

RevCED^{UA}

N.º 9 _ Ano V _ 1. 02

› Doutrina

O Direito das Implantações Comerciais em Portugal
Uma mesma realidade: dois olhares diferentes

Fernando Alves Correia

Dulce Lopes

Loteamentos e Propriedade Horizontal: guerra e paz!

Fernanda Paula Oliveira

Sandra Passinbas

Fontes de Energia Renovável: quadro normativo da produção de electricidade

Suzana Tavares da Silva

Il Mutamento di Destinazione d'Uso degli Immobili

Pasquale Rago

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Summaries

› Últimas Aquisições Bibliográficas

› Índice Ideográfico

9.

RevCEDÖUA

Doutrina

O Direito das Implantações Comerciais em Portugal Uma Mesma Realidade: Dois Olhares Diferentes ¹

Resumo

No presente artigo pretendem os autores fazer uma apreciação do actual regime jurídico aplicável à implantação de unidades comerciais. Este regime, para além de dever ter em devida conta os interesses urbanísticos, económicos e sociais que animam esta problemática, desdobra-se em vários níveis de regulamentação, nem sempre totalmente congruentes entre si.

É partindo desta “moldura” normativa multipolar, objecto de uma análise crítica por parte dos autores, que se formulam algumas propostas que visam contribuir para a criação de uma verdadeira “política de urbanismo comercial”.

1. O Urbanismo Comercial

A questão da regulamentação do comércio ou, numa terminologia cada vez mais comum, da distribuição², enquanto imprescindível função humana e urbana, tem sido objecto de uma associação, cada vez mais vinculada, com o direito do urbanismo e, em especial, com a política de renovação urbana. De facto, para além de o comércio ter sido um elemento determinante na fundação de várias cidades, estas vivem, cada vez com maior intensidade, do dinamismo comercial e, em geral, da terciarização da sociedade. No entanto, o inverso, — i.e., a existência de comércio fora das cidades, apesar de menos frequente, não é impossível. Pense-se, por exemplo, no comércio ambulante ou implantado em zonas rurais e em grandes empreendimentos afastados dos núcleos urbanos, como aeroportos ou empreendimentos turísticos, bem como na expansão das novas formas de desmaterialização do comércio, como as vendas ao domicílio e as vendas por correspondência, reguladas no Decreto-Lei n.º 272/87, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 243/95, de 13 de Setembro.

Esta imbricação não nos pode fazer esquecer, porém, as múltiplas vertentes que o direito das actividades comerciais, fortemente influenciado por um imperativo de regulação da concorrência, reveste. Isto porque, muito embora o princípio base em matéria comercial não deixe de ser o da liberdade de iniciativa económica privada e empresarial — que aponta, por seu turno, no sentido de uma progressiva liberalização, traduzida na eliminação de barreiras, sobretudo de entrada no mercado, que, normalmente, se ligavam a vínculos e práticas de natureza corporativa —, uma actuação reguladora impõe-se, por forma a evitar que ocorram comportamentos concorrenciais desleais e para que se actue em prol da satisfação dos interesses dos consumidores. Invocamos, neste sentido, tão-só, para além dos tipos de regulamentação que se aplicam a todas as actividades comerciais, aqueles que se referem a domínios comerciais específicos, quer tendo em conta a natureza das actividades em causa, a sua dimensão e localização, quer tomando em consideração as qualidades subjectivas que o seu titular deve revestir.

No entanto, nesta sede, só nos debruçaremos sobre o *urbanismo comercial*, ou seja, sobre as dimensões da política comercial que têm uma marcada incidência urbana ou, em sentido inverso, sobre os institutos de direito do urbanismo que conformam, de forma específica, a actividade comercial. Tendo por base estes mesmos pressupostos, uma tentativa de definição, ainda que necessariamente ampla, de *urbanismo comercial* pode ser encontrada em Carlos Balsas, que o encara como a disciplina que “visa o planeamento urbano das áreas comerciais e dos seus respectivos estabelecimentos”³.

Todavia, talvez pela indeterminação de objecto que comporta, esta noção não tem sido utilizada, entre nós, de forma recorrente a nível legislativo. Assim, não existe qualquer texto que enquadre expressamente as questões de *urbanismo comercial* num conjunto mais amplo de preocupações, já que o diploma legal que procedia a esse enquadramento, determinando que a existência de equipamentos comerciais devia respeitar os “con-dicionamentos de urbanismo comercial existentes nos planos de urbanização aprovados para a localidade em que se situem” (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 419/83, de 29 de Novembro), foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 32/85, de 28 de Janeiro, sem que essa menção se tivesse mantido. A designação foi, no entanto, “recuperada” com o Programa de Apoio à Modernização do Comércio (PROCOM), ao abrigo do qual foram aprovados diversos projectos *especiais de urbanismo comercial* — ainda que o Decreto-Lei n.º 184/94, de 1 de Julho, que criou este programa, apenas se referisse, nos seus artigos 25.º e seguintes, ao financiamento de “projectos especiais” —, e inscrita expressamente no actual Sistema de Incentivos a Projectos de Urbanismo Comercial (URBCOM), regulado pela Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio, alterada pela Portaria n.º 113-A/2002, de 7 de Fevereiro.

Apesar da escassez de dados expressos, não podemos, contudo, deixar de recorrer a outros elementos normativos que enformam esta política e que nos permitem precisar a sua natureza e amplitude. De um ponto de vista teleológico, então, o *urbanismo comercial*, ou direito das implantações comerciais, encontra-se na confluência de duas ordens de preocupações: a necessidade de asseguramento de um adequado ordenamento do território, no sentido da inserção harmoniosa dos equipamentos no tecido urbano, e o ensejo de desenvolvimento de uma estrutura comercial equilibrada e diversificada.

Assim sendo, se a sua dimensão enquanto forma de “polícia” económica tem sido uma constante, é consensual que ela não pode ser dissociada da procura de um adequado ordenamento do território, na medida em que a desconsideração do aspecto da localização das actividades comerciais pode causar desequilíbrios no tecido urbano e na própria estrutura comercial, assim como prejudicar os objectivos de fomento do comércio. Estas duas vertentes encontram-se, portanto, intimamente ligadas, na medida em que “uma metodologia integrada de revitalização comercial pode constituir um importante instrumento de política económica para o desenvolvimento local e deve ser entendida como um elemento de política urbana capaz de inverter o ciclo de abandono e desvalorização das áreas centrais dos centros urbanos das cidades”⁴.

Em suma, visa-se, por intermédio dos ditames inseridos no âmbito do direito das implantações comerciais, encontrar um ponto de equilíbrio, ainda que necessariamente instável, entre os imperativos do ordenamento e as exigências do desenvolvimento.

No entanto, não se deve esquecer que o sucesso de uma política de *urbanismo comercial* não depende, somente, da localização e implantação física dos estabelecimentos comerciais. Cada vez mais, em face das novas solicitações dos consumidores e das novas tendências comerciais, a abordagem desta política tem de ser global, aliando, como veremos, a uma vertente mais arraigadamente urbanística, a consideração da adequação das acessibilidades e do estacionamento, o cuidado com o aspecto dos espaços exteriores, a dinamização cultural e social desses espaços e a ponderação de imperativos de equidade social. Neste sentido, a designada matriz dos “4 As” apresenta como domínios de intervenção de uma

coerente revitalização comercial (em especial dos centros das cidades) a acessibilidade, a atracção, a animação e a acção⁵, considerando imprescindível a articulação de todos estes vectores para a consecução dos objectivos de *urbanismo comercial* propostos.

2. Instrumentos de Urbanismo Comercial

São várias as figuras jurídicas que pretendem, ainda que de forma parcelar, dar resposta à questão da implantação dos estabelecimentos comerciais, configurando, portanto, verdadeiros instrumentos da política de *urbanismo comercial*. Enrique Gómez-Reino y Carnota divide-as em três categorias: os planos e outras actuações urbanísticas específicas; os planos comerciais; e as autorizações administrativas e demais instrumentos de regulação da concorrência⁶.

Os diversos ordenamentos jurídicos europeus, confrontados com a importância da matéria em apreço, têm-se comprometido na procura de uma solução satisfatória dos problemas levantados pelo *urbanismo comercial*. No entanto, as respostas encontradas não têm sido unívocas. Em Portugal, podemos nos deparar com estes três níveis de regulamentação. Falta, no entanto, a coerência e articulação entre eles para que se possa, verdadeiramente, falar de um complexo jurídico referido ao *urbanismo comercial*, ainda que de *iure condendo* se façam propostas nesse sentido.

Traçaremos, de seguida e num primeiro momento, uma breve resenha dos instrumentos normativos mais impressionantes que têm vindo a ser adoptados em alguns países europeus, para depois nos debruçarmos, mais detidamente, sobre o quadro normativo vigente em Portugal.

2.1. Panorama Europeu

2.1.1. França

No direito francês, muito embora já em data anterior se fizessem sentir algumas preocupações ligadas ao *urbanismo comercial*, em especial a protecção do pequeno comércio contra a proliferação desordenada de grandes superfícies, e tivessem sido ensaiadas algumas respostas parcelares, foi com a Lei n.º 73-1193, de 27 de Dezembro de 1973, conhecida por “Lei Royer”, que esta matéria mereceu uma regulamentação coerente. Por seu intermédio, sujeitou-se a implantação de grandes superfícies comerciais — de início consideradas as que tivessem superfície de venda superior a 1.500 m² ou 1.000 m², consoante o município tivesse mais ou menos de 40.000 habitantes —, a um procedimento de autorização comercial prévio à outorga da licença de construção. Esta lei foi objecto de várias alterações que, de forma reactiva, pretenderam solucionar alguns problemas que a sua aplicação prática foi colocando. Em 1990, a “Lei Doubin” (Lei 90-1260, de 31 de Dezembro) introduziu o conceito de conjunto comercial, de modo a evitar que, por intermédio de operações de loteamento comercial, se defraudasse a exigência de autorização prévia, assente, até então, no conceito de unidade comercial. Editada em 29 de Janeiro de 1993, a “Lei Sapin” visou, por seu turno, reagir contra o ambiente de corrupção e tráfico de influências que tinham como foco a implantação de um estabelecimento comercial. Para tanto, entre outras prescrições, determinou a alteração da composição das entidades responsáveis pela emissão das autorizações — no sentido da diminuição do número dos seus membros de vinte para sete, ainda que a fatia proporcional dos eleitos locais tivesse aumentado — e previu que a apreciação dos recursos das decisões por elas tomadas fosse feita, já não pelo Ministro do Comércio, mas por uma autoridade administrativa independente — a Comissão Nacional do Equipamento Comercial⁷ —, que antes só dispunha de poderes consultivos.

Por fim, a Lei n.º 96-603, de 5 de Julho de 1996, veio proceder a uma revisão quase integral das disposições de *urbanismo comercial*, após o decurso de um período de congelamento de atribuição das autorizações, introduzido pela Lei n.º 96-314, de 12 de Abril do mesmo ano.

Com esta lei passam, em geral, a estar submetidas a autorização prévia a instalação, extensão ou reutilização de conjuntos comerciais cuja superfície de venda exceda 300 m². Todavia, a modificação de sector de actividade está sujeita a limites menos apertados, na medida em que a autorização só se torna exigível se o estabelecimento dispuser de uma superfície de venda superior a 2.000 m², ou 300 m² se a nova actividade for predominantemente alimentar. Esta lei abrange, igualmente, os equipamentos cinematográficos que prevejam mais de 1500 lugares, ou mais de 2000 se funcionarem há menos de 5 anos, e os estabelecimentos hoteleiros que tiverem uma capacidade superior a 30 quartos fora da Ilha de França e 50 quartos dentro dela. Admite, porém, em sentido inverso, a dispensa (rectius, isenção) da obrigação de obtenção de uma autorização prévia para certo tipo de estabelecimentos comerciais, como sucede com as farmácias, qualquer que seja a sua dimensão.

Este alargamento do âmbito de aplicação da autorização comercial demonstra, claramente, uma forte tendência de protecção do comércio tradicional, chegando a falar-se, na doutrina francesa, de “discriminação positiva” a favor desta forma de comércio⁸. De facto, a intenção de abaixamento dos limites quantitativos das superfícies de venda foi, claramente, a de sujeitar à autorização prévia a implantação de supermercados de “hard-discount”, que, na sua grande maioria, por margens mínimas, não chegavam a estar submetidos a esse procedimento. No entanto, para que estas novas exigências não representem dificuldades acrescidas à renovação dos centros das cidades, estabeleceu-se que não serão aplicáveis a conjuntos comerciais de mais de 300 m², desde que estes se encontrem inseridos numa “zone d’aménagement concerté crée dans un centre urbain” (ZAC).

A autorização continua a ser emanada pela Comissão Departamental de Equipamento Comercial, mas esta entidade passa a ter agora uma composição mais equilibrada, ao incluir três representantes de entidades públicas locais e três representantes de entidades privadas de cariz socioprofissional, sendo eles o presidente da câmara de comércio e indústria, o presidente da câmara do artesanato e um representante das associações de consumidores do departamento. Esta lei procedeu, igualmente, a uma redefinição dos princípios que presidem ao *urbanismo comercial* e que passam, agora, a ser de múltipla índole, indo desde o contributo para o aumento do nível de emprego⁹, ao respeito pelas exigências do ordenamento do território, da protecção do ambiente e da qualidade do urbanismo, ao reequilíbrio dos aglomerados urbanos e à garantia da qualidade e da modernização dos equipamentos comerciais, aos princípios tradicionais que se referem às condições de exercício da concorrência e ao impacte previsível do projecto sobre o aparelho comercial existente e sobre o que seria desejável¹⁰.

