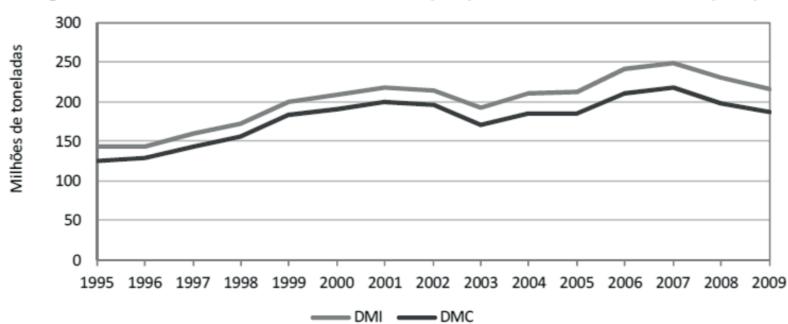
Segundo dados do EUROSTAT, em 2007 Portugal era o 9º pior país da EU em termos de produtividade dos recursos. O pior, a Irlanda.

Figura 3.3 – CONSUMO INTERNO DE MATERIAIS PER CAPITA NA UE-27, EM 2007



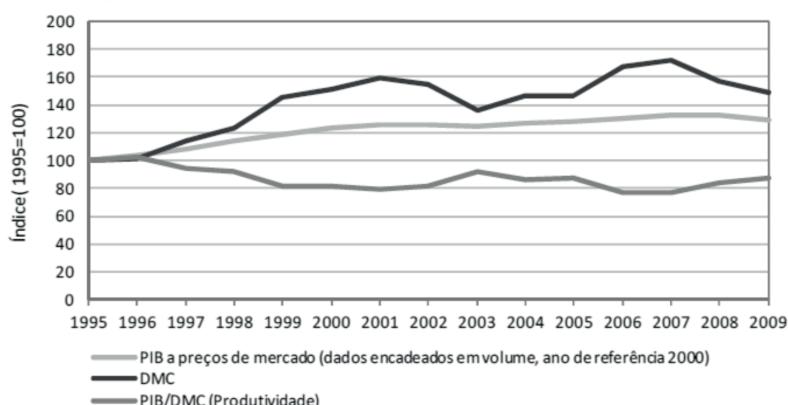
Fonte: Eurostat, 2011

Figura 3.1 – ENTRADA DIRETA DE MATERIAIS NA ECONOMIA (DMI) E CONSUMO INTERNO DE MATERIAIS (DMC)



Fonte: INE, 2010

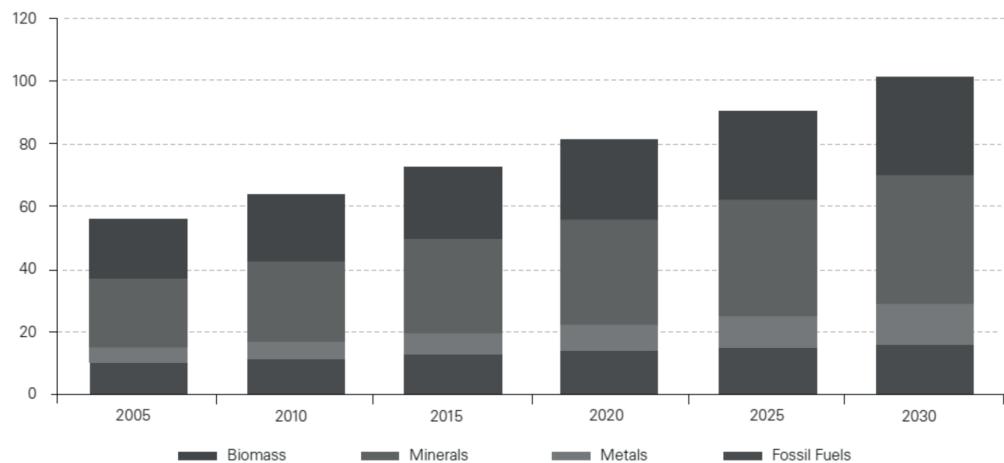
Figura 3.2 – EVOLUÇÃO DO PIB, DMC E PRODUTIVIDADE DOS RECURSOS NA ECONOMIA



Fonte: INE, 2010

## Extracção de recursos naturais num cenário *business as usual* entre 2005 e 2030

billion metric tons



Source: Sustainability Europe Research Institute (SERI), GLOBAL 2000, and Friends of the Earth Europe. (2009). Overconsumption? Our use of the world's natural resources. Vienna & Brussels.

Em termos jurídicos, desmaterializar é normalmente associado à substituição do papel por suportes eletrónicos. Usa-se menos papel, mas não se dispensa suporte físico. O Direito é, e tudo indica que continuará a ser, um direito escrito e não oral. No entanto, a produção, a difusão, o acesso ao Direito e a aplicação do Direito são agora digitais, eletrónicos, virtuais, telemáticos.

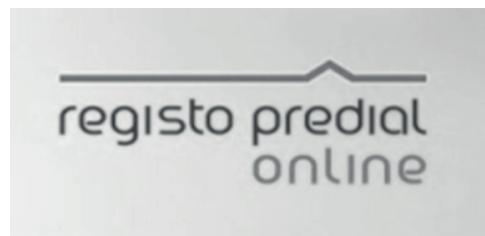


**O que muda com a desmaterialização?**  
O acesso instantâneo e pesquisável ao Diário da República eletrónico<sup>5</sup> e às decisões dos tribunais superiores, a declaração de IRS e o pagamento do imposto de circulação online, a obtenção imediata de atestados e certidões apenas com um *clic*, são apenas algumas das pequenas revoluções operadas pela desmaterialização. Até iniciativas de importância fundamental para a nossa democracia, como a *iniciativa de cidadania* da União Europeia, em que 1 milhão de cidadãos de pelo menos ¼ dos Estados Membros convida a Comissão Europeia a apresentar uma proposta legislativa<sup>6</sup>, só é viável através de meios eletrónicos e telemáticos.

Não é fácil procurar sinônimos de desmaterialização, mas não é difícil procurar palavras do mesmo campo semântico, palavras que correspondam a ideias próximas ou a conceitos direta ou indiretamente associados à desmaterialização. Referimo-nos, por exemplo a adjetivos como *informático* (produzido através de computadores);

<sup>5</sup> O Programa Legislar Melhor, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, aponta, como vantagem da substituição do DR em papel pelo DRE a “redução de 1400 t de papel por ano, equivalente a cerca de 28 000 eucaliptos com 10 anos, além do inestimável contributo ambiental resultante da não utilização de produtos químicos na impressão e de plásticos nas operações de embalagem”.

<sup>6</sup> Regulamento n.º 211/2011 de 16 de Fevereiro de 2011 sobre a iniciativa de cidadania.



*automático* (produzido através de processos que dispensam intervenção humana); *digital* (ficheiro informático que resultou da conversão de um documento de papel); *virtual* (documento sem suporte corpóreo, baseado apenas em *software*); *telemático* (que pode ser acedido remotamente através de uma rede informática).

Num sentido mais amplo, a desmaterialização está associada a *teletrabalho* (trabalho à distância, através de meios telemáticos), a *terciarização* (recurso a prestações de serviços em detrimento de aquisição de mercadorias); a *simplificação* (redução da complexidade administrativa) e a *desburocratização* (dispensa de encargos administrativos desnecessários).

As consequências da desmaterialização, neste sentido, são: maior celeridade<sup>7</sup>, flexibilidade, eficácia, transparência, novas oportunidades de participação e abertura.

## 2. Anatomia da desmaterialização: causas, formas e efeitos

Há uma série de razões convergentes que explicam a intensificação do fenômeno da desmaterialização:

a) A crise, associada à escassez e subida do preço dos recursos naturais, num mundo de sete mil milhões de habitantes. De acordo com as previsões das Nações Unidas, as perspetivas de evolução da população mundial até 2100 são de que se atinjam os 10 a 15 mil milhões de habitantes.<sup>8</sup>

b) A sociedade tecno-digital<sup>9</sup>, que nos põe perante uma oferta cada vez maior de produtos eletrónicos e serviços desmaterializados;

c) A massificação da produção e a concorrência internacional, que democratizam as novas tecnologias;

e) A crescente consciência ecológica individual, que orienta os consumidores

<sup>7</sup> Por exemplo, produção instantânea de declarações em portais oficiais, ou entrega instantânea de documentos através de e-mail. *Relatório sobre o estado da população mundial*, Fundo da População das Nações Unidas (UNFPA), 2011.

<sup>8</sup> Extraído de *Expect the Unexpected. Building business value in a changing world*, KPMG international, Fevereiro 2012.

<sup>9</sup> Nas palavras de Alexandre Dias Pereira em *Informática, Direito de autor e propriedade tecnodigital*, Coimbra Editora 2001.

para algum desconsumo e sobretudo para consumos mais eco-compatíveis: produtos reciclados, a granel, não embalados, ou em segunda mão, têm registado uma procura crescente nos mercados europeus.

A multinacional Cash Converters, o franchising Kid to kid ou portais de trocas na internet são exemplos de negócios com grande potencial de sucesso.