Quanto à planificação comercial propriamente dita, pode dizer-se que a sua previsão surgiu tardiamente no ordenamento jurídico francês. Foi só por intermédio da Lei de 5 de Julho de 1996, que se previu a aprovação de um Programa Nacional de Desenvolvimento e de Modernização das Actividades Comerciais, de iniciativa governamental, que fixaria grandes directivas que deveriam ser aplicáveis, com um mínimo de uniformidade, a todo o território nacional, e de Esquemas Locais de Desenvolvimento Comercial que adaptariam esses grandes princípios às especificidades locais¹¹. No entanto, no relatório final apresentado em 1998 sobre a posterior regulamentação destes últimos, foram inscritas propostas dificilmente conciliáveis quanto ao modo de se conceber o modelo e natureza jurídica destes planos. Apenas agora, após a aprovação da Lei Solidariedade e Renovação Urbana, datada de 13 de Dezembro de 2000, se começam a dar novos passos na determinação do seu conteúdo previsional.

Todavia, no domínio da planificação urbanística, já a Lei “Doubin” havia acrescentado, no artigo L. 123-1 do Código do Urbanismo, a possibilidade de os então Planos de Ocupação do Solo (POS), além de delimitarem zonas agrícolas e industriais, procederem à definição de zonas onde se poderiam implantar os equipamentos comerciais sujeitos ao regime de autorização prévia. Com a Lei Solidariedade e Renovação Urbana, a linha divisória entre planificação urbanística e comercial deixou de se fazer de forma tão clara, na medida em que se previu a elaboração de Esquemas de Coerência Territorial, que entram, com alguma precisão, na definição dos objectivos sectoriais relativos aos equipamentos comerciais e à sua localização preferencial. Além disso, os Esquemas Locais de Desenvolvimento Comercial devem ser compatíveis com aqueles e as autorizações prévias de cariz comercial devem, de igual modo, respeitar as suas prescrições.

2.1.2. Alemanha

O direito alemão, por seu turno, faz assentar a implantação de estabelecimentos comerciais na necessidade de uma correcta planificação urbanística do território. Não é de admirar, portanto, que os diplomas centrais a este propósito sejam a Lei do Ordenamento do Território alemã (“Raumordnungsgesetz”), que, enquanto lei-quadro, enuncia os princípios que devem presidir à sua correcta localização, e que serão objecto de complemento por parte dos Estados Federados (“Länder”), e o Código de Urbanismo Federal (“Baugesetzbuch des Bundes”), que prevê, de forma muito concreta, as condições para a instalação dos equipamentos comerciais, aplicáveis a todo o território alemão. A título complementar, o Decreto federal relativo à utilização dos solos de 23 de Janeiro de 1990 (“Baunutzungsverordnung”) fixa as categorias de zonas que os Municípios podem inscrever nos seus planos e onde é possível a implantação de equipamentos comerciais. São elas as zonas mistas, afectas à habitação e ao comércio, as zonas centrais, onde se prevê a implantação de comércio e serviços administrativos, as zonas de atribuição especial e as zonas artesanais e comerciais. No que se refere às grandes superfícies comerciais, este decreto prevê que elas só possam ser instaladas nas zonas centrais (“Kerngebiet”) ou em zonas de atribuição especial (“Sondergebiet”).

A nível regulamentar, merecem especial referência os Planos de Urbanização (“Bebauungsplan”), da competência dos Municípios, que procedem, de forma vinculativa, à afectação do solo através da classificação dos usos passíveis de neles serem inscritos, em concordância com os imperativos de ordenamento urbano definidos a nível nacional e regional.

Desta forma, um pedido de licenciamento (“die Konkrete Baugenehmigung”) — que é sempre único, pois o princípio da concentração, vigente no ordenamento jurídico alemão, leva a que todas as questões de direito público sejam decididas no mesmo título jurídico —, de um equipamento comercial apenas pode ser deferido se a localização pretendida se inserir numa zona que permita essa afectação. No entanto, para que se consiga este intuito, da apreciação do projecto terá de resultar que a sua aprovação tem efeitos positivos sobre a população, na medida em que responde às necessidades dos consumidores, que exerce efeitos semelhantes sobre a estrutura da zona envolvente, desde logo a nível de qualidade arquitectónica, acessibilidade e estacionamento, e que não obsta à garantia de uma concorrência leal, no quadro de uma economia de mercado liberal e social¹².

2.1.3. Itália

No direito italiano, foi com a Lei n.º 426, de 11 de Junho de 1971 — a Lei-Quadro do Comércio —, que se estatuiu um sistema integral de regulação da implantação de estabelecimentos comerciais. Esta lei estipulava que todas as autarquias deviam elaborar

um Plano de Desenvolvimento e Adequação Municipal, que, considerando os planos urbanísticos existentes e os planos comerciais de âmbito regional, racionalizasse a implantação e a evolução da rede de comércio e assegurasse a satisfação dos interesses dos consumidores. Encontrava-se bem patente, assim, uma relação de articulação que funcionava bi-direccionalmente entre o planeamento urbanístico e o planeamento comercial. O primeiro incorporava alguns critérios, mais ou menos densos, que iriam modelar a resposta à questão da localização dos equipamentos comerciais, enquanto o segundo devia tomar em consideração, *rectius*, adequar-se aos planos urbanísticos pré-existentes ou aprovados em data posterior. Neste quadro normativo, a autorização de abertura de novos estabelecimentos, bem como a sua ampliação ou modificação deviam conter-se dentro dos limites definidos nos planos comerciais e nos planos urbanísticos em vigor para a área.

Contudo, este modelo, considerado por alguns como um modelo de “planeamento integral”, na medida em que articulava, com coerência, os vários instrumentos de urbanismo comercial enunciados¹³, foi substancialmente alterado pelo Decreto Legislativo n.º 114/1998, de 31 de Março. A reforma do comércio operada por este instrumento normativo foi pensada no sentido de uma maior liberalização do sector, por forma a salvaguardar a liberdade de empresa e prover à eliminação de barreiras de tipo corporativista que ainda subsistiam, bem como a dar um impulso de desenvolvimento e modernização ao comércio italiano.

Para tanto, extinguiu-se a figura dos planos comerciais, deixando de existir uma disciplina normativa de tipo sectorial que impunha limitações, no plano regulamentar, ao acesso ao mercado. A intervenção sobre a rede ou sistema distributivo passa a ser feita, agora, tão-só através da planificação urbanística e dos critérios e princípios que devem presidir à mesma. A este nível, devem ser definidos os usos do território e os critérios de compatibilidade territorial, de modo a que se proceda a uma regulamentação urbanística equilibrada do território globalmente considerado (centros históricos, zonas periurbanas e zonas pouco atractivas do ponto de vista comercial). Tendo por base esta nova moldura normativa, as Regiões têm vindo a definir com alguma precisão o quadro de referência urbana e comercial e nos planos urbanísticos têm vindo a ser fixados o número, tipologia e localização admissíveis dos equipamentos comerciais, importando para este domínio considerações que antes lhe eram alheias. Desta forma, “l’étroite corrélation entre les deux domaines se manifeste aussi dans un cadre normatif plus général, qui touche à une notion d’urbanisme plus vaste, étendue à toutes intérêts qui, d’une façon ou d’une autre, jouent un rôle dans l’administration du territoire”¹⁴.

O regime das autorizações também sofreu alterações significativas, havendo, actualmente, três possibilidades de desfecho de uma pretensão de instalação de um estabelecimento comercial. Tratando-se de um pequeno ponto de venda (“esercizio di vicinato”) — com uma área inferior ou igual a 150 m² em Municípios (“Comunas”) com menos de 10.000 habitantes, ou a 250 m² nos restantes casos —, deixa de ser exigida a autorização, apenas se tendo de respeitar a destinação prevista nos planos urbanísticos, controlada por intermédio de um procedimento de comunicação prévia. Quanto aos pontos de venda médios — inferiores a 1.500 ou 2.500 m², verificados os pressupostos atrás assinalados —, a responsabilidade pela concessão da autorização cabe aos Municípios, mas excedendo-se esses valores e tratando-se, portanto, de um ponto de venda grande que se presume ter um impacto supra-local, a concessão da autorização depende da “Conferenza di Servizio”, que representa um processo de concertação pública entre Regiões, Províncias e Municípios. A questão que se coloca, actualmente, nesta sede, prende-se com os critérios de decisão que podem ser mobilizados para a outorga ou denegação de uma autorização comercial. Questiona-se se esta autorização deve ter em consideração razões de ordem urbanística ou se elas se encontram excluídas do seu âmbito normativo, o que demonstra a “falácia”, num sistema que pretende integrar, de forma unitária, regulamentação urbanística e comercial, da

manutenção da exigência de duas autorizações, uma de cariz urbanístico e outra de cariz comercial¹⁵.

2.1.4. *Espanha*

No ordenamento jurídico espanhol, tal como no nosso, a regulamentação das questões de urbanismo comercial iniciou-se tardiamente, tendo-se, porém, as Comunidades Autónomas antecipado na aprovação de Leis de Comércio Interior¹⁶, relativamente à primeira disciplina jurídica estatal que data de 1996 (Lei n.º 7/1996, de 15 de Janeiro, designada Lei de Organização do Comércio Minorista).

Esta lei estabeleceu alguns preceitos, aplicáveis a todo o território espanhol, que “ratificaram” a exigência de uma licença comercial para a instalação ou modificação de grandes estabelecimentos comerciais, da responsabilidade das Comunidades Autónomas, e que acresce à tradicional licença urbanística. Os objectivos desta formalidade suplementar prendem-se com a protecção e manutenção do comércio tradicional, num ambiente de desenvolvimento equilibrado do comércio, e com o ensejo de evitar a descaracterização do tecido social e urbanístico dos centros urbanos, em virtude da constante atracção exercida pelos subúrbios¹⁷.

Para efeitos desta lei, são considerados grandes estabelecimentos comerciais os estabelecimentos que disponham de uma superfície útil para a exposição e venda ao público superior a 2.500 m². Todavia, este é um valor que pode ser modelado pelas Comunidades Autónomas, de acordo com a sua própria estrutura comercial, mas apenas no sentido da inscrição de limites quantitativos inferiores a este, enunciado em termos mínimos e residuais.

Os critérios que permitem atribuir ou negar a concessão de uma licença comercial atêm-se, segundo a legislação nacional, à existência, na zona em apreço, de equipamentos comerciais adequados — existência essa aferida na óptica dos consumidores —, bem como ao impacte que a implantação do novo estabelecimento comercial pode exercer sobre a estrutura comercial daquela, em especial o seu contributo para a livre concorrência e os efeitos negativos que comporta para o pequeno comércio da área. No entanto, as Comunidades Autónomas podem formular novos critérios que excedam este mínimo comum, o que permite a criação de regimes jurídicos mais ou menos permissivos e a existência, a este nível, de zonas do território espanhol que se revelam mais ou menos atractivas para a implantação de grandes superfícies comerciais.

A lei em causa prevê, ainda, que no procedimento de outorga da licença comercial se inscreva um parecer obrigatório, mas não vinculativo, do Tribunal de Defesa da Concorrência e permite que os regimes jurídicos autonómicos criem Comissões Territoriais de Equipamento Comercial, de composição plural, que emitam parecer, que tanto poderá revestir natureza vinculante, como não vinculante, sobre a instalação e modificação dos grandes estabelecimentos comerciais.

2.2. **Regulamentação Nacional**

2.2.1. *Planeamento Urbanístico e Planeamento Comercial*

Quanto aos instrumentos que, entre nós, podem ser mobilizados numa perspectiva de *urbanismo comercial*, um papel de relevo tem de ser reconhecido à *planificação urbanística*, em especial aos Planos Municipais de Ordenamento do Território, que se ocupam da definição do regime de uso do solo, através da qualificação e classificação do mesmo, devendo definir, para tanto, “critérios de localização e distribuição das actividades industriais, turísticas, comerciais e de serviços” [artigo 70.º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro]¹⁸. Em especial, o conteúdo material dos Planos Directores Municipais

integra a identificação das áreas e a definição de estratégias de localização, distribuição e desenvolvimento das actividades comerciais, como decorre do artigo 85.º, alínea f), do diploma citado. Por seu turno, aos Planos de Urbanização incumbe a definição do zonamento para localização das diversas funções urbanas, entre elas as comerciais, de acordo com o disposto no artigo 88.º, alínea c), do mesmo diploma legal.

Contudo, no que respeita à questão da localização dos equipamentos comerciais, a classificação de uma área como tendo uma afectação comercial tem sido, na prática, pouco utilizada nestes instrumentos de gestão territorial¹⁹, sendo estas implantações incluídas em zonas residenciais, mistas ou em zonas industriais, carecendo, por isso, de um tratamento que atenda às especificidades que lhes são inerentes. Segundo Margarida Pereira, embora alguns autores “tenham chamado a atenção para a premência dos instrumentos de ordenamento encararem o uso comercial de outro modo, a análise dos instrumentos recentes de planeamento mostra que pouco mudou nesta matéria, sendo comum o uso comercial estar omissos nas orientações e regulamentos dos planos”.

Ora, ainda que se reconheça que o zonamento não se deve restringir à demarcação de zonas rígidas e estanques, mas a espaços de integração²⁰, como as tradicionais “zonas de habitação, comércio e serviços” ou as recentes “áreas de localização empresarial” – áreas estas que, nos termos do Decreto-Lei n.º 46/2001, de 10 de Fevereiro, se referem a uma zona territorialmente delimitada e licenciada, administrada por uma sociedade gestora, para a instalação, em primeira linha, de determinado tipo de actividades industriais, podem ainda integrar actividades comerciais e de serviços —, não se deve deixar de atender às particularidades que a implantação de um estabelecimento comercial, quantas vezes pela dimensão e multiplicidade de interesses que convoca, pode introduzir na modelação do regime jurídico aplicável a esses espaços.

Além disso, nota-se a necessidade crescente de enquadramento das várias solicitações particulares de licenciamento ou autorização de edificação de estabelecimentos de comércio num contexto mais alargado, *i.e.*, da consideração do comércio como um vector da planificação urbana, por forma a evitar soluções casuísticas e promotoras de crescentes desequilíbrios urbanos. Só desta forma, tendo em conta o figurino dos Planos Municipais de Ordenamento do Território, se pode operar uma consequente consideração do espaço urbano, em especial da zona consolidada e da periferia, por forma a reduzir as assimetrias existentes na distribuição do tecido comercial e promover a sua adequada inserção urbana²¹.

Todavia, há quem defenda que a inclusão do uso comercial nestes instrumentos de planeamento, apesar de fundamental, é insuficiente, “já que a dinâmica do sector nem sempre se ajusta ao carácter regulamentar e mais estático dos instrumentos de planeamento físico”²². Apesar de sermos receptivos à necessidade de consideração de outras perspectivas de inserção da actividade comercial na *urbe*, não somos críticos, a este ponto, dos instrumentos de *planificação urbanística*. De facto eles não são, nem podem ser, no seu modelo actual, considerados planos de desenvolvimento económico. Como bem nota Alonso Teixidor, eles não definem actividades possíveis — noção esta, segundo o autor, ligada a aspectos funcionais de um processo de carácter técnico-económico —, mas usos permitidos — enquanto capacidade que se confere a um espaço para receber um conjunto de actividades —, num território delimitado, o que implica que a resolução desta questão seja feita de forma flexível “para no yugular la riqueza de la dinámica de las actividades urbanas, cuya posibilidad de desarrollo y modificación es muy superior a la capacidad del planificador para anticiparlo, y por tanto, por regularlo «ex ante» de forma rigurosa”²³. A questão que se coloca, portanto, prende-se com a natureza e função própria dos *planos urbanísticos*, por forma a saber até que ponto ou em que medida é que podem, *ou melhor* devem, prover à regulação do comércio, através da consideração de aspectos atinentes à

actividade comercial na regulamentação do uso do solo. A esta mesma problemática pretendeu Pérez Fernández dar uma resposta plausível, ainda que necessariamente indeterminada. Assim, o *planeamento urbanístico* que incida sobre esta matéria deve, para este autor, responder a um interesse público de cariz urbanístico, devendo as restrições ou proibições de uso do solo por ele introduzidas ser proporcionais ao interesse prosseguido²⁴.

Se nos centrarmos, porém, na exigência de motivos que relevem do ponto de vista urbanístico e, portanto, tentarmos traçar, desta forma, uma linha divisória entre a esfera do direito do urbanismo e a esfera comercial, a tarefa não se revela fácil. Assim, os planos de que ora curamos podem sempre definir a localização de um estabelecimento e a sua dimensão, mínima e máxima, ou, se o plano for mais concreto, a sua precisa configuração. Todavia, essa escolha apenas é legítima se se basear numa opção de crescimento do núcleo urbano num determinado sentido ou, ao invés, de refreamento dessa expansão e renovação do edificado, ou, ainda, na (in)existência ou (in)suficiência de infra-estruturas e equipamentos públicos e privados, incluindo acessos e áreas de estacionamento, para fazer face às exigências comerciais. Ao invés, essa definição já resulta infundada se se basear em objectivos de defesa da concorrência ou de manutenção de actividades e formas de comércio tradicionais, com toda a indeterminação que estas noções comportam.

Assim se vê que, das restrições colocadas à elaboração e conteúdo destes planos e para se conseguir uma regulamentação integral da questão da implantação destes estabelecimentos, promana, a necessidade de uma planificação de tipo comercial que dê resposta, agora sim, aos objectivos da política comercial que se pretendem ver espelhados na organização do território. Pérez Fernández elenca as três ordens de objectivos que, a seu ver, devem presidir a toda a planificação comercial: objectivos económico-comerciais, que se desdobram na consecução de um nível de equipamento comercial adequado para satisfazer as necessidades, presentes e futuras, dos consumidores e no equilíbrio entre as diversas formas de distribuição comercial²⁵; objectivos espaciais e territoriais que se prendem com uma distribuição racional e equilibrada dos vários tipos de equipamento comercial; e objectivos sociais que se analisam na prossecução de um elevado nível de emprego e de competitividade da economia, bem como na promoção da animação e da qualidade de vida.

A destrinça da linha de fronteira entre estes dois tipos de regulamentação continua, no entanto, a ser algo indefinida, na medida em que há objectivos que são marcadamente comuns ou complementares entre si. Neste sentido, a Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, define como objectivos destas disciplinas a melhoria das condições de vida e de trabalho das populações, a criação de oportunidades diversificadas de emprego e a distribuição territorial equilibrada das várias funções humanas. Para obviar a esta coincidência parcial de âmbito normativo, há quem sustente que a planificação comercial apenas pode ser vista como “una pianificazione meramente quantitativa (seppur per zone) che stabilisce il plafond di superfici ammesse distinte per settori merceologici, senza indicare né la loro sede, né il numero degli esercizi”, portanto, sem integrar objectivos de índole espacial²⁶.

Nesta senda, é proposta, entre nós, complementarmente à planificação urbanística, uma planificação de tipo comercial, que se analisa numa *perspectiva estratégica e prospectiva* para a actividade comercial do aglomerado urbano.

Resta, porém, saber quais os instrumentos jurídicos idóneos para proceder a essa tarefa de ponderação de interesses e de criação de sinergias, que se adivinha, desde logo, bastante trabalhosa. Esta indagação é necessária na medida em que, identificando o planeamento estratégico com uma “espécie de exercício interactivo *on line* onde a questão da exequibilidade das soluções assume um papel central”, os seus preconizadores não deixam de reconhecer que a eficácia social das soluções não se pode substituir, em toda a linha, “a um verdadeiro processo de participação e de legitimação social dos planos e das intervenções”²⁷.

Ora, tendo por base o Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, a figura que melhor responde aos apontados objectivos da *planificação comercial* é a dos Planos Sectoriais, que, nos termos dos artigos 35.º e seguintes do mesmo diploma, designam os instrumentos de gestão territorial que visam programar e concretizar as diversas políticas com incidência territorial. Um dos cenários de desenvolvimento possível é, precisamente, o do sector do comércio, na exacta medida em que ele se assuma como uma atribuição da Administração central, já que se trata de planos de responsabilidade governamental, aprovados por Resolução do Conselho de Ministros.

Como veremos na exposição que se segue, é da responsabilidade do Ministro da Economia, portanto de um órgão da Administração central directa, a autorização de implantação de *unidades comerciais de dimensão relevante*. Nesta medida, afigura-se como desejável a inscrição, em Planos Sectoriais, dos principais critérios que, em todo o território nacional ou em partes do mesmo, presidem à concessão dessas autorizações. Seria esta a forma idónea de limitar, através da definição de grandes balizas qualitativas e/ou quantitativas, a ampla discricionariedade que se reconhece ao Ministro da Economia no decurso do procedimento de autorização, bem como, simultaneamente, de inscrever opções que deveriam ser respeitadas aquando da elaboração dos Planos Municipais de Ordenamento do Território.

Estes instrumentos podem não ser, no entanto, sobretudo nos casos em que intervenham pequenas e médias unidades de distribuição, os mais operativos, pois, pela escala e pela autoria, muito facilmente se revelarão inadequados quando deparados com as solicitações concretas e territorialmente delimitadas. Há quem defenda, por isso, a elaboração, a nível local, de cartas de ordenamento da actividade comercial em todo o território nacional, como sucede já de forma pioneira em Lisboa. Estas cartas, muito embora possam vir a configurar documentos de grande utilidade — na medida em que visam orientar, no sentido nelas inscrito, as iniciativas dos actores do urbanismo comercial —, encontrar-se-ão, no actual desenho do nosso quadro normativo, desprovidas de carácter vinculativo.

Solução diferente seria indefensável, pela ausência de tipificação legal destes instrumentos de planeamento e pelas limitações que decorrem, em matéria comercial, para as atribuições das autarquias locais, já que a Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, lhes veda qualquer intervenção no domínio comercial, o que em certa medida se explica pela incidência espacial de alguns estabelecimentos comerciais — precisamente aqueles cuja implantação levanta mais questões jurídicas — exceder, com facilidade, a área administrativamente retalhada de um só município, bulindo, portanto, com interesses manifestamente supra-locais.

Este argumento necessita, porém, de ser temperado pela constatação de que outras políticas que interessam à dinamização do comércio e à sua adequada localização dependem de uma actuação local. Mencionamos, ainda que sem ser a título exaustivo, as atribuições das autarquias locais relativas ao ordenamento do território e urbanismo, à habitação, ao ambiente, aos transportes, à promoção do desenvolvimento, ao património e cultura, à defesa dos consumidores e à polícia municipal²⁸.

A nível de regime proposto, tem-se entendido que estas cartas de ordenamento da actividade comercial devem ter como grandes objectivos a estruturação da actividade comercial, por forma a assegurar a representatividade e o equilíbrio entre as diferentes formas de comércio e espaços comerciais, e o asseguramento de um bom funcionamento do espaço urbano e de condições de abastecimento adequadas para todos os consumidores, devendo, igualmente, servir como um documento prospectivo que contenha as balizas de uma reflexão permanente sobre as mudanças que se vão operando no sector e no espaço urbano de referência. Para tanto, estas cartas devem: identificar os espaços comerciais por tipologia, dimensão, diversidade, especialidade e qualidade; identificar, igualmente, as áreas onde a actividade comercial deve ser estimulada, consolidada ou interdita; definir os índices

comerciais, ramos e formatos a privilegiar nos espaços comerciais e/ou classes de espaços urbanos; avaliar a área comercial instalada face à população a servir no presente; definir o acréscimo previsível de espaço comercial; identificar as áreas de intervenção prioritária e/ou mais detalhada; e explicitar os critérios de apreciação de empreendimentos comerciais acima de uma dada área de construção²⁹.

Se da exposição precedente relativa aos instrumentos de *planificação urbanística e planificação comercial* resulta estarmos perante dois tipos de planificação diversos, pelo seu conteúdo, procedimento e teleologia, não se pode negar que os pontos de intersecção entre ambos são muito fortes, o que impele no sentido de um seu tratamento que privilegie os elementos que os aproximam e não que acentue as notas que os separam. Esta linha de rumo decorre, de igual modo, da constatação de que, logicamente, as decisões de localização não se podem multiplicar, em sentidos diversos, consoante se trate de promover um correcto ordenamento do território ou de viabilizar, numa perspectiva concorrencial, a implantação de novos estabelecimentos comerciais, nem a dimensão admissível dos estabelecimentos num mesmo espaço pode diferir tendo em conta, por um lado, a inserção na envolvente e, por outro, as necessidades dos consumidores e as perspectivas de desenvolvimento económico.

Nesta medida, há que ter em atenção, antes de mais, a conjugação e articulação necessária entre estas duas ordens de interesses que, como já vimos, se encontram intimamente imbrincadas, por forma a proceder a uma regulação unitária do território.

Estas relações de articulação entre a *planificação comercial e planificação urbanística* são, em Portugal, de índole múltipla. Assim, a uma obrigação de adequação que, em qualquer caso, impenderia a favor da planificação urbanística, — pois, na medida em que se trata de uma regulamentação geral, já operou uma primeira ponderação de todos os interesses públicos e privados relevantes que se centram no uso de um espaço determinado³⁰ —, opõe-se um modelo mais flexível de ordenamento do território.

De acordo com o princípio de hierarquia dos planos, os Planos Municipais de Ordenamento do Território devem ser compatíveis, ou serem compatibilizados, com os Planos Sectoriais existentes ou supervenientes. Esta imposição resulta do artigo 10.º, n.º 3, da Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, onde se considera que os Planos Sectoriais vinculam as entidades competentes para a elaboração e aprovação de Planos Municipais de Ordenamento do Território relativamente aos quais tenham incidência espacial, devendo ser assegurada a compatibilidade entre os mesmos. E deriva também do artigo 24.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, onde se prevê que estes — “devem acautelar a programação e a concretização das políticas de desenvolvimento económico e social e de ambiente, com incidência espacial, promovidas pela administração central, através de planos sectoriais”, e, bem assim, do artigo 25.º, n.º 1, deste mesmo Decreto-Lei, que estabelece que os Planos Sectoriais devem indicar quais as formas de adaptação dos Planos Municipais de Ordenamento do Território preexistentes determinadas pela sua aprovação.