Na realidade, as razões pelas quais deixamos de consumir podem ser *intrínsecas* (às quais poderíamos também chamar altruístas) ou *extrínsecas* (que podemos dividir em *egoístas* ou *impostas*).



Sistematizando essas razões, vemos que em alguns casos, não consumimos porque *não queremos*, em virtude de razões pessoais, de opção pela frugalidade, correspondendo a uma renúncia altruísta ao consumo. São os casos que podemos considerar de ambientalismo *puro*.

Noutros casos não consumimos porque *não devemos*. São razões éticas ligadas a códigos de conduta organizacional, que impõem a parcimónia e o despojamento relativamente aos bens utilizados. Estariam perante um ambientalismo *ético*.

Muitas vezes não consumimos simplesmente porque *não precisamos*. A disponibilidade tecnológica e a oferta crescente de bens



e serviços imateriais dispensa-nos de muito consumos materiais, proporcionando um ambientalismo *tecnológico* ou por *conveniência*<sup>10</sup>.

Também podemos não consumir porque *não podemos*, por razões económicas decorrentes da crise e da austeridade. Chamar-lhe-íamos ambientalismo *economicista*.

Finalmente, começa também a ser verdade que algumas vezes não consumimos porque não é permitido. Há razões legais que impõem procedimentos integralmente desmaterializados<sup>11</sup>, ou proibições de consumo<sup>12</sup>. É o ambientalismo *legal*.

Em suma, considerando as causas da desmaterialização, chegámos a cinco tipos de ambientalismo.

Analisando as evoluções ao nível do consumo individual, verificamos que há diferentes formas de desmaterialização.

#### Tipos de ambientalismo

	Puro	Ético	Tecnológico	Economicista	Legal
Razão Subjacente	Frugalidade	Parcimónia	Conveniência	Austeridade	e-government verde

<sup>10</sup> Por exemplo, um tablet pode dispensar milhares de livros, jornais, computador, telemóvel, lista telefónica, agenda, bloco de notas e caneta, máquina de escrever, máquinas fotográfica e de filmar, relógio, cronómetro, termômetro, lanterna, espelho, despertador, leitor de música, rádio, televisão, calculadora, mapa, bússola, baralho de cartas, etc.

<sup>11</sup> Estamos a pensar no pedido de autorização de pequenos centros eletroprodutores ou no registo da produção de resíduos.

<sup>12</sup> É o caso de certos fluxos de materiais, como por exemplo embalagens ou resíduos de construção e demolição.

A mais drástica é o não consumo e a consequente renúncia à satisfação de necessidades, que pode ocorrer por razões de frugalidade, de austeridade ou outras.

Mas consumos agregados e consumos coletivos, são também formas de desmaterialização. O uso de transporte público, a partilha de carro através de sistemas de boleias rotativas ou o uso partilhado de electrodomésticos, são exemplos de formas de racionalização dos consumos individuais.

O mesmo se pode dizer dos consumos culturais e imateriais, na medida em que tendem a substituir consumos materializados, quando as necessidades básicas já estão todas satisfeitas e as atividades de lazer se desmaterializam.

Mesmo o prolongamento do tempo de vida dos produtos, por reparação, reenchimento, reciclagem, recauchutagem ou reemprego têm como efeito a desmaterialização da economia. Por fim, até formas mais sutis, como a substituição de produtos por serviços e de vendas por alugueres, induzem igualmente uma maior duração dos produtos na esfera económica. Mas a desmaterialização não está apenas associada ao consumo individual; pelo contrário, é um movimento transversal que se faz sentir em diversas áreas e que tem reflexos diversos.

A nível económico, a desmaterialização está presente no comércio eletrónico e na oferta crescente de serviços *online*. A desmaterialização facilita e promove a terciarização, a especialização ou o *outsourcing*. Os riscos são a vulnerabilidade de sistemas abertos e interdependentes, em relação a ataques terroristas, falhas energéticas ou perturbações eletromagnéticas.

A nível ambiental as grandes vantagens da desmaterialização são promover a poupança de recursos naturais escassos e a redução de resíduos. Os riscos são o aumento da exposição a radiações eletromagnéticas devido às redes sem fios, a escassez de terras nobres<sup>13</sup> e o aumento dos resíduos elétricos e eletrónicos, por exemplo.

A nível social reflete-se num acesso à informação mais fácil e rápido, maior transparência, maior facilidade no cumprimento de obrigações legais e obrigações acessórias, simplificação e desburocratização. Mas também maior frugalidade e menor dependência dos indivíduos e das famílias em relação a objectos e bens materiais.

### 3. Vantagens e riscos da desmaterialização

A principal vantagem da satisfação de necessidades através de serviços desmaterializados é o potencial que apresenta para nos fazer ganhar espaço, tempo e qualidade de vida.

Espaço, porque há objetos que acumulamos, que ocupam uma área significativa das nossas casas e que num mundo mais desmaterializado seriam dispensáveis, permitindo-nos ganhar espaço doméstico, espaço laboral, espaço público, em suma, espaço vital<sup>14</sup>.

Tempo, porque passamos uma parte do tempo livre a escolher e comprar objetos para consumir. E se, para algumas pessoas, ir às compras é um passatempo, também é, ainda que inconscientemente, uma fonte de frustração individual, especialmente visível nas crianças, seja pela impossibilidade de comprar tudo o que gostariam, seja pela sobrestimação do prazer que imaginam poder

<sup>13</sup> Em Março de 2013, UE, EUA e Japão fizeram queixa da China à Organização Mundial do Comércio, depois de novas restrições impostas pela China às suas exportações de terras raras, minerais críticos para a indústria de alta-tecnologia. Esta é mais uma batalha comercial na OMC com as autoridades europeias a alegar que o custo das restrições nas exportações está avaliado em centenas de milhões de euros. Nos últimos anos, o comércio entre a União Europeia e a China esteve em expansão, atingindo cerca de 400 mil milhões de euros em 2010.

<sup>14</sup> Ilustrando apenas com um exemplo relativo ao espaço doméstico, a utilização de um serviço de recolha e entrega de roupa limpa ao domicílio permitiria dispensar, em cada casa, a máquina de lavar roupa, o secador de roupa, a tábua de passar a ferro e o ferro, as substâncias químicas de limpeza, etc.. O mesmo raciocínio poderia ser estendido ao espaço laboral se prescindíssemos da fotocopiadora e passássemos a usar um serviço de impressão à distância e entrega expresso das cópias, ou para o espaço público, se a utilização do transporte colectivo permitisse transformar os espaços de estacionamento em jardins ou em passeios mais largos, com canteiros e bancos.

retirar dos objetos novos, recém adquiridos e hiper-embalados.

Em suma, com a desmaterialização ganha-se qualidade de vida, pela serenidade que resulta da redução das aspirações consumistas. Mas será esta já uma tendência actual, ou apenas uma visão para o futuro?

Mesmo que as vantagens da desmaterialização sejam evidentes, ela comporta também alguns riscos escondidos.

Pensemos, antes de mais, na desmaterialização no sentido de substituição do papel por registos informáticos. O crescimento exponencial da informação disponível, poderíamos dizer mesmo, a explosão da informação, comporta também riscos significativos de perturbação grave da ordem social.

Risco de divulgação em massa de conteúdos contrários à ordem pública; risco de não conseguir eliminar integralmente conteúdos ilegais mesmo depois de uma ordem judicial; vulnerabilidade em relação a ciber-ataques terroristas, destruição maliciosa ou mega fraudes digitais; riscos naturais, como tempestades magnéticas solares que interferem com os satélites, as linhas eléctricas e os equipamentos de comunicação (rádio, telemóvel, emissões de televisão, comunicações de ondas curtas).

O risco de perda de informação em caso de interferência natural ou antropogénica, voluntária ou involuntária, no funcionamento dos sistemas é real.

A nível académico, o excesso de fontes informativas e de dados disponíveis acaba muitas vezes por entravar a investigação, pela dificuldade de processamento de toda a informação recolhida, já para não mencionar a facilidade acrescida de cometer fraude e a dificuldade de a detetar...

E se pensarmos na desmaterialização em sentido ambiental, existem igualmente riscos ambientais de que não temos consciência

nítida, dos quais se destacam os riscos de exposição diária a doses crescentes de radiação eletromagnética devido aos sistemas wireless de acesso às redes de comunicação<sup>15</sup>.

Preocupa sobretudo a suposição ingénua de que ao eliminar o papel estaríamos a reduzir os impactes ambientais do consumo, quando afinal estamos é a aumentar exponencialmente os impactes decorrentes da gestão dos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos<sup>16</sup>.

E preocupa ainda mais o facto de nem sequer haver provas de que atualmente se consuma menos papel, desde logo devido à banalização do processo de impressão.

Em suma, o entusiasmo gerado pela desmaterialização e a ideia de bondade ambiental associada aos consumos eletrônicos contribui, em suma, para o *branqueamento dos consumos*, na medida em que cria a ilusão de um consumo desmaterializado.