No entanto, este mesmo diploma mitigou esta relação de hierarquia, ao permitir, no artigo 80.º, n.º 3, alínea b), que um Plano Director Municipal possa ser ratificado, não obstante a desconformidade³¹ com um Plano Sectorial, nas situações em que o seu conteúdo tenha sido objecto de parecer favorável da entidade responsável pela elaboração desse mesmo Plano Sectorial, no âmbito da comissão mista de coordenação.

Note-se, todavia, que também a elaboração de um Plano Sectorial, considerado pela Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, como um instrumento integrante do sistema de gestão territorial, no qual assenta a política de ordenamento do território e de urbanismo, se deve guiar por um princípio de coordenação externa, previsto, em geral, no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro. Assim, para além de a sua elaboração dever ser acompanhada pelas autarquias locais cujos territórios estejam incluídos no respectivo âmbito

de aplicação e, quando a pluralidade dos interesses o justificar, por uma comissão mista de coordenação (artigo 39.º), deve igualmente identificar e ponderar “os planos, programas e projectos, designadamente da iniciativa da Administração Pública, com incidência na área a que respeitam, considerando os que já existam e os que se encontrem em preparação, por forma a assegurar as respectivas compatibilizações” (artigo 38.º, n.º 3).

Quanto às cartas de ordenamento da actividade comercial o problema da articulação não se coloca, por ora, com tanta acuidade, uma vez que, como foi dito, são instrumentos de cariz meramente indicativo. Mas o exemplo europeu pode revelar-se frutífero no fornecimento de novos modelos de ordenamento da actividade comercial, que se centrem numa perspectiva multipolar, *i.e.*, que se desdobrem em vários níveis – nacional, regional e local – de intervenção e se fundem em instrumentos de planificação vinculativos. A ser este o caso, e não se optando por um modelo de integração, à semelhança do que acontece actualmente em Itália, não podemos deixar de entender, como posição de princípio, que a *planificação urbanística* se deve encontrar numa relação de supra-ordenação relativamente à *planificação comercial* feita a nível local.

Todavia, não se deve, de igual modo, esquecer que as prescrições urbanísticas podem ser de múltipla natureza ou ter força normativa díspar, o que introduz modelações nas relações entre planos urbanísticos e planos comerciais. Como refere Morbidelli, se o plano urbanístico apenas prevê uma zona de desenvolvimento comercial ou uma área destinada preferencialmente à instalação do comércio, apenas exerce uma função de “indirizzo”, deixando uma margem de actuação bastante ampla ao planificador comercial. Por outro lado, se as normas urbanísticas afectam directamente certos edifícios à prossecução da actividade comercial ou, pelo contrário, impossibilitam a utilização de determinados edifícios ou zonas para essa mesma finalidade (ou para certo tipo de actividades comerciais), estas normas, imediatamente aplicáveis, não podem deixar de ser “transpostas” para o domínio comercial, impondo uma adequação estrita entre estes dois níveis de regulamentação³².

2.2.2. Projectos de Urbanismo Comercial

Entre o momento da planificação e o da execução concreta das regras de ocupação, uso e transformação do solo, pode ser intercalado um nível intermédio, associado à promoção de um urbanismo de tipo operacional, assente em zonas delimitadas que são objecto de uma consideração individualizada e específica³³. Este nível corresponde, entre nós, à aprovação de *projectos de urbanismo comercial*.

Trata-se, muito sucintamente, de programas de incentivos com uma forte componente contratual, que visam, sobretudo através da canalização de fundos provenientes da Comunidade Europeia, modernizar o comércio e a qualidade do *urbanismo comercial português*.

Neste domínio, ao primeiro Sistema de Incentivos para a Modernização do Comércio (SIMC) sucedeu-se, em 1994, o Programa de Apoio à Modernização do Comércio (PROCOM), que, no ano de 2000, com a aprovação do 3.º Quadro Comunitário de Apoio e do Plano Operacional da Economia, foi substituído, embora com poucas inovações, pelo Sistema de Incentivos a Projectos de Urbanismo Comercial (URBCOM).

O PROCOM³⁴ e, actualmente, o URBCOM são instrumentos que tentam introduzir parcerias público-privadas, estimulando a utilização de mecanismos contratuais na área do *urbanismo comercial*. No entanto, muito embora a concessão de apoio seja formalizada através da celebração de um contrato (artigo 31.º da Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio), o procedimento contratual e os termos do mesmo resultam quase integralmente de imposições regulamentares. De facto, a Portaria mencionada descreve exhaustivamente o faseamento dos projectos (estudo prévio e qualificação do projecto, estudo global, consulta pública e apresentação pública), seguindo-se a apresentação de candidaturas por parte dos

promotores. Nela se definem, igualmente, os critérios de elegibilidade do promotor e do projecto e da sua eventual selecção, bem como a natureza, taxas e limites dos incentivos não reembolsáveis a conceder a cada promotor.

A responsabilidade última pelos projectos de urbanismo comercial é cometida ao Ministro da Economia, por intermédio da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência (DGCC) e do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI)³⁵.

No entanto, são, ao todo, quatro os parceiros dos projectos de urbanismo comercial neles chamados a participar: o Ministério da Economia, as Câmaras Municipais, as estruturas associativas de comércio e os comerciantes que, nos termos do artigo 3.º da Portaria, deverão necessariamente ser microempresas ou pequenas e médias empresas. Enquanto promotores, os comerciantes intervêm no que especificamente se refere os espaços comerciais, sendo elegíveis alguns projectos de modernização das actividades empresariais existentes (e do estabelecimento em que elas se inscrevem), de desenvolvimento de novas actividades e de eventual criação de novas empresas; as Câmaras Municipais assumem responsabilidades na parte de arranjo e intervenção nos espaços públicos que tornem a zona de intervenção mais atractiva e funcional; e as estruturas associativas de comércio comprometem-se quanto à realização de acções de animação, divulgação e promoção relacionadas com as actividades empresariais objecto do projecto e de acções de formação profissional.

Ao invés, outros actores de comércio não são associados a estes projectos, como acontece com os consumidores, ou associações que os representam. De facto, não lhes é reconhecida uma qualquer intervenção qualificada neste procedimento, podendo, contudo, intervir em sede de consulta pública, nos termos do n.º 5 do artigo 6.º da Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio.

Os projectos em apreço têm o mérito de requalificar o espaço urbano intervencionado e os estabelecimentos aí localizados, a par da promoção de acções de animação que visam “tornar visível” esse espaço, aliando uma dimensão económica, uma dimensão urbanística e uma dimensão de animação.

Porém, são-lhes apontadas diversas insuficiências, uma vez que continuam a considerar pontual e fragmentariamente um espaço urbano determinado. Assim, como nota Margarida Pereira, ao abrigo destes projectos não são financiados investimentos essenciais para a consecução dos objectivos do *urbanismo comercial*: não se resolvem os problemas do estacionamento na área de intervenção ou perto dela; não se processa uma adequada reorganização da circulação, na medida em que ela não pode ser pensada de forma circunscrita e desagregada do restante espaço urbano; apenas se procede à recuperação física do edificado na estrita medida da existência e delimitação física dos estabelecimentos comerciais (limitando essa recuperação, a mais das vezes, ao nível do rés-do-chão); e limitam-se as intervenções às funções por ele abrangidas, excluindo as demais funções urbanas que encontram ou devem encontrar a sua sede no centro urbano (habitação, equipamentos, e outros serviços)³⁶.

Torna-se desejável, portanto, que a disciplina das unidades comerciais seja, cada vez mais, associada à disciplina de outros tipos de actividades, nomeadamente as respeitantes a recintos de espectáculos e divertimentos públicos, restaurantes e estabelecimentos hoteleiros e, em geral, a espaços de lazer e turismo. Conscientes desta necessidade, verificou-se o alargamento, por despacho conjunto do Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e do Ministro da Economia de 17 de Março de 1997 (publicado no *Diário da República*, II Série, de 5 de Abril de 1997), do âmbito de aplicação do PROCOM a áreas tipicamente de serviços, como sejam a restauração, lojas de bebidas, barbearias, cabeleireiros e salões de beleza, tendo este alargamento sido expressamente confirmado pela Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio, relativa ao URBCOM. Além disso, esta portaria permite, no artigo 3.º, n.º 4, que sejam abrangidos, a

título excepcional, projectos de investimento promovidos por empresas de outros sectores de actividades, mediante despacho do Ministro da Economia, e desde que, por proposta do IAPMEI, sejam devidamente fundamentados os seus efeitos de carácter relevante para o projecto global.

2.2.3. *Implantação de Estabelecimentos Comerciais*

No âmbito pontual da consideração da concreta localização e implantação de um estabelecimento comercial, o figurino da legislação portuguesa é bastante complexo. De facto, os requisitos legais para que essa implantação seja possível diferem consoante o pedido formulado, em especial tendo em conta a dimensão do estabelecimento em apreço, podendo caracterizar-se o *urbanismo comercial* português, a este nível, como comungando de uma matriz bipolar.

Assim, quanto aos estabelecimentos comerciais de pequena e média dimensão, vale, de forma mais vinculada, o princípio da liberdade de empresa, não lhes sendo aplicáveis mais condicionamentos do que os estabelecidos a nível de direito do urbanismo geral³⁷.

No inverso, existe, em Portugal, regulamentação específica relativa à implantação de grandes superfícies comerciais, designadas pelo diploma que actualmente rege esta matéria (Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto³⁸) *unidades comerciais de dimensão relevante* (UCDR).

Nos termos do artigo 3.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, esta expressão designa o estabelecimento, considerado individualmente ou no quadro de um conjunto pertencente a uma mesma empresa ou grupo, em que se exerce a actividade comercial e que cumpre os demais requisitos previstos no artigo 4.º deste diploma. Esta noção poder-se-ia revelar problemática, se se considerasse como estabelecimento o conjunto de meios ou factores, essenciais e acessórios, corpóreos e incorpóreos, de que o seu titular se serve para exercer a actividade comercial, uma vez que não seria por ela englobada, pelo menos em geral, a figura dos centros comerciais. No entanto, pelo próprio conjunto de definições presentes no artigo 3.º, resulta claro que estabelecimento, para efeitos desta lei, não se confunde com empresa, e que designa o local em que se exerce uma dada, ou simultaneamente várias, actividades comerciais. Assim, estabelecimento encontra-se aqui no sentido físico de equipamento ou de edifício, o que permite englobar um conjunto mais amplo de formas comerciais no âmbito de aplicação desta lei.

As especiais cautelas que rodeiam a instalação e modificação destes estabelecimentos justificam-se pela necessidade de evitar a total descaracterização do tecido comercial tradicional e a sua substituição por novos centros e formas de comércio, bem como pela manutenção de relações de concorrência e competitividade leais entre os vários actores comerciais.

Não se visa, pelo menos como pressuposto de partida, dificultar, ao máximo, a actuação do promotor de uma *unidade comercial de dimensão relevante*, mas assegurar que a sua implantação não afecte, de forma excessiva, as unidades comerciais de pequena e média dimensão que já existam ou que se queiram implantar no mercado³⁹. Neste sentido, o Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, estabelece que 30% do produto das coimas, decorrentes de contra-ordenações nele estabelecidas, revertem para um fundo a favor do pequeno comércio tradicional, o que corrobora a preocupação inscrita no preâmbulo de “promoção de um efectivo ajustamento estrutural nas condições de competitividade das empresas de comércio e distribuição”.

Ao mesmo tempo, por intermédio das especiais exigências estabelecidas neste diploma pretende-se contribuir para a “descentração” da *urbe*, promovendo a criação de territórios urbanos multipolares, em que os centros de comércio se multiplicam em número e em natureza, assumindo, nesta sede, particular relevo o conceito, recente entre nós, de gestão de “centros comerciais a céu aberto”.

Por outro lado, a actividade de regulação comercial justifica-se numa perspectiva de “serviço”, no sentido de que, tratando-se de uma actividade de interesse económico geral, o fim a seguir não deve ser, integralmente pelo menos, a procura do máximo lucro e do maior crescimento económico possível, mas também a satisfação das necessidades de todos os consumidores.

A definição das estruturas empresariais de distribuição que se encontram incluídas na noção fulcral de *unidades comerciais de dimensão relevante* (enumeradas numa pluralidade de alíneas do artigo 4.º) não depende apenas de um critério quantitativo (área de venda contínua), mas também de critérios qualitativos, que se referem ao tipo de comércio a implantar (por grosso ou por retalho, alimentar, não alimentar ou misto) e à área de venda acumulada no território nacional da empresa ou grupo em questão.

Esta complementaridade de critérios encontra a sua justificação no preâmbulo do diploma, uma vez que se pretende passar de uma abordagem centrada na dimensão da área de venda de cada estabelecimento considerado isoladamente para uma abordagem centrada na dimensão e poder de compra e venda das estruturas empresariais, evitando, assim, o surgimento de artificialismos induzidos por regulamentos casuísticos rígidos. Logo, pretendeu-se uma ruptura, ao menos parcelar, com os anteriores Decretos-Leis n.º 190/89, de 6 de Junho, e n.º 9/91, de 8 de Janeiro, que consideravam grandes superfícies comerciais as infra-estruturas de comércio a retalho e por grosso com uma superfície comercial útil, *i.e.*, a superfície destinada à venda e acessível ao público —, superior a 3.000 m², e com o Decreto-Lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, parcialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 83/95, de 26 de Abril, que, por forma a abranger os formatos dos centros comerciais, considerava grandes superfícies comerciais os estabelecimentos de comércio a retalho ou por grosso que dispusessem de uma área de venda contínua superior a 2.000 m², ou que, não dispondo dessa área, integrassem, no mesmo espaço, uma área de venda superior a 3.000 m². Pela regulamentação actualmente em vigor, são consideradas UCDR os estabelecimentos que, alternativamente: sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, disponham de uma área de venda contínua, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 2.000 m²; sendo de comércio a retalho não alimentar, disponham de uma área de venda contínua igual ou superior a 4.000 m²; sendo de comércio por grosso, disponham de uma área contínua igual ou superior a 5.000 m²; sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, pertençam a uma empresa ou grupo que detenha, a nível nacional, uma área de venda acumulada, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 15.000 m²; sendo de comércio a retalho não alimentar, pertençam a uma empresa ou grupo que detenha, a nível nacional, uma área de venda acumulada, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 25.000 m²; ou, sendo de comércio por grosso, pertençam a uma empresa ou grupo que detenha, a nível nacional, uma área de venda acumulada, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 30.000 m².

Sempre que um dos critérios descritos se encontrar preenchido, sucede-se uma multiplicidade de exigências, corporizadas em actos administrativos parcelares, que têm de concordar entre si na permissão do resultado jurídico pretendido pelo requerente.

Assim, a intervenção dos poderes públicos, nesta matéria, concretiza-se, em parte, num procedimento de autorização prévia (que, em certas situações, se se tratar de formas de modernização empresarial das unidades de comércio tradicional, pode ser dispensado), da responsabilidade do Ministro da Economia, instruído com um parecer da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência. Esta opção jurídica retoma a solução do primeiro diploma que se ocupou desta realidade (Decreto-Lei n.º 190/89, de 6 de Junho)⁴⁰, o que demonstra a tendência para uma centralização das questões de *urbanismo comercial*, após um interregno no qual, por força do Decreto-Lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, alterado parcelarmente pelo Decreto-Lei n.º 83/95, de 26 de Abril, se reconhecia ao Ministro que

tutela o sector do comércio uma mera actuação ratificativa ou de cariz aposteriorístico. A escolha da designação de autorização, como sucede no direito francês, pode ser vista como uma escolha intencional do nosso legislador, que pretendeu, desta forma, salvaguardar, na maior medida possível, a liberdade de iniciativa económica privada, perante as considerações de interesse público que neste domínio relevam. Ainda neste sentido, prevê o n.º 4 do artigo 10.º que, havendo dever legal de decidir, a falta de decisão expressa faz presumir o deferimento tácito do pedido de autorização prévia.

Todavia, ao contrário do que sucede no domínio urbanístico, em que a licença ou autorização de construção, ao ser precedida por um Plano de Pormenor ou por um alvará de loteamento que já introduzem uma regulamentação de detalhe na área em questão, se limita a conformar, em concreto, a situação jurídica da mesma, a autorização comercial, na ausência de uma *planificação comercial* de nível regulamentar e de aplicação imediata, opera a primeira ponderação dos diversos interesses co-envolvidos na implantação ou modificação de uma superfície comercial, assumindo, por isso, um cariz marcadamente inovatório e não meramente complementar.

Os critérios que devem ser ponderados antes da tomada de decisão de autorização, inscritos no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, estão formulados de uma forma ampla e concretizam a maioria das preocupações de cariz económico-social que a implantação destas superfícies levanta, quais sejam: a coesão e a manutenção ou promoção do equilíbrio da estrutura comercial existente; a adequação às necessidades dos consumidores, no que respeita a uma oferta diversificada em termos de produtos, qualidade, serviços e horários; o nível de integração intersectorial do tecido empresarial; a competitividade e o desenvolvimento concorrencial do sector da distribuição; o nível de emprego na área de influência; e a qualidade do ordenamento do urbanismo comercial na região relevante.

Que características especiais, então, podem ser apontadas a esta autorização, tendo como co-natural elemento de comparação a licença ou autorização para realização de operações urbanísticas?

Pode-se, desde logo, afirmar que ela não é um instituto de direito do urbanismo, ainda que se debruce sobre a localização de um equipamento comercial e preceda necessariamente a emissão da licença ou autorização de construção, uma vez que os critérios que permitem fundar esta decisão de autorização são taxativos e visam o asseguramento de objectivos ligados ao desenvolvimento comercial e à regulação da concorrência, ainda que concretamente localizados. Desta forma, rejeita-se a possibilidade de duplicação da valoração dos mesmos motivos em dois procedimentos distintos, mas sem que se exclua, de todo, que alguns desses critérios surjam como uma das duas faces de “jano”. Referimo-nos, em especial, ao critério inscrito no artigo 8.º, n.º 1, alínea f), que inscreve, como possível motivo de indeferimento do pedido de autorização comercial, a consideração do nível de desenvolvimento e a qualidade do urbanismo comercial e que, nos termos dos artigos 24.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3, e 34.º, n.º 3, alínea a), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, pode, igualmente, constituir um motivo de indeferimento da licença ou autorização de realização de operações urbanísticas, na medida em que a sua permissão afecte negativamente a envolvente ou a adequada inserção no ambiente urbano.

Outra questão que assume relevo é a de saber se existe alguma relação de hierarquia ou de preclusão entre os motivos elencados no artigo 8.º, n.º 1. Analisando os termos em que este artigo se encontra formulado e tendo em consideração a implantação de uma unidade de comércio a retalho, nota-se que a determinabilidade destes critérios decresce ao longo do rol apresentado, com a excepção, a nosso ver, da determinação do nível de emprego na área de influência. No entanto, esta constatação não nos leva a pronunciar no sentido de que a apreciação destes critérios deve ser feita de forma individualizada, ponto por ponto, devendo a mesma, ao invés, consistir numa ponderação global das

vantagens e prejuízos que decorrem, efectiva ou potencialmente, da implantação da unidade em questão⁴¹. Contudo, tendo o Ministro da Economia definido os limites, desde que assumam cariz imperativo, das quotas de mercado real e previsional do conjunto das unidades comerciais de dimensão relevante, a nível nacional e na área de influência, conforme previsão do artigo 8.º, n.º 2, a superação dos mesmos não pode deixar de, por si só, conduzir à denegação da autorização prévia pretendida.

Este questionamento conduz, necessariamente, a um outro, que se prende com o grau de discricionariedade do acto administrativo de autorização prévia, nos termos em que ele se nos apresenta neste diploma. Apesar de uma das suas intenções deste diploma ter sido, assumidamente, a da redução dos elementos de ambiguidade nos critérios de decisão relativos à vertente comercial da autorização das *unidades comerciais de dimensão relevante*, este continua a ser um acto nitidamente com um conteúdo menos vinculado do que o das licenças ou autorizações urbanísticas. A razão prende-se, como já antevimos, com a ausência de grandes balizas, de natureza imperativa ou apenas de cariz indicativo, que permitam reduzir, em momento anterior ao da apreciação casuística de um projecto, a discricionariedade do órgão competente⁴².

Assim, continuando a inexistir um nível de planificação comercial que concretize, num primeiro momento, as preocupações que a instalação ou modificação de uma unidade comercial levanta, continuará a ser difícil conseguir, ao nível do procedimento de autorização, uma densificação mais precisa e uniforme, própria de uma verdadeira política de *urbanismo comercial*, dos critérios apresentados⁴³. Com a efectivação deste nível de planeamento, esta situação alterar-se-ia substancialmente, operando-se uma redução do espaço de discricionariedade. Tal não significa que o órgão competente para emanar esse título jurídico deixe de ter um qualquer espaço de ponderação e decisão próprios, sobretudo quando as normas legais ou regulamentares em que se funda apelarem para avaliações técnicas e juízos de prognose, dificilmente sindicáveis em juízo. Mas essa possibilidade encontrar-se-ia, neste caso, fortemente balizada, quantas vezes por limites quantitativos (em regra flexíveis), sendo agora os parâmetros da revisão judicial mais densos e o seu controlo mais efectivo.

Embora funcionando com outros pressupostos, este mesmo decreto-lei inscreve, no seu artigo 5.º, um procedimento de comunicação prévia, efectuada junto da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, para a instalação ou modificação de estabelecimentos comerciais que não são individualmente considerados de dimensão relevante, mas nos quais a área de venda acumulada a nível nacional das empresas ou grupos que os detenham ou pretendam instalar se aproxime da área necessária para serem qualificados de *unidades comerciais de dimensão relevante*. Tanto as unidades comerciais sujeitas a autorização prévia como as subordinadas a comunicação prévia deverão ser objecto de registo na Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência.

Ainda como forma de demonstrar a intersecção existente entre as vertentes económica e urbanística do *urbanismo comercial* e, em especial, o relevo que a localização dos estabelecimentos assume como factor de competitividade das empresas, o Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, estabelece, no seu capítulo terceiro, um procedimento de aprovação de localização, que se corporiza, em qualquer caso⁴⁴, na emissão de um parecer pela Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território (DRAOT) competente, a homologar, na sequência da Lei Orgânica do XV Governo Constitucional, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 120/2002, de 3 de Maio, pelo Ministro das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente, sempre que a área não se encontre abrangida por Plano de Urbanização, Plano de Pormenor ou alvará de loteamento, ou com eles não se conforme. Idêntica solução decorre, em geral, do disposto no artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, em que se prevê a dispensa de autorização prévia de localização que, nos termos da lei,

deveria ser emitida por parte de órgãos da administração central, quando as obras se situem em área abrangida por Plano de Urbanização, Plano de Pormenor ou licença ou autorização de loteamento em vigor, que expressamente a afecte ao uso proposto.

Este parecer deve, nos termos do artigo 15.º, atender ao enquadramento urbanístico, à influência das possíveis alterações de tráfego no equilíbrio zonal e regional e às consequências da implantação para um correcto ordenamento do território, bem como, de um ponto de vista ambiental, à integração paisagística do estabelecimento na área envolvente, à gestão dos efluentes líquidos e resíduos sólidos nele gerados, bem como aos valores do ruído resultantes da sua entrada em funcionamento. Segundo o disposto no artigo 14.º, n.ºs 11 e 12, a falta de parecer após o decurso do prazo da sua emissão faz presumir o seu sentido favorável, assumindo o parecer, após a homologação, carácter vinculativo.

As autoridades locais competentes para a autorização ou licenciamento de cariz urbanístico não podem, nos termos do artigo 15.º, praticar esses actos sem que os projectos em questão tenham merecido aprovação da Administração central e, caso essa aprovação esteja condicionada a determinados parâmetros de efectivação, só o podem fazer depois de comprovado o seu cumprimento.

Num segundo momento que, portanto, acresce à necessidade de autorização ou comunicação prévia e, nas hipóteses descritas, desta aprovação de localização, a realização de operações urbanísticas, respeitantes à instalação ou modificação dos estabelecimentos comerciais, depende de licenciamento ou autorização administrativa, de competência municipal, nos termos gerais previstos no Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e da edificação. No artigo 37.º deste decreto-lei, determina-se que as operações urbanísticas que careçam da aprovação da Administração central não ficam dispensadas de licença ou autorização administrativa municipal. Aliás, esta é uma condição de procedência do pedido de licenciamento ou autorização formulado, sendo que se for aprovada uma licença ou loteamento sem que o requerente tenha apresentado documento comprovativo da Administração central, esse acto administrativo será nulo, nos termos do artigo 68.º, alínea b), do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

Neste caso, tanto se pode tratar da obtenção de uma licença ou autorização de realização de obras de edificação, como de uma licença ou autorização de alteração de uso de edifícios, pois, muito embora a instalação de *unidades comerciais de dimensão relevante* seja normalmente feita em edifícios especialmente construídos para o efeito⁴⁵, nada impede que sejam instaladas em edifícios que estavam afectos a outros usos, *maxime* industrial (pense-se na reconversão de edifícios industriais de qualidade arquitectónica incontestável). Nem sempre, porém, será necessária uma licença ou autorização deste tipo, uma vez que, tendo estes actos carácter real, uma modificação de cariz subjectivo não desencadeia um procedimento de cariz urbanístico, nem o desencadeia uma mudança de ramo de comércio que não tenha reflexos a nível de ordenamento urbanístico. Por seu turno, a autorização prévia, de natureza comercial, assume uma marcada natureza pessoal, uma vez que, nos termos do artigo 3.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, a alteração da entidade titular da exploração é uma modificação relevante para efeitos de desenhamento do respectivo procedimento. Outra solução seria indefensável, quando a qualificação de uma “*unidade comercial de dimensão relevante*” não depende apenas da dimensão do estabelecimento, mas igualmente da área de venda acumulada das empresas ou grupos que a detenham.