#### 4. Mudança de paradigma

As grandes alterações, sociais, económicas e expectavelmente ambientais, proporcionadas pelo movimento de desmaterialização correspondem a uma mudança de paradigma. Sendo profunda, a mudança faz-se sentir a diferentes níveis, e por isso é mais correcto falar de uma mudança multiparadigmática.

Vejamos então alguns dos paradigmas que mudam:

1. Muda o paradigma da produção do Direito. O Direito enquanto conjunto de regras escritas em papel evoluiu sob a influência da informatização. Subverte-se o conceito de documento autêntico e cópia autenticada, de certidão, de livros de notas e de registos, de publicação oficial, de prova documental, de assinatura do contrato, de declaração fiscal, de notificação judicial, mas também o conceito

<sup>15</sup> Riscos que se agravam como tempo de exposição e que poderão estar na origem de sintomas como cansaço crónico, dores de cabeça ou dificuldades de concentração.

<sup>16</sup> Os quais são já objeto de legislação própria que prevê a deposição selectiva e um tratamento altamente sofisticado de um tipo de resíduos com um potencial de perigosidade e contaminação elevado (Decreto -Lei n.º 230/2004, de 10 de Dezembro, alterado pelos Decretos -Leis n.os 174/2005, de 25 de Outubro, 178/2006, de 5 de Setembro e 132/2010, de 17 de Dezembro).

de carimbo, de selo branco, de papel timbrado, de planta, de levantamento topográfico, etc..

2. Muda o paradigma do acesso à cultura e à ciência, levando-nos a perguntar se esta não será uma revolução comparável à de Gutenberg. Em breve, as edições de livros ou revistas em papel vão ser um luxo e um objeto de colecionismo de difícil obtenção. Visitas virtuais aos museus vão aumentar o conhecimento e democratizar a arte. Se as entradas nos museus e reduzirão ou aumentarão é algo que ainda não sabemos. A forma de produção e consumo de ciência também muda. Numa demonstração da editora científica holandesa Elsevier, podemos ver como o “artigo do futuro”<sup>17</sup>, em vez de notas de rodapé, tem hiperligações para as obras citadas e para informação complementar, permitindo uma melhor compreensão e uma leitura crítica mais informada.

3. De forma ainda mais geral, muda o paradigma da detenção de informação. O próprio verbo muda: o termo correto já não é *posse*, mas é *acesso*. Como muita da informação que existe é pública e está igualmente acessível a todos, mais importante do que possuir a informação, é conhecer os canais de acesso e saber aceder a ela. Deixa de se falar em *ter* ou *possuir* informação, para se falar em *aceder* à informação, estar *conectado* a redes informacionais, *conhecer* as fontes de informação.

A informação desmaterializada reduz os conceitos de tempo e de espaço, porque a informação é agora *omnipresente* e *portátil* (está interconectada através de redes e sistemas de computação em nuvem<sup>18</sup>, podendo

ser acedida remotamente ou transportada para qualquer lado), *instantânea* e *imediata* (porque se processa em tempo real, sem intermediários nem censuras) *difusa* (é uma informação produzida de forma colectiva, com várias fontes a contribuir para a sua produção, e que cresce exponencialmente em virtude das contribuições sinergéticas individuais).

3. Muda o paradigma económico: o *decoupling*, ou seja a dissociação entre o desenvolvimento e a utilização de recursos naturais decorre da constatação de que também não há uma relação directa entre níveis de consumo e qualidade de vida. O objectivo dos consumidores deixou de ser *comprar produtos*, para passar a ser ter *acesso a funções*. Por isso os produtores, se quiserem ter mercado, devem orientar os seus produtos num sentido de maior eficiência e privilegiar o *ecodesign*. Este raciocínio está já presente no Decreto-Lei sobre requisitos de concepção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia, que é uma importante ferramenta na promoção do *decoupling*<sup>19</sup>. Por outro lado, os consumidores procuram produtos mais duradouros, o que esteve na origem do alargamento dos prazos de garantia e da obrigatoriedade de produzir peças suplementares<sup>20</sup>. Voluntariamente, as empresas começam até a oferecer extensões de garantia.

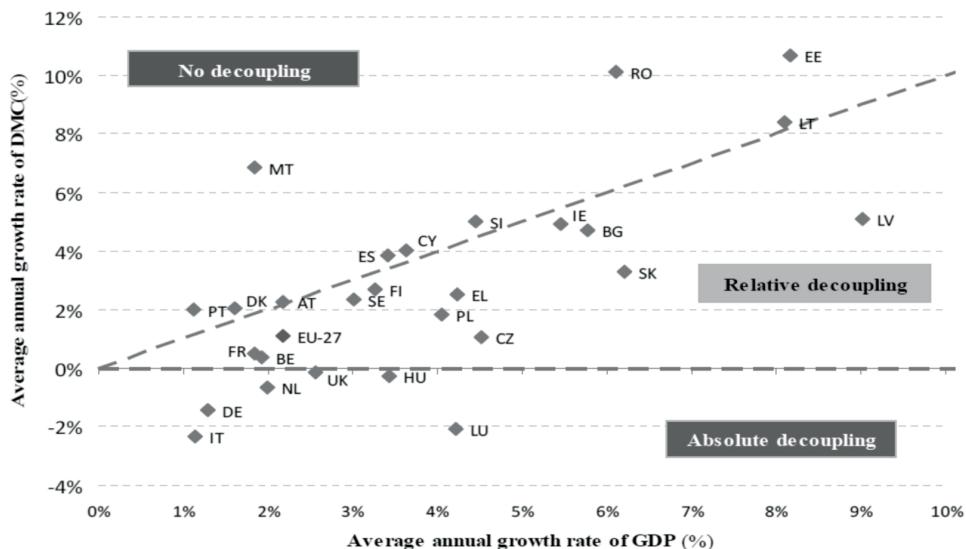
Dados de 2011 do Eurostat, permitem-nos ver a taxa de crescimento anual médio do PIB e comparar os consumos materiais domésticos dos diferentes Estados Europeus.

<sup>17</sup> <http://www.articleofthefuture.com>.

<sup>18</sup> Cloud Computing na Administração Pública é o título da edição digital de 28 de Fevereiro de 2012 do iGOV.DOC, acessível em <http://www.i-gov.org/index.php?article=17589&visual=1&subject=288&id=10&subject=288>.

<sup>19</sup> O Decreto-lei n.º 12/2011 de 24 de Janeiro estabelece o consumo previsto de materiais, de energia e de outros recurso como parâmetros de conceção ecológica dos produtos nas seguintes fases do ciclo de vida do produto: seleção e utilização da matéria-prima; fabrico, embalagem, transporte e distribuição, instalação e manutenção, utilização e fim de vida.

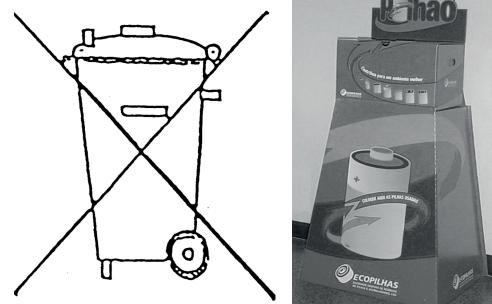
<sup>20</sup> Directiva 99/44 de 25 de Maio de 1999, sobre garantia dos produtos de consumo.



4. Muda o paradigma no que diz respeito à relação entre os cidadãos e a administração: e não são só os novos canais de comunicação (as notificações através da via CTT, os formulários eletrónicos, os portais dos cidadãos e das empresas, o cumprimento de diversas obrigações fiscais através de sistemas eletrónicos, os endereços de e-mail para receber mensagens dos cidadãos), são também as novas possibilidades de participação nos procedimentos deliberativos (através de sistemas informáticos e meios telemáticos) e, sobretudo, a nova transparência, segurança e confiança que a difusão telemática de informação proporciona, desde que seja “exacta, atualizada comparável”<sup>21</sup>.



5. Muda o paradigma, quanto à responsabilidade dos consumidores. Numa sociedade que não queira ser recordada como a sociedade do desperdício, além de direitos, os consumidores têm cada vez mais deveres: deveres de fazer as opções ambientalmente correctas no momento da compra, escolhendo produtos com menos impactes. O que é pior é que agora já não basta consumir e “deitar fora” correctamente. O conceito de “deitar fora” desapareceu. Agora há a obrigação é “depor seletivamente”, o que pressupõe saber onde deitar o quê. Desde as pilhas aos vidros, desde os plásticos ao papel, desde os têxteis aos óleos, desde os resíduos eléctricos e electrónicos aos pneus, todos os tipos de resíduos têm o seu local próprio e as suas regras próprias de deposição.



<sup>21</sup> Artigo 4º, nº1 f) da Lei n.º 19/2006 de 12 de Junho sobre acesso à informação ambiental.

## 5. Dever de desmaterialização

Mas existirá um verdadeiro dever de desmaterialização? Pensamos que sim.

Primeiro, é um dever constitucional do Estado “preservar os recursos naturais” (artigo 9º e) da Constituição).

A Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas<sup>22</sup>, que vigorou entre 2008 e 2010, constituiu um forte incentivo à desmaterialização ao obrigar os entes públicos a atender a critérios ambientais na seleção dos seus fornecedores e contraentes. Espera-se para breve a nova Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas. Paralelamente, os procedimentos administrativos integralmente desmaterializados (como o licenciamento de atividades de microgeração, ou o registo anual de resíduos através do sistema integrado de registo da Agência Portuguesa do Ambiente — o SIRAPA) dão também um contributo relevante para a desmaterialização.

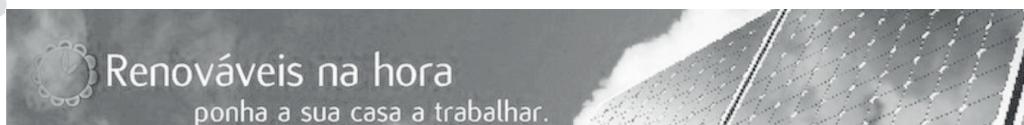
Mas a Constituição vai mais longe e estabelece como um dever de todos “promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de

renovação e a estabilidade ecológica” (artigo 66º 2 d) da Constituição). E este dever passa em grande medida pela redução da pegada ecológica individual ou, numa palavra, pela desmaterialização. E não faltam incentivos à desmaterialização.

Para os particulares, incentivos económicos, como no caso das embalagens (por exemplo, garrafas de vidro), geridas através de um sistema de consignação em que o consumidor obtém um reembolso em dinheiro ao restituir a embalagem, ou incentivos informativos como o rótulo ecológico europeu, que premeia produtos que promovam a poupança de matérias primas, água e energia<sup>23</sup>.

Para as empresas, a licença ambiental<sup>24</sup>, exigida a um grande número de atividades industriais, atende já às melhores técnicas disponíveis usadas para economizar matérias primas, água e energia.

Futuramente, espera-se que, com o incentivo dado pela nova lei dos resíduos<sup>25</sup>, o surgimento de novas actividades económicas, como serviços de reparação, possa contribuir simultaneamente para revitalizar e desmaterializar a economia, prolongando o tempo de



AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE

Ministério da Agricultura, do Mar,  
do Ambiente e do Ordenamento do Território

SIRAPA

<sup>22</sup> Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, de 7 de Maio.

<sup>23</sup> Segundo o Regulamento n.º 1980/2000 de 17 de Julho de 2000, relativo ao rótulo ecológico, “os impactos ambientais mais significativos ao longo do ciclo de vida dos produtos, em particular os impactos nas alterações climáticas, meio natural e biodiversidade, consumo energético e de recursos, produção de resíduos, emissões para todos os compartimentos ambientais, poluição através de efeitos físicos e utilização e libertação de substâncias perigosas. A possibilidade de reduzir o impacto ambiental devido à durabilidade e reutilização dos produtos será também tida em consideração”.

<sup>24</sup> Decreto-Lei n.º 173/2008 de 26 de Agosto.

<sup>25</sup> Até 12 de Dezembro de 2013 em conformidade com o artigo 17-A do Decreto-Lei n.º 73/2011 de 17 de Junho, onde se fala expressamente em “tendo em vista dissociar o crescimento económico dos impactes ambientais relacionados com a produção de resíduos”.

<sup>26</sup> Com nomes sugestivos como SOS-PC, PC clinic, 112 PC, etc.



vida dos produtos. Além do (re) surgimento de atividades como a de sapateiro, costureiro, amola tesouras, reparador de persianas, de louça ou panelas, os novos serviços de reparação informática<sup>26</sup>, são outro exemplo.

Mas, com alguma imaginação, podemos conceber novos incentivos à desmaterialização ao longo de toda a cadeia económica:

a) *Começando na extração*, ao estimular a procura de *fontes alternativas*, como piscicultura em detrimento de pesca de peixe selvagem, ou a “mineração urbana” dos metais enterrados no subsolo das cidades (cobre dos cabos de telecomunicações, por exemplo) em vez da extração de matéria virgem, cada vez mais escassa em estado natural.

b) *Passando pela utilização*, ao apoiar a ideia de que um *serviço* pode ser melhor do que um *produto*, (como no serviço de *elevação vertical* da Shindler, que ao deixar de vender caixas e motores de elevador, começa a produzir elevadores mais resistentes), de que uso *partilhado* pode ser melhor do que uso *individual*, (cobrar portagens mais elevadas quando o veículo transporta apenas o condutor é um exemplo de incentivo ao uso partilhado), que *público* pode ser melhor do que *privado* (pensamos nos transportes coletivos, sobretudo em meio urbano), que *eletrónico* pode ser melhor do que *em papel* (como da declaração fiscal de rendimento de pessoas singulares).

c) *Até ao fim de vida*, ao incentivar a imaginação de novas formas de valorização

e novos usos para produtos fora de uso, aos quais antes chamávamos imediatamente resíduos, mas que agora já podemos chamar *subprodutos*<sup>27</sup>. É o caso de aproveitamentos como utilização da borracha de pneus usados para criação de pisos desportivos não abrasivos de exterior ou de telhas e tijolos partidos para a pavimentação de campos de ténis.

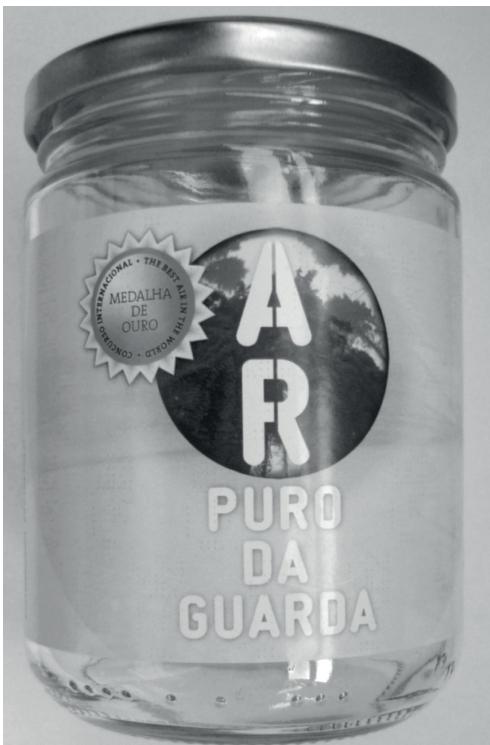
## 6. Rumo à rematerialização

Curiosamente, num movimento oposto, verificamos que a escassez dos recursos e o hiperconsumo têm conduzido ao surgimento, no mercado, de novos produtos que materializam bens imateriais. Este fenómeno, surgido por razões publicitárias, subverte conceitos económicos clássicos, como o de “bens livres”, que eram bens fora do comércio jurídico, não apropriáveis e sem valor comercial. O ar que respiramos era o exemplo de escola de um bem livre.

Pois agora já podemos encontrar no mercado frascos de “ar puro da Guarda”, acompanhados da seguinte “posologia”: “usar sempre que estiver em contacto com focos de poluição, quando se sentir deprimido ou se tiver saudades da Guarda”. Na “composição” entra: “ar da Guarda, extrato de poesia, cristais de neve, aroma de queijo da serra, essência de morcela e fragrância de giesta”.

<sup>27</sup> Segundo o artigo 5º do Decreto-Lei nº 178/2006, de 5 de Setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 73/2011, de 17 de Junho, “Uma substância ou objecto resultante de um processo de produção cujo principal objectivo não seja a produção desse item só pode ser considerado um subproduto e não um resíduo na acepção do ponto 1 do artigo 3.º se estiverem reunidas as seguintes condições:

- a) Existir a certeza de posterior utilização da substância ou objecto;
- b) A substância ou objecto poder ser utilizado directamente, sem qualquer outro processamento que não seja o da prática industrial normal;
- c) A substância ou objecto ser produzido como parte integrante de um processo de produção; e
- d) A posterior utilização ser legítima, isto é, a substância ou objecto satisfazer todos os requisitos relevantes do produto em matéria ambiental e de protecção da saúde para a utilização específica e não acarretar impactos globalmente adversos do ponto de vista ambiental ou da saúde humana”.



Mas a sociedade da opulência em que temos a sorte de viver, faz com que surjam, também como objetos comerciais, novos produtos ainda mais subtils como "Nada. A oferta de nada, para quem já tem tudo".

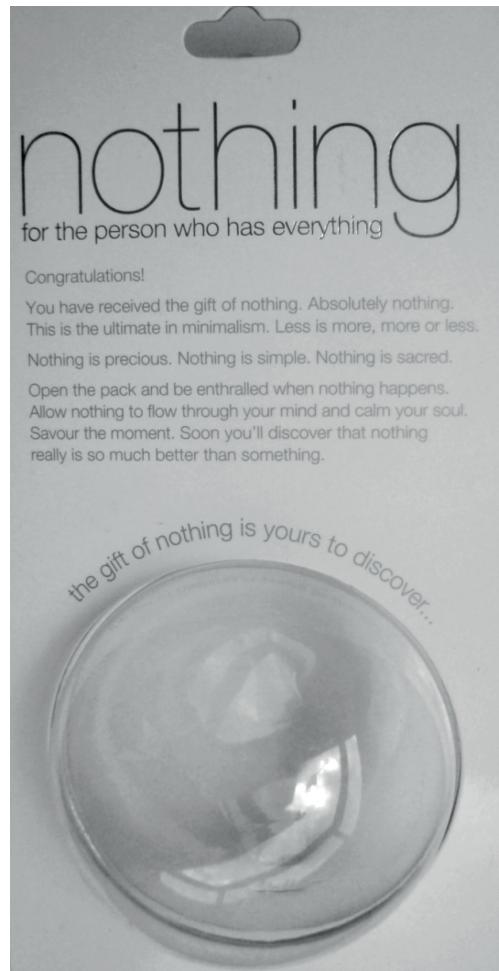
"Parabéns, acabou de receber a oferta de nada. Absolutamente nada. É a última palavra em minimalismo. Nada é precioso, nada é simples, nada é sagrado".