Por último, enquanto, em geral, o início de actividade de um estabelecimento comercial depende da emissão de uma licença ou autorização de utilização, de carácter municipal, que, nos termos do n.º 2 do artigo 62.º do já citado Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, se destina “a verificar a conformidade da obra concluída com o projecto aprovado e com as condições do licenciamento ou autorização”, as *unidades comerciais de dimensão relevante*

carecem, ainda, de uma licença ou autorização de funcionamento, da responsabilidade da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, que é necessariamente precedida de vistoria⁴⁶ e se destina a “verificar se foram cumpridos os requisitos que fundamentaram a autorização”, como decorre do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto. No entanto, a licença de funcionamento destas unidades só pode ser concedida mediante a exibição do alvará de licença ou de autorização de utilização (camarária), nos termos do artigo 40.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

São, enfim, previstas sanções, no quinto capítulo do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, para os casos de inobservância da legislação respeitante à implantação de unidades comerciais de dimensão relevante. Essas sanções assumem natureza contra-ordenacional, sendo as infracções puníveis com sanções pecuniárias (que, quando se trate do não cumprimento do dever de requerer a autorização prévia, atingem os limites máximos previstos no regime geral das contra-ordenações), podendo, simultaneamente, ser aplicadas sanções acessórias. Estas são as sanções que, em geral, são cominadas para as infracções urbanísticas, ambientais e de legislação económica. Para além disso, podem ainda ser decretados o embargo, que implica a suspensão imediata, no todo ou em parte, dos trabalhos de execução da obra, a demolição da mesma, bem como a reposição do terreno, nos termos do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto. Estas são medidas de tutela da legalidade, cujo desrespeito determina a prática de um crime de desobediência, previsto e punível nos termos do artigo 348.º do Código Penal Português.

Adicionalmente, existem disposições específicas em matéria ambiental, no que se refere à submissão de operações de loteamento urbano, incluindo a construção de *unidades comerciais de dimensão relevante*, a avaliação de impacte ambiental, conforme disposto no anexo II do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (alterado pelo Decreto-Lei n.º 74/2001, de 26 de Fevereiro). A definição de *unidades comerciais de dimensão relevante*, para efeitos deste decreto-lei, não coincide, na íntegra, com a definição formulada pelo Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, pois, por seu intermédio, é adoptado um critério meramente quantitativo, distinguindo-se apenas entre os casos gerais que estão sujeitos a avaliação de impacte ambiental, quando a área da unidade for igual ou superior a 1.5 hectares, e aqueles que dizem respeito às unidades a implantar em zonas sensíveis (como sejam as áreas protegidas, os sítios da Rede Natura 2000, as zonas especiais de conservação e zonas de protecção especial e as áreas de protecção dos monumentos nacionais e dos imóveis de interesse público), que ficarão sujeitas a este procedimento, quando a área equivalha ou exceda 0.5 hectares.

Assim, como resulta da exposição precedente, a necessidade de tutela de múltiplos interesses públicos implica a previsão de procedimentos especiais, em que os actos se sucedem em cascata, emanados por entidades diversas, havendo uma independência de regulamentações provenientes de diversos quadrantes. Perde-se, assim, o carácter federador ou de concentração⁴⁷ que se costuma assinalar aos actos de licenciamento ou autorização urbanística, sem que se consiga, em contrapartida, celeridade na condução dos processos, poupança de recursos e certeza jurídica na solução final, que será sempre a resultante da conjugação dos vários procedimentos. Com a consequência inevitável de que se afasta um elemento relevante de atracção do investimento comercial e se cerceia a eficiência da actuação da Administração, se não mesmo a protecção da confiança legítima dos particulares⁴⁸.

Seria, porventura, desejável, neste e noutros casos similares, que se previsse, no ordenamento jurídico português, uma autorização de implantação especial para projectos de equipamento comercial de dimensão apreciável em meio urbano, que congregasse, num só, todos os controlos parcelares mencionados, criando-se, por esta via, um procedimento de licenciamento mais aligeirado e célere, que estimulasse e permitisse uma mais fácil regulação da realização de investimentos nesses meios⁴⁹.

3. Urbanismo Comercial e Política de Renovação Urbana

Tendo por base os dados normativos que, ao longo deste texto, foram sendo trazidos à colação, não se podem negar as íntimas ligações que a política de *urbanismo comercial* — animada, embora não exclusivamente, por imperativos de concorrência —, apresenta com a política de *renovação urbana*.

Em matéria de *urbanismo comercial*, como já vimos, quer o Programa de Apoio à Modernização do Comércio (PROCOM), quer, actualmente, o Sistema de Incentivos a Projectos de Urbanismo Comercial (URBCOM), assumiram como função dinamizar o comércio nas cidades. Estes *projectos de urbanismo comercial*, segundo o artigo 2.º da Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio, visam intervir em “áreas limitadas dos centros urbanos com características de alta densidade comercial, centralidade, multifuncionalidade e de desenvolvimento económico, patrimonial e social”.

Destinam-se, portanto, e em especial, à redinamização de áreas que são tradicionalmente consideradas áreas comerciais e, sobretudo, à revitalização dos centros históricos das cidades. A zona de intervenção dos projectos de urbanismo comercial pode, contudo, não coincidir com esses centros, uma vez que é definida caso a caso, mediante proposta elaborada pela Câmara Municipal e pela estrutura associativa de comércio, e apresentada à DGCC, integrando, nos termos do artigo 6.º, n.º 6, as Normas Específicas do Projecto Global de Urbanismo Comercial, aprovadas pelo Ministro da Economia. A limitação do âmbito geográfico destes projectos escudou-se num “efeito de demonstração”, que seria conseguido em outras zonas da urbe por eles não abrangidas, e que passariam a depender de iniciativa e financiamento privados. No entanto, tal efeito não tem sido conseguido em dimensão considerável, o que leva a repensar esta restrição geográfica, na medida em que pode funcionar nefastamente, introduzindo mais clivagens e desequilíbrios no território urbano.

Por isso, a tendência do direito do urbanismo actual vai, cada vez mais, no sentido de reanimar o quanto possível essas zonas urbanas, evitando a sua degradação, através da implantação ou beneficiação de unidades comerciais de pequena e média dimensão, contribuindo, assim, ainda que de forma indirecta, para a consecução dos desígnios da política de *renovação urbana*. Assim o reconhece o preâmbulo da mencionada portaria, que vê o *urbanismo comercial* “como um instrumento importante para promover o desenvolvimento das cidades e outros espaços urbanos de menor dimensão, em simultâneo com uma organização territorial mais equilibrada, activando e dinamizando sinergias entre o comércio e a defesa do património, sem esquecer o bem-estar e a qualidade de vida dos cidadãos”.

Nesta medida, o fenómeno que se pode apelar de “recentralização” ou retorno ao centro das cidades, muito deve ao fenómeno de dinamização ou revitalização comercial, pois, como refere Carlos Balsas, apesar de um centro de cidade, pela multifuncionalidade e mistura orgânica de funções que lhe anda associado ser mais do que um centro comercial, a verdade é que, “se perder a sua atractividade como centro de comércio, dificilmente pode sobreviver como um centro em sentido lato”, uma vez que “o comércio é claramente a sua componente essencial”⁵⁰.

Porém, apesar de se reconhecer um papel importante, senão mesmo imprescindível, a estes programas de *urbanismo comercial*, eles não são suficientes para se promover uma coerente política de renovação urbana. Isto porque ela se assume como uma política global que faz apelo a uma coordenação, que poderíamos apelar de horizontal, entre várias intervenções sectoriais, de entre as quais destacamos as de urbanismo, de ambiente, de planeamento, de economia, de habitação e de política social.

Assim, no âmbito da política de renovação urbana incluímos as acções estruturadas,

objecto de planificação global, de iniciativa dos poderes públicos, com ou sem cooperação dos particulares (não englobando as acções, ainda que desejáveis, de exclusiva iniciativa e responsabilidade privadas), que visam a requalificação de zonas urbanas, de modo a adaptar o “existente” carecido de intervenção aos objectivos urbanísticos de melhoria das condições de vida e de multifuncionalidade dos espaços urbanos, bem como aos ensejos ambientais de melhoria da qualidade do ambiente urbano e sociais de disponibilização de habitações em condições condignas e de luta contra a exclusão social.

Deste modo, apesar de a sua intervenção imediata se centrar ao nível urbanístico⁵¹, a política de *renovação urbana* não se pode, todavia, bastar com a recuperação física dos imóveis ou espaços que se encontrem em manifesta violação dos ditames urbanísticos, sob pena de, desta forma, não se actuar sobre as causas estruturais dessa situação, quais sejam: o abandono de zonas tradicionais de comércio e serviços e a sua deslocação para outras zonas da *urbe*, a escassez do parque habitacional urbano em boas condições e a preços acessíveis e a acentuação das assimetrias sociais, acompanhadas pelo surgimento de fenómenos de segregação geográfica.

Portanto, cada vez mais se exige uma estratégia integrada das intervenções que resolva, nos centros históricos, o problema da descaracterização do seu tecido social (diminuição do número e envelhecimento dos residentes) e produtivo (desaparecimento de actividades tradicionais ou sua transferência para a periferia da *urbe*) e, nas zonas urbanas degradadas, a resolução dos problemas que configuram situações claudicantes sob o ponto de vista urbanístico e social⁵². A política do *urbanismo comercial*, ainda que assumindo contornos específicos e dispondo de instrumentos próprios, carece, portanto, de ser integrada numa estratégia global de *revitalização urbana*, por forma a potenciar, numa escala adequada, os seus próprios objectivos⁵³.

4. Pluralidade de Actores e Criação de Parcerias

É reconhecido, em geral, que o sucesso de qualquer intervenção urbanística depende, em grande medida, da convergência de interesses e da obtenção de sinergias entre os vários intervenientes e interessados, por forma a criar um projecto aglutinador, que seja visto verdadeiramente como “comum”.

Também neste domínio, como tivemos oportunidade de considerar quando nos referimos aos projectos de urbanismo comercial, é imprescindível uma actuação concertada dos vários actores comerciais — Administração central, Câmaras Municipais, estruturas associativas de comércio e empresas —, tanto mais que uma actuação das entidades públicas não conseguiria, sem a adesão e compromisso das entidades privadas, dinamizar o sector comercial na área de intervenção considerada⁵⁴.

Aliás, apesar de os projectos serem necessariamente globais e integrados, se fosse possível graduar a importância das actuações co-envolvidas no programa URBCOM, a das empresas seria, sem dúvida, a que mais visibilidade assume e que actua, de uma forma mais directa e imediata, sobre a alteração das dinâmicas comerciais na área de intervenção. Todavia, na avaliação feita dos projectos aprovados no âmbito do PROCOM observou-se, no cômputo global, uma pequena mobilização dos comerciantes locais, que se mantiveram, em grande medida, arredados da participação nestes projectos. Carlos Balsas justifica, ao menos parcialmente, esta fraca taxa de adesão, adiantando os seguintes motivos: fraca divulgação das vantagens resultantes do PROCOM; a falta de espírito empresarial dos comerciantes tradicionais portugueses; e vantagens pouco interessantes do sistema de incentivos.

Para tentar reverter esta flagrante situação de desinteresse, a Portaria n.º 113-A/2002, de 7 de Fevereiro, que alterou o inicial regime jurídico do URBCOM, inscreveu, no artigo 5.º, n.º 3, como condição de qualificação do projecto global, a previsão de uma taxa de adesão

comercial, na área de intervenção, igual ou superior a 50%. No entanto, a não satisfação desta condição não é verdadeiramente impeditiva do acesso a este sistema de incentivos, já que o artigo 24.º, n.º 6, admite que a taxa de adesão dos estabelecimentos seja inferior a esta percentagem, muito embora, neste caso, o limite do montante de investimento elegível do projecto promocional — que, em regra, é de 10% do montante do investimento total dos projectos empresariais da área de intervenção —, sofra uma redução de 30%.

De igual modo, já nos pronunciámos no sentido de uma intervenção mais intensa e institucionalizada dos consumidores. Assim, para além da mera consulta pública, de reuniões informais e da realização de inquéritos e amostragens, quer no domínio das políticas contratuais, quer, inclusivamente, em matéria de autorização e exploração de implantações comerciais, a sua participação torna-se imperativa, numa altura em que a relação indissociável entre comércio e consumo se altera e ganha novas valências, muito por força da própria modificação dos hábitos de consumo⁵⁵.

Mas a própria concepção de parceria presente nestes *projectos de urbanismo comercial* pode ser debatida e criticada, na medida em que se trata de um tipo de associação pouco consistente. Desde logo, por se lhes assinalar uma duração limitada — o prazo de duração dos contratos —, o que pode concorrer para que medidas que poderiam dar os seus frutos apenas a médio ou a longo prazos não sejam adoptadas ou, no caso de o serem, não sejam objecto de uma adequada monitorização e avaliação.

Por outro lado, considera-se que a descoordenação destes projectos, no sentido de que a cada parceiro é cometida uma específica área de intervenção, distinta e independente das demais, sem que lhes seja imprimida uma orientação global, não é, de todo, coerente com a necessidade de uma actuação concertada⁵⁶.

Esta despolarização resulta ainda mais agravada nas situações em que o *projecto de revitalização comercial* exceda o desenho que a lei imprime aos projectos de urbanismo comercial referidos e se associe a outras políticas de renovação urbana, como a regeneração dos edifícios habitacionais, a melhoria do ambiente urbano e a redefinição da circulação, acessibilidades e transportes na cidade, uma vez que o número de actores, públicos e privados co-implicados, multiplica-se.

Ora, perante uma pluralidade de intervenções sectoriais e um amplo número de entidades envolvidas ou interessadas, há quem defenda a necessidade de criação de um gabinete de gestão de projecto e de um gestor de projecto em centro urbano ou gestor de projecto comercial⁵⁷. Esta estrutura de gestão pretende constituir uma forma de reacção contra o comportamento individualista dos comerciantes e um meio de promover a realização de acções comuns ou em benefício comum, visando, igualmente, a coordenação das várias actuações públicas de vários quadrantes⁵⁸.

No âmbito do URBCOM, prevê-se, apontando já neste sentido, a constituição de unidades de acompanhamento e execução (UAC), que têm como objectivo essencial, como o próprio nome indica, o acompanhamento e gestão do *projecto de urbanismo comercial* da área de intervenção. Trata-se, porém, nos termos do artigo 3.º, n.º 4, da Portaria n.º 317-B/2000, de 31 de Maio, de entidades de constituição facultativa, constituída essa que apenas poderá ser promovida por iniciativa das estruturas associativas. Quanto ao regime jurídico pelo qual se rege, esta figura revela-se ainda mais fluida, uma vez que o n.º 5 desse mesmo artigo determina que a sua forma de constituição e o acesso da mesma aos apoios previstos no URBCOM serão objecto de despacho do Ministro da Economia, ainda não editado.

Um último nível subjectivo de tomada em consideração do *urbanismo comercial* — agora tão-só a nível consultivo —, vinha sendo assumido pelo Observatório do Comércio (criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 54/98, de 23 de Abril, e objecto de sucessiva prorrogação pelas Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 28/2000, de 17 de Maio, e 77/2002, de 11 de Abril), tendo, porém, sido extinto pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º

da Lei n.º 16-A/2002, de 31 de Maio, e sendo o seu processo de extinção regulado pelo Decreto-Lei n.º 217/2002, de 22 de Outubro. Tratava-se de uma estrutura independente que visava “promover a investigação, a análise e a divulgação dos dados referentes à evolução da actividade comercial”, por forma a constituir um suporte do desenvolvimento integrado das actividades comerciais num mercado aberto e competitivo e assegurar uma “coexistência equilibrada e profícua dos diversos segmentos empresariais – micro, médias, pequenas e grandes unidades”.

Para tanto, contava, no seu conselho coordenador, com uma composição interdisciplinar, congregando entidades públicas (representantes da DGCC, do IAPMEI, do Instituto Nacional de Estatística, das Regiões Autónomas e da Associação Nacional de Municípios) e privadas (representantes do sector do comércio e serviços, agricultura, indústria, empresas de distribuição, dos trabalhadores e dos consumidores). O planeamento e coordenação efectua-dos pelo referido organismo era da responsabilidade de uma Unidade Técnica de Observação Permanente (UTOP), composta por um director técnico, nomeado por despacho do Ministro da Economia, e por um núcleo de apoio permanente de natureza técnico-administrativa.

Ainda assim, mesmo antes da extinção do Observatório do Comércio, havia quem defendesse a necessidade de criação de outras estruturas ligadas ao urbanismo comercial, nomeadamente a formação de uma associação nacional de centros urbanos que represente os múltiplos interesses que se agitam em torno dos mesmos e que “possa funcionar como um interlocutor privilegiado em tudo o que diga respeito aos centros, incluindo a possibilidade de influenciar tanto a integração e desenvolvimento de políticas territoriais a nível nacional, como dialogar a nível internacional com associações criadas com os mesmos fins, e mesmo integrar a Federação Europeia de Centros de Cidades”⁵⁹. Estas considerações surgem, agora, reforçadas, na falta de um qualquer “centro de reflexão” sobre as questões levantadas pela política de urbanismo comercial, ou pela sua ausência.

6. Urbanismo Comercial e Direito Comunitário

Não se pode dizer, de todo, que o direito comunitário tenha ignorado as questões ligadas ao *urbanismo comercial*. No entanto, por se tratar de um domínio que só se compreende por referência ao espaço local e/ou regional e, já com alguma dificuldade, à totalidade do território nacional, pois está intimamente ligado à questão da implantação física desses estabelecimentos, a actuação das instituições comunitárias refere-se, em especial, à promoção da discussão sobre o sector comercial, à prossecução de uma política de defesa dos consumidores [artigo 153.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (doravante TCE)], ao reforço da política de coesão económica e social (artigo 158.º e ss. do TCE) e a uma actuação que se dirige, de forma particular, às pequenas e médias empresas.

De facto, através do Acto Único Europeu, foram incluídas no Tratado que institui a Comunidade Europeia preocupações referentes às pequenas e médias empresas, que justificam, a nível comunitário, as acções nacionais de manutenção, dinamização e modernização do comércio tradicional⁶⁰. Contudo, com o Tratado de Amesterdão a referência às pequenas e médias empresas foi retirada do capítulo referente à política social (encontrava-se, anteriormente, no artigo 118.º-A do TCE), mas uma menção paralela foi mantida no actual artigo 163.º (anterior artigo 130.º-F), relativo à política de investigação e desenvolvimento tecnológico. Tal não significa, porém, que o empenho da Comunidade nesta matéria tenha decrescido.

Aliás, de uma política empresarial de cariz mais incitativo, em que o processo de convergência se dá, maioritariamente, por intermédio de instrumentos jurídicos não vinculativos, caminha-se, agora, para um verdadeiro estatuto jurídico europeu para as pequenas e médias empresas, tendo por base a constatação de que elas são fundamentais para o equilíbrio

e competitividade do tecido empresarial europeu, já que representam 90% do seu parque de empresas e dois terços dos postos de trabalho do sector⁶¹.

Em sentido coincidente, não é de negligenciar o empenho da Comunidade na promoção de um desenvolvimento urbano sustentável. O objectivo desta política emergente⁶² é o de tornar as cidades em pólos de crescimento económico e desenvolvimento regional, ao invés de causas de deseconomias ou de desequilíbrios na sua própria estrutura interna. Para tanto, são financiadas, por intermédio dos fundos estruturais, acções de *renovação urbana* ou, parcelarmente, de *urbanismo comercial* — como sucede, entre nós, com os *projectos de urbanismo comercial* —, o que permite concluir pela sua conformidade com os desígnios comunitários de uma mais visível e intensa coesão económica e social e do aumento do nível e qualidade de vida em todo o território da Comunidade.

Assim, para além de, ao abrigo do disposto no artigo 87.º, n.º 3, alíneas c) e d), do TCE — que se referem à possibilidade de serem considerados compatíveis com o mercado comum os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas ou destinados a promover a cultura e a conservação do património⁶³ —, serem admitidos auxílios estatais à actividade de pequenas e médias empresas, desde que compatíveis com as orientações comunitárias nesse domínio, também têm vindo a ser admitidos auxílios a empresas nos bairros urbanos desfavorecidos e auxílios com finalidade regional⁶⁴.

Ainda neste domínio, mas agora numa perspectiva positiva e não apenas de admissibilidade de uma derrogação à regra da proibição de auxílios estatais — vistos como mecanismos, em princípio, distorçores da concorrência —, assumiu especial relevo a iniciativa comunitária URBAN, adoptada em 2 de Março de 1994 pela Comissão das Comunidades Europeias [COM(94) 61 final], e que decorreu de 1994 a 1999, agora objecto de reedição para o período de 2000 a 2006, sob a designação de URBAN II.

Esta iniciativa comunitária visa intervir em zonas urbanas em dificuldades, que apresentem problemas de pobreza, exclusão e isolamento, por forma a promover a melhoria da qualidade de vida dos seus habitantes e a diversificação e equilíbrio das condições económicas dessa zona. As acções elegíveis devem ter um impacte global e prendem-se com a recuperação de infra-estruturas obsoletas, com acções de financiamento nos sectores económicos, em especial às pequenas e médias empresas do domínio do comércio e artesanato, e com medidas destinadas a combater a exclusão e a melhorar a qualidade do ambiente, como sucede com o arranjo dos espaços públicos e a realocização de actividades indesejáveis por motivos ambientais⁶⁵.

Especificamente no que se refere à apreciação das regulamentações nacionais que impõem restrições à instalação das grandes superfícies comerciais, nomeadamente através da exigência de uma autorização específica de tipo comercial, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já teve a oportunidade de se pronunciar pela sua conformidade com as regras comunitárias, o que acaba por constituir mais um elemento — ainda que indirecto — do contributo comunitário para a manutenção das políticas nacionais de *urbanismo comercial*.

Num primeiro momento, porém, as respostas dadas pelo Tribunal de Justiça não deixaram de ser parcelares, na medida em que as suas decisões continuavam a permitir conjecturas quanto à admissibilidade, à luz do direito comunitário, destas medidas.

Assim aconteceu no acórdão *Gauchard*⁶⁶, em que se discutiu, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, a conformidade de algumas normas da “Lei Royer” com disposições do Tratado de Roma (TCE) e de direito comunitário derivado. A argumentação aventada, no Tribunal de Polícia de Falaise (Calvados), pelo arguido, acusado de ter efectuado uma ampliação da sua área de venda sem ter obtido a autorização exigida para o efeito por lei, centrou-se, então, na violação do direito comunitário, alegando que a regulamentação

em apreço criava múltiplas discriminações entre as várias empresas comerciais, que eram por ele proibidas.

Ora, ainda que o Tribunal de Justiça tenha identificado, correctamente, que estava em causa uma questão de conformidade dessa legislação com o princípio da liberdade de estabelecimento, ajuizou que as disposições comunitárias não poderiam constituir um padrão de interpretação e de aferição da validade destas medidas, uma vez que, tratando-se de uma situação puramente interna, não se encontrava ao abrigo do direito comunitário. Assim, para o Tribunal, “a ausência de um qualquer elemento exterior a um quadro puramente nacional num caso concreto tem por efeito, tanto em matéria de liberdade de estabelecimento como nos restantes domínios, que as disposições do direito comunitário não se apliquem a essa situação”.

Estas conclusões foram reiteradas, sem que tivesse sido introduzido qualquer elemento inovatório, no acórdão *Beckaert*⁶⁷.

Foi, então, só com o acórdão *LIDL Italia*, que a admissibilidade destas medidas, cumpridos certos requisitos, resultou incontestável, desdobrando o Tribunal a sua argumentação em múltiplas frentes⁶⁸.

Assim, declarou que os artigos 3.º, alínea g), 5.º (actual artigo 10.º, em virtude da renumeração introduzida pelo Tratado de Amesterdão), 85.º e 86.º (actuais artigos 81.º e 82.º) do TCE não se podiam ter por violados, nem as regras de concorrência se podiam ter por falseadas em virtude do complexo italiano que previa uma planificação comercial imperativa e a participação, mediante parecer obrigatório, de um órgão colegial do qual faziam parte os representantes dos operadores comerciais já instalados no mercado nos procedimentos de elaboração dos planos e de autorização de implantação de novos estabelecimentos. Concluiu neste sentido, pois, muito embora estas disposições de direito comunitário originário lidas conjuntamente, imponham aos Estados-membros a obrigação de não adoptarem, nem manterem em vigor medidas, mesmo de natureza legislativa ou regulamentar, susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras da concorrência, entendeu não se poder considerar que os pareceres emanados pelas Comissões Municipais configuram acordos, decisões ou práticas concertadas entre os operadores económicos, que tenham sido impostos ou favorecidos pelos poderes públicos, uma vez que os seus membros não actuam em representação de interesses sectoriais, mas exercem funções de peritagem em matéria de distribuição comercial. De igual modo, para o referido Tribunal, também não se pode considerar que os poderes públicos delegaram as suas competências, em matéria de autorização comercial, em operadores económicos privados, uma vez que a decisão continua a ser da competência do Presidente da Câmara Municipal respectiva, que se deve orientar apenas por critérios de interesse geral.

Por outro lado, o Tribunal considerou que esta regulamentação italiana também não confere aos diferentes comerciantes, considerados individualmente, uma posição dominante, nem ao conjunto dos comerciantes estabelecidos num município uma posição dominante colectiva, que seria caracterizada pela ausência de relações concorrenciais entre eles. De facto, os impedimentos à implantação de novos comércios — e, portanto, de acesso ao mercado — não excluem que continuem a existir relações de concorrência entre os que já se encontram instalados, o que só ocorreria se as empresas estivessem suficientemente ligadas entre si para adoptar uma mesma linha de acção no mercado.

Quanto à pretensa violação do artigo 30.º do TCE (actual artigo 28.º), o Tribunal sentenciou que a regulamentação em causa não procedia a qualquer distinção segundo a origem das mercadorias distribuídas pelos estabelecimentos em causa e que era apenas susceptível de produzir na livre circulação das mercadorias efeitos restritivos demasiados aleatórios e indirectos para que a obrigação de obter essa autorização pudesse ser vista como um entrave ao comércio entre os Estados-membros.

No acórdão mencionado em último lugar, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias não ajuizou da contrariedade deste normativo com os preceitos relativos à liberdade de estabelecimento. Parece-nos, no entanto, que, sendo estas restrições aplicáveis ao acesso ou ao exercício de actividades não assalariadas, sem qualquer discriminação, tanto para nacionais do Estado do país de estabelecimento, como para nacionais dos demais Estados-membros, e visando os mesmos prosseguir, de modo proporcional, fins de interesse geral — que, inclusivamente, são objecto de incentivo e financiamento comunitários —, não são violados os actuais artigos 43.^o e ss. do TCE.