A legenda que acompanha o produto não podia ser mais clara:

"Instruções:

Abra a embalagem e fique arrebatado quando vir que nada acontece. Saboreie o momento. Rapidamente vai perceber que nada é melhor do que qualquer coisa.

Conteúdo: o som de uma mão a bater pal-



mas, o buraco do donut, o incidente de que ninguém fala... (...)

Garante-se que este produto não faz nada. Se acontecer alguma coisa, peça reembolso do dinheiro.

Se engolir alguma peça, por favor consulte o psiquiatra".

*Alexandra Aragão*

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*RevCED* ØUA

**Abstracts**



## ***Measuring Dematerialization and Sustainable Development: Indicators and their dilemmas***

If there are questions that remain open, they are certainly related to our ability to measure, quantify or qualify the concept of sustainable development or to assess the real impacts of dematerialization. The relativity of these concepts, the scarcity of data and other dilemmas, make the indicators but a complex tool with enormous potential to operate, assess and monitor the changing trends of our society. What are the advantages that indicators can bring? What are the limitations or main dilemmas they face? What will they point us? How can we say that society is moving towards a model of sustainable development? What have been the real impacts of dematerialization? These are some of the questions this article seeks to analyze.

**Keywords:** Dematerialization, Sustainable Development, Indicators, Evaluation.

*Sara Moreno Pires*

Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra

## ***Sustainable consumption and dematerialization under Brazilian law***

Both consumer protection and the right to an ecologically balanced environment have grounds on the principle of human dignity, as provided in the Brazilian Federal Constitution of 1988. Thus, the defense life dignity is consistent with the pursuit of a sustainable production and consumption economy. Dematerialization is the solution to use fewer natural resources, with less expenditure of energy and loss of materials, and therefore less generation of waste. The article analyzes the evolution of consumption, and consumption patterns in contemporary societies, as well as waste prevention and consumer information as ways to contribute to the desirable sustainable consumption.

**Keywords:** sustainable consumption, dematerialization, solid waste, environment, information.

*Patrícia Faga Iglesias Lemos*

Associate Professor in the Faculty of Law of the University of São Paulo, Brazil.

## ***Open Standards in the Computer Systems of the State: Quo Vadis?***

Arguably inspired by the free/open software movements, the Open Standards Act established the adoption of open standards for digital information in Public Administration with a view to promoting technological freedom of citizens and organizations and the interoperability of computer systems in the state. However, under the overall strategic plan to rationalize and reduce costs with Public Administration's information and communication technologies, adopted pursuant to the Financial and Economic Assistance Program (PAEF), open standards are only to be adopted in the public sector if they are the most economically advantageous solution for the state, rendering almost irrelevant the 'technological freedom of citizens and public bodies' and the transparency of the rules of the technological architecture of e-Governance.

Moreover, in the absence of Regulation for digital interoperability, the invalidity of the acts of public procurement by AP excluding open standards remains imperfect.

**Keywords:** open/free software, digital interoperability, intellectual property, EUPL licences, computer systems.

*Alexandre Libório Dias Pereira,  
Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra*

### ***Electronic signatures, Electronic Documents and Land Securities: the possibility of creating hypothecs by electronic means under Portuguese Law***

European Union takes electronic commerce as a tool for the single market's establishment. However, regarding the free movement of capitals (especially concerning the access to land security rights), most of the Member States use a Latin notarial system, requiring the drawing of a public document (authentic document) by a notary public for the acquisition of rights in rem over land property.

The article questions if the public document itself (or the authenticated private document) may be drawn electronically, under Portuguese law: if so, the conclusion of contracts on immoveable property between absent and unacquainted parties would be easier, encouraging the formation of a European market of hypothecs.

In order to get answers to this question, the article points out the risks of electronic conveyancing, analyses the electronic signatures legal regime and identifies the legal value of electronic documents under Portuguese law, discussing its compatibility with European Directives.

In this first part, it is found out that Portuguese legal system takes electronic documents (as long as they are digitally signed) as documents with special probative value regarding the identification of its author. The second part of the paper regards the possibility of drawing an electronic public document (or an authentication certificate), respecting the notarial rules on its performance.

The investigation of these matters comes to the conclusion that the drawing of electronic authentic deeds (or authentication certificates) under Portuguese notarial law is either unaccepted or useless, due to out-dated notarial rules.

**Keywords:** Electronic Signature, Electronic Document, Hypothec, Authentic Document, Authenticated Private Document

*Afonso Patrão  
Assistant at the Faculty of Law of the University of Coimbra*

### ***The praise of sufficiency: transforming consumption patterns through dematerialization***

Although the consumer culture still permeates the conformation of the most ordinary human activities and decisions, as an apparently natural and self-evident logic, the transformation of the current production and consumption patterns seems unavoidable, mainly because of the progressive compromising of the environment as well as of the social tissue due to such patterns. Considering that consumerism is due to the complex, systematic and institutionalized operation of a set of principles and factors in the service of the current paradigm, based primarily on continued economic growth, it's useless to invest in minor and marginal adjustments if our aim is to achieve sustainable consumption and production patterns. It's necessary to promote a paradigm shift towards the redefinition of the norms and values



that underlie our way of life. The construction and implementation of a new paradigm, the paradigm of dematerialization, depends on the effective action of law in rethinking its rights and obligations in light of sufficiency and immaterial well-being. Such rethinking demands the analysis of the current state of our laws and policies in order to avoid mere repetition of their insufficient instruments and measures and, at the same time, to search for inspiration for an alternative route. Accordingly, I advocate for a fundamental duty of sufficiency coherent with the Earth's carrying capacity and based on rewarding livelihoods.

**Keywords:** Dematerialization paradigm, production patterns, consumption patterns, environmental crisis, dematerialization, fundamental duty of sufficiency.

Mariana Nicolau

Master student at the Faculty of Law of the University of Coimbra

### ***Urban Law and Dematerialization***

Dematerialization is a new trend in urban law, due to the harmonization of urban planning and simplification of urban management. The creation of new legal models (in particular the communication of urban interventions) and the expansion of computer systems (web portals and systems to provide and manage geographic information) raises concerns on the risks of dematerialization. This is especially true in the area of urban law, where procedures are highly complex, considering the different public and private interests and organizations involved, and the high dispersion of laws and regulations.

**Keywords:** Urban law, dematerialization, deterritorialization, computer systems, digital mapping

Fernanda Paula Oliveira

Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra

Dulce Lopes

Assistant at the Faculty of Law of the University of Coimbra

### ***The participatory legitimization of an environmentally responsible administrative decision***

In this essay, we analyse the legal regime of Environmental Impact Assessment (EIA) of certain actions, projects and plans. We also reflect on the need to renew the administrative procedure to strengthen the procedural legitimacy.

Renovation of administrative procedure through the contributes of a good administration principle remodelled by European law is needed to avoid that administrative simplification schemes jeopardize a prudent, efficient, expert and participated administrative response.

This will guarantee a «communicatively just» decision and, consequently, an environmentally responsible decision.

**Keywords:** environmental impact assessment; procedural legitimacy; good administration principle; «communicatively just» decision.

Cristiana Maria Cardoso Lopes

PhD Student at the Faculty of Law of the University of Coimbra and  
grantee of the Foundation for Science and Technology.





*RevCED* ØUA

**Últimas Aquisições  
Bibliográficas**



### **AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE**

EEA strategy 2009-2013: multi-annual work programme / European Environment Agency. - Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009. - 42 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2800/17080>  
ISBN 9789291679904  
DOI 10.2800/17080 TH-80-09-543-EN-C

### **AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE**

The European environment: state and outlook 2010: assessment of global megatrends / European Environment Agency. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - 128 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2800/76887>  
ISBN 9789292132088  
DOI 10.2800/76887 TH-32-10-664-EN-C

### **AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE**

Europe's environment: an assessment of assessments / European Environment Agency. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - 197 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2800/78360>  
ISBN 9789292132170 DOI 10.2800/78360 TH-32-11-825-EN-C

### **APPEL, Ivo**

Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge / Ivo Appel. - Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. - XVIII, 618 p.; (Jus Publicum; Band 125).  
ISBN 3161478576

### **ARGIROFFI, Alessandro**

Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno: percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale / Alessandro Argiroffi, Luisa Avitabile. - Torino: G. Giappichelli Editore, cop. 2008. - 291, [5] p.; - (Studi di Filosofia del Diritto / Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'; 26). - Contém referências bibliográficas. - Contém lista de volumes publicados pela coleção: p. [295-296].  
ISBN 9788834883396

### **BAUGHEN, Simon**

International trade and the protection of the environment / Simon Baughen. - London; New York: Routledge, 2007. - XXXII, 368 p.  
ISBN 9781845680091

### **BERCHICCI, Luca**

Innovating for sustainability: green entrepreneurship in personal mobility / Luca Berchicci. - London; New York: Routledge, 2009. - VIII, 232 p.; - (Routledge Studies in Innovation, Organization, and Technology; 11).  
ISBN 9780415454643

**BEYOND ENVIRONMENTAL LAW** Beyond environmental law: policy proposals for a better environmental future / ed. by Alyson C. Flournoy, David M. Driesen. - Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010. - xxvii, 276 p.: il.; Inclui.  
ISBN 9780521744324

**BREHME, Julia, 1977**

Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung / Julia Brehme. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. – xxiv, 507 p.; (Recht der Nachhaltigen Entwicklung; 4).  
ISBN 9783161503993

**CÂMARA, Guilherme Costa**

O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: contributo ao debate sobre o delito cumulativo / Guilherme Costa Câmara. – Coimbra: [s.n.], 2011. - 670 p.; – Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de José Francisco de Faria Costa. – Também disponível em CD-ROM.

**CHIARELLI, Raffaele**

Profilo costituzionali del patrimonio culturale / Raffaele Chiarelli. – Torino: G. Giappichelli, 2010.– VIII, 484 p.; – (Collana di Studi di Diritto Pubblico; 5).  
ISBN 9788834809778

**COELHO, Maria Clara de Andrade Pais Serra**

As nulidades do regime jurídico da urbanização e edificação e a previsão constante do nº 3 do art. 134º do código do procedimento administrativo / Maria Clara de Andrade Pais Serra Coelho. – Coimbra: [s.n.], 2010. – 166 f.; -. - Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na área de Ciências Jurídico-políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Pesca e dos Assuntos Marítimos**

Fish of the Mediterranean Sea = poissons de la Méditerranée = Mittelmeerfische = as espécies do Mediterrâneo / European Comission. Directorate-General for Maritime Affairs and Fisheries. - Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005. - 55 p.: - Conteúdo em 21 línguas da União Europeia.  
ISBN 9289489693 KL-65-05-222-1M-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Pesca e dos Assuntos Marítimos**

Species of the Mediterranean Sea and the Black Sea = espèces de la mer Méditerranée et de la mer Noire = Arten im Mittelmeer und Schwarzen Meer = espécies do Mediterrâneo e do Mar Negro / European Comission. Directorate-General for Maritime Affairs and Fisheries. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009. – 87 p.: il.; – Conteúdo em 23 línguas da União Europeia.

<http://dx.doi.org/10.2771/57808>

ISBN 9789279098512 KL-30-08-685-D2-C

DOI 10.2771/57808

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

Aeronautics and air transport research: 7th Framework Programme 2007-2013 / Directorate-General for Research; coop. Transport (including aeronautics). – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 325 p.: il.; (Project synopses). – Contém na série: Vol. 1: Calls 2007 & 2008.

<http://dx.doi.org/10.2777/83373>

ISBN 9789279142871 DOI 10.2777/83373 KI-32-09-195-EN-C



**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

Horizontal activities for implementation of the Transport programme: 7<sup>th</sup> Framework Programme 2007-2013 / Directorate-General for Research; coop. Transport (including aeronautics). – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 118 p.: il.; (Project synopses). – Contém: Vol. 1: Calls 2007 & 2008.

<http://dx.doi.org/10.2777/19687>

ISBN 9789279155475

DOI 10.2777/19687 KI-30-10-338-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

Intelligent transport systems: EU-funded research for efficient, clean and safe road transport / European Commission. Directorate-General for Research and Innovation, [Directorate for] Transport. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 28 p.: il.; (Studies and reports). <http://dx.doi.org/10.2777/16313>

ISBN 9789279164019

DOI 10.2777/16313 KI-NA-24504-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

Staying ahead of the wave: towards greener, safer, and more competitive waterborne transportation / European Commission. Directorate-General for Research and Innovation, [Directorate for] Transport. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 51 p.: il.; (Studies and reports).

<http://dx.doi.org/10.2777/21926>

ISBN 9789279165887

DOI 10.2777/21926 KI-NA-24468-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Política Regional**

Cities of tomorrow: challenges, visions, ways forward / European Commission. Directorate-General for Regional Policy. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – ix, 100 p.: il.;

<http://dx.doi.org/10.2776/41803>

ISBN 9789279213076

DOI 10.2776/41803 KN-31-11-289-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente**

Best LIFE environment projects 2010 / European Commission. Directorate-General for the Environment. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 29 p.: il.; (The programme, 1977-2734).

<http://dx.doi.org/10.2779/60618>

ISBN 9789279210860

DOI 10.2779/60618 KH-AJ-11-004-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente**

LIFE among the olives: good practice in improving environmental performance in the olive oil sector / European Commission. Directorate-General for the Environment. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 53 p.: il.; (LIFE Focus, 1725-5619).

<http://dx.doi.org/10.2779/8360>

ISBN 9789279141546

DOI 10.2779/8360 KH-80-09-979-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

Keeping Europe's cities on the move: EU-funded research to ensure urban mobility / European Commission. Directorate-General for Research, Transport. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 38 p.: il.; (Studies and reports). <http://dx.doi.org/10.2777/1740>  
ISBN 9789279164033  
DOI 10.2777/1740 KI-NA-24505-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**

On track to a sustainable future: EU-funded research for a safe and efficient European rail system / European Commission. Directorate-General for Research, Cooperation/Transport (including Aeronautics). – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. - 51 p.: il.; (Studies and reports).

<http://dx.doi.org/10.2777/18114>

ISBN 9789279164088

DOI 10.2777/18114 KI-NA-24507-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Política Regional**

A European urban atlas: mapping land use in the 27 capital cities / European Commission. Directorate-General for Regional Policy, Unit B.1 - Communication, Information, Relations with Third Countries. August 2011. – [Luxembourg: Publications Office of the European Union], 2011. – 48 p.: il.,

<http://dx.doi.org/10.2776/39714>

ISBN 9789279208348

DOI 10.2776/39714 KN-32-11-815-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Agência de Execução para a Competitividade e a Inovação**

Boosting green business / European Commission. Executive Agency for Competitiveness and Innovation. – Luxembourg: Publicatoins Office of the European Union, 2011. – 56 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2826/24245>

ISBN 9789292020873

DOI 10.2826/24245 EA-32-10-489-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Agricultura e do Desenvolvimento Rural**

Good practice guidance on the sustainable mobilisation of wood in Europe: March 2010 / European Commission. Directorate-General for Agriculture and Rural Development. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 75 p.: il.;

<http://dx.doi.org/10.2762/17910>

ISBN 9789279139338

DOI 10.2762/17910 KF-32-09-166-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Pesca e dos Assuntos Marítimos**

Conhecimento do meio marinho 2020; dados e observações sobre o meio marinho com vista a um crescimento sustentável e inteligente: comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: [COM(2010) 461]. Rede Europeia de observação e de dados sobre o meio marinho: avaliação de impacto: resumo: documento de trabalho dos serviços da Comissão: [SEC(2010) 999] / Comissão Europeia. Direcção-Geral dos Assuntos Marítimos e da Pesca. – Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. – 26 p.: il.;

<http://dx.doi.org/10.2771/61997>

ISBN 9789279164590

DOI 10.2771/61997 KL-32-10-391-PT-C



**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente** Buying green!: green public procurement in Europe: a summary / European Commission. Directorate-General for Environment. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 15 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2779/8673>  
ISBN 9789279203008  
DOI 10.2779/8673 KH-32-11-747-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente** Conservation and recovery of threatened birds in the European Union / European Commission. Directorate-General for Environment. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 23 p.: il.; (Natura 2000). <http://dx.doi.org/10.2779/92566>  
ISBN 9789279205019  
DOI 10.2779/92566 KH-31-11-194-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente** Protecção das águas subterrâneas na Europa: a nova directiva da água subterrânea: consolidando o quadro regulamentar da UE / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008. – 34 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2779/89217>  
ISBN 9789279098253  
DOI 10.2779/89217 KH-81-08-380-PT-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente** Seas for life: protected, sustainable, shared european seas by 2020 / European Commission. Directorate-General for Environment. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 31 p.: il.; 21 cm. <http://dx.doi.org/10.2779/18719>  
ISBN 9789279185502  
DOI 10.2779/18719 KH-31-11-249-EN-C

**COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação**, A sea change for ocean management: a European strategy for marine and maritime research / European Commission. Directorate-General for Research, Directorate H - Transport. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009. – 13, [1] p.: il.;– (Brochure). – <http://dx.doi.org/10.2777/51135>  
ISBN 9789279110818  
DOI 10.2777/51135 KI-83-08-120-EN-C

#### **COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat**

Energy, transport and environment indicators / European Commission. Eurostat. – 2007 ed. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007. – 195 p.: il.; (Pocketbooks. Environment and energy, 1725-4566).  
ISBN 9789279070440 KS-DK-07-001-EN-C

#### **COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat**

Energy, transport and environment indicators / European Commission. Eurostat. – 2011 ed. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – 211 p.: il.; (Pocketbooks. Environment and energy, 1725-4566). <http://dx.doi.org/10.2785/17571>  
ISBN 9789279213847  
DOI 10.2785/17571 KS-DK-11-001-EN-C

**CONSTITUTION ET RISQUE(S)**

Constitution et risque(s) / sous la direction de Placide M. Mabaka; préface de Françoise Dekeuwer-Defossez; [postface de Sylvie Jacquot-Barrault]. – Paris: L'Harmattan, cop. 2010. – 356, [2] p.; (Droit, Société et Risque).

ISBN 9782296122697

**CORREIA, Fernando Alves,**

Manual de direito do urbanismo / Fernando Alves Correia. – 4<sup>a</sup> ed. – Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724035710 (Vol. 1)

**COSTS OF INACTION ON KEY ENVIRONMENTAL CHALLENGES**

Costs of inaction on key environmental challenges / Organisation for Economic Co-operation and Development. – Paris: OECD, 2008. - 213 p.: il.;

ISBN 9789264045774

**DIAS, José Eduardo Figueiredo, 1967**

Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental: a questão da legitimidade, em especial / José Eduardo Figueiredo Dias. – Coimbra: [s.n.], 2009. – p. [531]-564; Separata de: Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 85 (2009).

**ECO-SERVICE DEVELOPMENT**

Eco-service development: reinventing supply and demand in the European Union / Siegfried Behrendt...[et al.]. – Sheffield: Greenleaf Publishing, 2003. – 215 p.: il.

ISBN 1874719446

**ENVIRONMENTAL PROTECTION**

Environmental protection: european law and governance / ed. by Joanne Scott. – 1<sup>st</sup> ed. – Oxford; New York: Oxford University Press , 2009. – xxii, 225 p.: il.; (The Collected Courses of the Academy of European Law).

ISBN 9780199565177

**FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María**

Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC / Rosa María Fernández Egea; pról. Javier Díez-Hochleiner. – Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. – 430 p.; ISBN 9788497685719

**FOREIGN AID FOR DEVELOPMENT**

Foreign aid for development: issues, challenges, and the new agenda / ed. George Mavrotas. – New York: Oxford University Press, 2010. – xxvi, 366 p.; (Wider studies in development economics)

ISBN 9780199580934

**GIESTAS, Micaela Marques**

Urbanismo concertado: a contratação no planeamento municipal / Micaela Marques Giestas. – Coimbra: [s.n.], 2010. – 145 f.; 30 cm. – Verso das f. em branco. – Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, Ciências Jurídico-Políticas, área de especialização em Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira.



**GLOBAL CONFERENCE ON ENVIRONMENTAL TAXATION, 9, Singapura, 2008.**

Critical issues in environmental taxation: international and comparative perspectives: Vol. VII / edited by Lin-Heng Lye... [et al.]. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2009. - xlivi, 685 p.: il.; "This volume consists of a selection of the best papers presented at the Eight Global Conference on Environmental Taxation, entitled 'Innovation, Technology and Employment: Impacts of Environmental Fiscal Reform and other Market-Based Instruments', which took place in Munich from 18 to 20 October 2007".

ISBN 9780199577989

**GOVERNANCE AND SUSTAINABILITY**

Governance and sustainability: new challenges for states, companies and civil society / ed. Ulrich Petschow, James Rosenau, Ernst Ulrich von Weizsäcker. - Sheffield: Greenleaf Publishing, 2005. - 245 p.: il.; 24 cm. - Bibliografia: p. 229-230. - Índice: p. [238]-245.

**GUANABARA, Diogo Assis Cardoso**

O problema jurídico da localização de aterros no Brasil: as influências da participação pública e do método da ponderação de interesses na construção de limites ao poder discricionário da administração / Diogo Assis Cardoso Guanabara. - Coimbra: [s.n.], 2010. - 166, 24, [22] f.; - Dissertação de mestrado em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Maria Alexandra de Sousa Aragão.

**GUIMARÃES, Carolina da Silva**

A responsabilidade civil administrativa por actos de gestão urbanística ilegais / Carolina da Silva Guimarães. - Coimbra: [s.n.], 2010. - 126 f.; Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, Ciências Jurídico-Políticas, área de especialização em Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira.

**HANDBOOK OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT**

Handbook of sustainable development / edited by Giles Atkinson, Simon Dietz, Eric Neumayer. - Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, c2007. - xv, 489 p.: il.; (Elgar original reference). ISBN 9781848444720

**INTERGENERATIONAL JUSTICE**

Intergenerational justice / ed. Axel Gosseries and Lukas H. Meyer. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2009. - IX, 418 p.: il.; ISBN 9780199282951

**ITÁLIA. Leis, decretos, etc.**

Codice commentato dei beni culturali e del paesaggio / Donato Antonucci. - 2ª ed. - Napoli: Esse libri, 2009. - 944 p.; + 1 CD-ROM. - (Ambiente e territorio; A21). ISBN 9788851305352

**JORGE, Clarisse Stephan Farhat**

Standards ambientais internacionais: uma análise do comércio internacional entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento / Clarisse Stephan Farhat Jorge. - Coimbra: [s.n.], 2009. - 67, [2] p.; Sep. de "Boletim de Ciências Económicas", 52, 2009.

**KUPFER, Dominik**

Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht / Dominik Kupfer. – Baden-Baden: Nomos, cop. 2005. – 604 p.; (Neue Schriften zur Verwaltungsrechtswissenschaft; 3). – Tese de doutoramento, apresentada à Universidade Freiburg, em 2004. - Bibliografia: p. 547-586. ISBN 3832912363

**LOUKA, Elli**

Water law & policy: governance without frontiers / Elli Louka. – Oxford; New York: Oxford University Press, cop. 2008. – xv, 446 p.: pouco il.;  
ISBN 9780195374131

**MACHADO, Marta Rodrigues de Assis**

Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais / Marta Rodriguez de Assis Machado. – São Paulo: IBCCrim, 2005. – 236, [3] p.; (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; 34). – Orig. dissertação de mestrado na área de Sociologia e Teoria do Direito, apresentada à Universidade de São Paulo em 2003, sob orientação de José Eduardo Campos de Oliveira Faria.

**MARUOTTI, Laura Solidoro**

La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica: l'esperienza del mondo antico / Laura Solidoro Maruotti. – Torino: G. Giappichelli, 2009. – XVII, 158 p.;  
ISBN 9788834896303

**MEDIO AMBIENTE Y PARTICIPACIÓN**

Medio ambiente y participación: una perspectiva desde la psicología ambiental y el derecho / ed. César San Juan Guillén...[et al.]. – Zarautz: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2003. - 203 p.;  
ISBN 8483735482

**MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO**

Mundo em transformação: caminhos para o desenvolvimento sustentável / org. Antonio Cabral, Leonardo Coelho. – Belo Horizonte: Autêntica, 2006. – 230 p.: il.; (Colecção mundo em transformação).  
ISBN 8575261983

**NATO ADVANCED RESEARCH WORKSHOP ON CONTROL AND RISK PREVENTION OF DANGEROUS MATERIALS AND CRISIS MANAGEMENT, Sofia, 2009.**

Dangerous materials: control, risk prevention and crisis management: from new global threats to new global responses: a picture of transition / Alberto Brugnoli. – New York: Springer, 2010. – xl, 165 p.: il.; (NATO Science for Peace and Security Series. C: Environmental Security). ISBN 9789048197316.

**OIE GLOBAL CONFERENCE ON ANIMAL WELFARE: PUTTING THE OIE STANDARDS TO WORK, 2, Cairo (Egipto), 2008.**

2nd OIE Global Conference on Animal Welfare: putting the OIE Standards to work: proceedings: Cairo, 20-22 October 2008 / World Organization for Animal Health. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. – xix, 270 p.: il.; 30 cm. – Inclui referências bibliográficas. – Resumos em inglês, francês e espanhol. <http://dx.doi.org/10.2772/8835>. ISBN 9789279151781

DOI 10.2772/8835 ND-31-09-173-3L-C



**OLIVEIRA, Fernanda Paula,**

A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa / Fernanda Paula Marques de Oliveira. – Coimbra: Almedina, 2011. – 719 p.; Orig. dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernando Alves Correia. ISBN 9789724045658

**OLIVEIRA, Fernanda Paula,**

Novas tendências do direito do urbanismo: de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social: lições / Fernanda Paula Oliveira. – Coimbra: Almedina, 2011. – 131 p.; (Manuais universitários). ISBN 9789724046525

**O'NEILL, John**

Environmental values / John O'Neill, Alan Holland, Andrew Light. – London; New York: Routledge, 2008. – VII, 233 p.; (Routledge Introductions to Environment Series). ISBN 9780415145091

**PORUTGAL. Leis, decretos, etc.**

Regime jurídico da reabilitação urbana: comentado: integra o comentário à proposta de lei nº 24/XII / [coment.] Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes, Cláudia Alves. – Coimbra: Almedina, 2011. – 436 p.; (Legislação anotada).

ISBN 9789724047010

**RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, 1967**

Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal: la administración pública como garante / Pedro Rodríguez López. - 1.<sup>a</sup> ed. - Barcelona: Bosch, 2007. - 417 p.; ISBN 9788497902960

**ROTHWELL, Donald R.**

The international law of the sea / Donald R. Rothwell and Tim Stephens. – Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010. – [xlvi], 500 p.: il.; Contém: "Table of cases": p. [xxxi]-xlv. ISBN 9781841132570

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 1, Rio de Janeiro, 2002.**

Meio ambiente. – Brasília/DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2004. – 394 p.; (Grandes eventos; 1). – Texto em português, inglês, francês e espanhol. – Palestras proferidas nas três edições do Seminário Internacional de Direito Ambiental, promovidas pela Escola Superior do Ministério Público da União. – Vol. 1: I Seminário Internacional Direito Ambiental: Rio +10, 24 a 26 de Abril de 2002, Rio de Janeiro/RJ.

**SILVA, Susana Tavares da,**

Direito da energia / Suzana Tavares da Silva. – 1<sup>a</sup> ed. – Lisboa: Coimbra Editora / Wolters Kluwer 2011. – 245 p.: il.; ISBN 97897232200

**STATES OF THE FOREST 2008**

States of the forest 2008: the forests of the Congo Basin / scientific editors Carlos de Wasseig... [et. al]. – Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. – 411 p.: il.; <http://dx.doi.org/10.2788/32259>  
ISBN 9789279132100 DOI 10.2788/32259 LB-30-09-123-EN-C

**THE EU VETERINARIAN**

The EU Veterinarian: animal health, welfare & veterinary public health developments in Europe since 1957 / by Howard Batho... [et. al]; European Commission. The EU Veterinarian, Directorate-General for Health and Consumer Protection. – Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008. – 189 p.: il.; + 1 CD-ROM.

ISBN 9789279069970 (Livro)

ISBN 9789279069987 (CD-ROM)

**THE FUTURE OF ECO-LABELLING**

The future of eco-labelling: making environmental product information systems effective / ed. Frieder Rubik, Paolo Frankl. – Sheffield: Greenleaf Publishing, 2005. – 357 p.: il.; ISBN 187471987X.

**THE ROLE OF THE JUDICIARY IN ENVIRONMENTAL GOVERNANCE**

The role of the judiciary in environmental governance: comparative perspectives / ed. Louis J. Kotzé, Alexander R. Paterson. – Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009. – 637 p.; (Energy and environmental law & policy series: supranational and comparative aspects; vol. 4).

ISBN 9789041127082

**VELOSO, Abraão Cerqueira**

Conversas ao sol: uma viagem pela biodiversidade / Abraão Veloso; ed. Representação da Comissão Europeia em Portugal, Centro de Informação Europe Direct de Entre Douro e Minho; ilust. Meninos do Jardim de Infância “Miúdos e Pimpolhos”. – Nova ed. – Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. – 23 p.: il.;

<http://dx.doi.org/10.2775/1119>

ISBN 9789279208300

DOI 10.2775/1119 IP-32-11-810-PT-C

**WATER AND FOOD SECURITY IN CENTRAL ASIA**

Water and food security in Central Asia / ed. Chandra A. Madramootoo... [et al.]. – Dordrecht: Springer, 2010. – xi, 210 p.: il.; (NATO science for peace and security series. C: environmental security).

ISBN 9789400701120

**WORLD TRADE FORUM, Berne, 2007**

International trade regulation and the mitigation of climate change: world trade Forum / ed. Thomas Cottier, Olga Nartova, Sadeq Z. Bigdeli. – Cambridge: Cambridge University Press, 2009. – xviii, 437 p.: il.;

ISBN 9780521766197

**YOUNG, Margaret A.,**

Trading fish, saving fish: the interaction between regimes in international law / Margaret A. Young. – Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2011. – xxxiv, 366 p.; (Cambridge studies in international and comparative law).

ISBN 9780521765725



# *RevCEDÖUA*

N.º 30 \_ Ano XV \_ 2. 12

**Próximo número**

**Tema:  
“Transportes: aspectos ambientais,  
urbanísticos e de ordenamento”**

› Doutrina

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Abstracts

› Últimas Aquisições Bibliográficas

## **Recomendações sobre apresentação de textos para publicação na RevCEDOUA**

A RevCEDOUA publica textos originais, jurídicos ou de caráter transdisciplinar, redigidos em língua portuguesa, castelhana, francesa ou inglesa.

As propostas de publicação deverão ser enviadas em formato de texto editável, juntamente com o currículum académico, afiliação institucional e contactos, por correio eletrónico ([cedoua@fd.uc.pt](mailto:cedoua@fd.uc.pt)) ou por correio normal (CEDOUA – Secretariado da RevCEDOUA Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 3000 545 Coimbra, PORTUGAL (Tel: 239 824 958 /239 833 451 ou 239 834 572 Fax: 239 826 481).

Os textos serão apreciados pelo Conselho Coordenador que informará o autor da decisão de publicação ou da sua recusa fundamentada.

O Conselho Coordenador poderá ainda sugerir ao autor a revisão do trabalho como condição de publicação. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos autores.

A extensão dos textos propostos para publicação depende da secção da revista em que se inserem. Embora se aponte uma extensão tendencial, indicada em palavras, são admissíveis variações de cerca de 50% para mais ou para menos em relação aos valores de referência. Excepcionalmente, o Conselho Coordenador poderá autorizar a publicação de textos de maior ou menor extensão.

Doutrina - 7000 palavras.

Jurisprudência - 3000 palavras.

Recensões - 3000 palavras.

Dossier - 3000 palavras.

Os textos da secção de doutrina devem ainda ser acompanhados de um sumário em forma de texto com cerca de 100 palavras, uma lista de cinco palavras-chave e um resumo em inglês (abstract) ou em português (destinado a tradução pelo Conselho Coordenador da Revista) que não exceda 250 palavras.

Os textos para o dossier serão acompanhados de fotos, mapas, quadros ou grafismos com resolução suficiente para permitir a sua publicação.

A publicação na RevCEDOUA dará lugar à oferta de alguns exemplares da revista em que se insere o trabalho apresentado (cinco exemplares, no caso de artigos doutrinais individuais; dois exemplares, no caso de artigos coletivos e dois exemplares, nas restantes secções).

### CUPÃO DE ASSINATURA

Nome											
Morada											
Cód. Postal	-			Localidade							
Telefone						Nº Contribuinte					
Profissão											
Email											

**Assinale com uma cruz a opção desejada:**

Sim, desejo assinar a revista REVCEDOUA durante um ano (2 fasc.), pelo valor de:

	Assinatura	Portes	Total
<input type="checkbox"/> Portugal Continental, Açores e Madeira	24 €	3 €	27 €
<input type="checkbox"/> Europa CE	24 €	8 €	32 €
<input type="checkbox"/> Guiné, Cabo Verde, S. Tomé, Macau, Timor-Leste	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países da CPLP	23 €	12 €	35 €
<input type="checkbox"/> outros países	25 €	12 €	37 €

para o que envio cheque / vale postal n.º \_\_\_\_\_

s/ Banco \_\_\_\_\_

no valor de |\_|\_|\_|\_,|\_|\_| à ordem de: Livraria Almedina

2 Números Avulso €29,32

Assinatura (2 números/ano) €27 (desconto de 7,91%)

com IVA e despesas de envio incluídos

**Aquisição de números anteriores da REVCEDOUA**

Desejo adquirir a assinatura da revista REVCEDOUA (2 números) do(s) ano(s) \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

DATA |\_|\_| - |\_|\_| - |\_|\_|

ASSINATURA

Pode consultar a REVCEDOUA na Internet no endereço: [www.cedoua.fd.uc.pt](http://www.cedoua.fd.uc.pt)

e/ou solicitar mais informações pelo correio eletrónico: [rcedoua@fd.uc.pt](mailto:rcedoua@fd.uc.pt)

CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 Coimbra

Tel. +351. 239 833 451 / 239 834 572 Fax +351. 239 826 481

**VAD - Vendas à Distância** - Armazém Central Almedina - Lote 2

Zona Industrial de Eiras - 3020-265 Coimbra

Tel. 239436268 / Tlm. 916286078

Email: [particulares@almedina.net](mailto:particulares@almedina.net); [lserrano@almedina.net](mailto:lserrano@almedina.net)





## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE **106444** NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

### AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

Nome

Email

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

DATA   -  -

### ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS / SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE <sup>1</sup>	INICIA A MÊS	TERMINA A MÊS
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>
<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>	<hr/>

<sup>1</sup> REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

### PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para:  
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita.
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efetuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)

- Dos pagamentos que vierem a ser efetuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

### INFORMAÇÕES

- Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
  - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
  - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

**Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos eletrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.**

### PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Tel.: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