7. Conclusão

Após a descrição do quadro actual do direito das implantações comerciais em Portugal e da sua inserção no contexto europeu, estamos em condições de verificar que os olhares nem sempre são coerentes perante uma realidade que deveria ser considerada unitariamente.

Assim, quando se considera a implantação de um estabelecimento comercial, a visão predominante é, ainda, a da independência entre as legislações urbanística e comercial, enquanto que os projectos de urbanismo comercial já comungam de uma perspectiva de complementaridade que se pretende ampliar no sentido da criação de verdadeiros programas de revitalização dos centros urbanos, que não são mais do que instrumentos da política global de renovação urbana.

Que propostas, então, e para além do que já ficou esparsamente dito, se podem formular no sentido da edificação de uma congruente moldura normativa do direito das implantações comerciais no nosso País?

A resposta a esta questão não pode ser unívoca e prende-se, sobretudo, com a definição de uma linha de rumo precisa neste domínio, da qual sejam retiradas as conclusões que se impõem. Aliás, esta definição impõe-se no nosso ordenamento jurídico ao nível regulamentar, uma vez que as relações entre planificação comercial (quase inexistente) e planificação urbanística (pouco talhada, no modelo actual, para dar resposta às questões de urbanismo comercial) necessitam de ser precisadas.

Desta forma, ou se mantém uma dualidade de regulamentações — o que, até agora, tem sido a opção dominante —, assente numa repartição de atribuições entre Administração central, com competência exclusiva a nível de política comercial, e autarquias locais, com competência a nível urbanístico, ou se prevê, na senda das novas tendências europeias, um sistema de regulamentação unitária das duas políticas⁶⁹.

Na primeira hipótese, deve proceder-se à elaboração de efectivos planos do sector comercial, com os quais os Planos Municipais de Ordenamento do Território se devem compatibilizar. É igualmente co-natural, neste sistema, a manutenção do sistema complexo de autorizações e licenciamentos que resultou exposto neste artigo e que tantos óbices coloca à implantação de estabelecimentos comerciais.

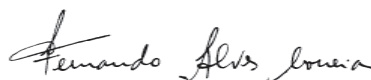
A segunda hipótese parece ser, a nosso ver, a mais adequada. Desde logo, por um motivo de índole prática: a dificuldade de recorte do *quid specificum* do urbanismo comercial, em confronto com as suas duas maiores fontes: a política comercial e o direito do urbanismo geral.

Neste caso, as relações de articulação entre planificação comercial e planificação urbanística seriam muito mais próximas, senão concentradas na aprovação de um mesmo instrumento de planificação da localização dos estabelecimentos comerciais. De igual forma, justificar-se-ia a previsão de uma licença ou autorização específica que aferisse a viabilidade do projecto apresentado em face de todas as disposições legais e regulamentares pertinentes. Por fim, os projectos de urbanismo comercial poderiam, com toda a propriedade, ser convertidos em projectos de revitalização das cidades, uma vez que a associação de actuações de

novos quadrantes seria sempre bem-vinda, ao adoptar-se uma lógica de integração em torno de um objectivo comum.

No entanto, reconhece-se a dificuldade de implementação desta orientação unificadora, uma vez que conta com o óbice da existência de dois actores públicos, responsáveis por actuações parcelares, e da necessidade de prever novas estruturas com competências consultivas e/ou decisórias e de composição policroma. Por um lado, esta abordagem implicaria o reconhecimento de uma mais lata margem de actuação, nesta matéria, às autarquias locais, nomeadamente em matéria regulamentar. Por outro, envolveria, muito provavelmente, ou a criação de um órgão consultivo que, composto por personalidades de vários quadrantes, públicos e privados, desse parecer sobre a implantação de *unidades comerciais de dimensão relevante*, ou, mesmo, a criação de uma entidade reguladora que dispusesse de competências decisórias neste domínio, por forma a imprimir-lhe uma orientação unitária consequente.

O dinamismo inerente a esta problemática não deixará, contudo, de fornecer novos modelos e novas propostas de solução para estas e outras perplexidades que, paulatinamente, vão surgindo, pelo que a conclusão formulada será sempre revisível perante a evolução, inexorável, da realidade comercial e da sua consideração por parte do quadro normativo vigente.



Fernando Alves Correia
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Dulce Lopes
Assistente Estagiária da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra

¹ Este artigo tem como principal fonte de inspiração a participação no Colóquio Internacional de Louvain-la-Neuve, subordinado ao tema *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, que decorreu em 28 e 29 de Setembro de 2001, no qual foi apresentado o relatório português elaborado pelo primeiro autor do presente escrito, o qual será seguido de perto, em vários pontos deste trabalho.

² Cfr., por todos, Teresa Barata Salgueiro, *Do Comércio à Distribuição. Roteiro de uma Mudança*, Oeiras, Celta, 1996. Por comércio ou por distribuição — termos estes que a nossa lei não distingue e tem vindo a acoplar em alguns diplomas — designa-se, em termos genéricos, a actividade profissional de aquisição de produtos para revenda. Para uma tipologia das actividades comerciais no direito português, cfr. o Decreto-Lei n.º 339/85, de 21 de Agosto.

³ Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo Comercial em Portugal e a Revitalização do Centro das Cidades*, Temas de Economia, Lisboa, GEPE, 1999, p. 77.

⁴ Nas palavras de Rui Braz Afonso e Pedro Guedes de Carvalho, “Revitalização integrada e dinâmica comercial dos centros urbanos das cidades médias”, *Comércio e Concorrência*, n.º 1, Março, 1998, p. 70. Nesta linha, desde o primeiro diploma que, em Portugal, se referiu ao licenciamento de supermercados (Portaria n.º 20 922, de 21 de Novembro de 1964), que se têm vindo a associar as preocupações com uma adequada localização dos estabelecimentos à sua própria subsistência económica.

⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre o significado e alcance destas propostas, cfr. Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo Comercial*, cit., pp. 58-63.

⁶ Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo comercial”, in AA.VV., *Ordinamientos Urbanísticos. Valoración Crítica y Perspectivas de Futuro*, Gómez-Reino y Carnota (dir.), Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 277. Para um relatório de síntese das regulamentações europeias a propósito do urbanismo comercial, cfr. Fernand Bouyssou, “La réglementation des implantations commerciales en Europe”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 51-64. Para um quadro mais completo dos regimes legais vigentes, nesta matéria, na Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Grã-Bretanha, Grécia, Itália, Países Baixos, Portugal e Suíça, consultem-se os relatórios nacionais, reproduzidos na segunda parte daquela publicação (pp. 163-290).

⁷ A qualificação desta comissão como autoridade administrativa independente não resulta da letra da lei, mas as competências decisórias que lhe são reconhecidas e a tipologia da sua actuação, traduzidas na ausência de laços de dependência hierárquica, permitem que lhe seja reconhecida essa qualidade. Neste sentido, cfr. Pierre Létang, *Urbanisme Commercial*, Collection Guides, Paris, Le Moniteur, 1997, p. 109.

⁸ Cfr. Fernand Bouyssou, “La Réforme de l’urbanisme commercial”, *Actualité Juridique — Droit Administratif*, n.º 10, 1996, p. 755.

⁹ Segundo Denis Richard [“Le renouveau de l’urbanisme commercial: la Loi du 5 juillet 1996”, *Droit et Ville*, n.º 43, 1997, p. 175], a inclusão do emprego como elemento integrante do urbanismo comercial tem um duplo significado: a constatação de que o sector comercial e, em particular, as pequenas e médias empresas são susceptíveis de criar postos de trabalho e oferecer condições laborais atractivas, e, numa acepção mais operativa, que a concessão das autorizações deve ser recusada sempre que o projecto apresentado tenha um impacte negativo sobre o emprego na zona em questão.

¹⁰ Esta lei estabelece, concomitantemente, novos critérios de apreciação de uma operação de urbanismo comercial. Todavia, como refere Denis Richard [“Le renouveau”, cit., p. 182], eles não configuram se não instrumentos para determinar a conformidade com os princípios directores, devendo ser sempre reconduzidos a estes.

¹¹ Apesar de ter sido considerado por alguns o elemento mais importante desta alteração legal, tendo em vista o estabelecimento de uma verdadeira planificação comercial, é considerado, por outros, como o seu traço normativo mais impreciso. De facto, nem sequer resultam do texto da lei qual a entidade responsável pela elaboração destes planos, nem as grandes linhas que devem presidir a essa mesma elaboração, remetendo-se para posterior decreto do Conselho de Estado. Cfr., neste sentido, Fernand Bouyssou, “La Réforme”, cit., pp. 757-758. Para maiores desenvolvimentos, cfr. Dominique Moreno, “Les schémas de développement commercial en France”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, p. 63-80 e “Le Commerce dans la nouvelle planification”, *Droit de l’Amenagement, de l’Urbanisme et de l’Habitat*, Paris, Dalloz, pp.95-105.

¹² Para maiores desenvolvimentos, cfr. Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo”, cit., pp. 278-280, e Erich Tilkorn, “Le système allemand”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 129-137.

¹³ Neste sentido, cfr. Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo”, cit., pp. 286-288.

¹⁴ Maria Alessandra Sandulli, “La planification commerciale en Italie”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, p. 87. Dando conta desta situação, mas criticando-a numa perspectiva de desregulamentação económica, cfr. Luca Pellegrini, “Concorrenza e regolamentazione: la distribuzione commerciale”, in AA.VV., *Regolazione e Concorrenza*, Tesaro, Giuseppe/D’Alberti, Marco (orgz.), Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 92-97.

¹⁵ Neste sentido, Maria Alessandra Sandulli, “La planification”, cit., pp. 91-92.

¹⁶ Para uma enunciação dessas leis e uma descrição geral do seu conteúdo, consultar Iñigo Martínez de Pisón, “Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 367 e 385-386.

¹⁷ Todavia, a lei em apreço não se ocupou da questão central da coordenação da implantação dos grandes estabelecimentos comerciais com o disposto na legislação urbanística, que releva das competências exclusivas das Comunidades Autónomas. Cfr., neste sentido, Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo”, cit., pp. 291-292, nota 12.

¹⁸ De notar o acréscimo de visibilidade que foi deferida a esta matéria com o novo Regime dos Instrumentos de Gestão Territorial, já que no Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março, apenas se referia, no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), a “previsão de zonas destinadas a habitação, indústria e serviços”, olvidando as zonas destinadas ao comércio.

¹⁹ Margarida Pereira, “Novas dinâmicas de organização comercial. Reflexões para uma estratégia de actuação integrada”, *Comércio e Concorrência*, n.º 3, Maio, 1999, p. 101.

²⁰ Aliás, como bem nota Fernand Bouyssou [“Droit de l’urbanisme et développement économique et comercial”, *Actualité Juridique — Droit Administratif*, n.º especial intitulado Droit de l’Urbanisme. Bilan et Perspectives, 1993, p. 163], o zonamento urbano é cada vez mais uma técnica objecto de cerrada contestação, uma vez que o objectivo de evitar ghettos urbanos “préconise l’urbanisme de mixité «habitat-emploi» et souhaite imposer la présence de commerces dans les quartiers défavorisés”. Na mesma linha, acentua Fernando Alves *Correia* que, “a partir dos anos 60 do Século XX, começaram a ser sublinhados os aspectos negativos decorrentes da excessiva monofuncionalidade das diversas zonas da cidade e passou a defender-se que, na reestruturação das cidades, deve abandonar-se o sistema de zonas monofuncionais e criar áreas de uso misto, como, por exemplo, habitação, comércio e serviços, procurando-se uma «coexistência harmoniosa de funções», o que aponta para um zonamento plurifuncional das diferentes áreas da cidade”. Cfr. *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, p. 31 e 32.

²¹ Como refere Álvaro Domingues, no seu comentário ao primeiro painel do Forum *Comércio, Cidade e Qualidade de Vida*, realizado em Coimbra e na Curia, em 7 e 8 de Julho de 1999, os “projectos urbanos, pela simples razão de que correspondem a investimentos intensivos em áreas muito restritas, induzem fortes mais-valias urbanas nos locais em que incidem, aumentando assim o carácter fragmentado e contrastante que caracteriza os territórios urbanos. Os critérios de equidade do velho plano holístico cedem aos critérios de eficiência e de rendibilidade do capital investido”. As intervenções neste forum encontram-se publicadas pela Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, sob a designação “*Comércio, Cidade e Qualidade de Vida*”, edição não datada. Citada a p. 19 desta publicação.

²² Margarida Pereira, “O comércio na animação dos centros de cidade. Realidade ou mito?”, *Comércio, Cidade e Qualidade de Vida*, Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, p. 52.

²³ Luís Felipe Alonso Teixidor, “Actividad comercial y planeamiento urbanístico”, *Sociedade e Território*, n.º 17, Setembro, 1992, p. 47.

²⁴ José Manuel Pérez Fernández, “La ordenación espacial del equipamiento comercial: planificación comercial, planificación urbanística”, in AA.VV., *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Sosa Wagner*, Francisco (coord.), Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2712-2740.

O respeito pelo princípio da proporcionalidade é aqui particularmente relevante na medida em que uma planificação deste tipo comporta, a mais das vezes, restrições à liberdade fundamental de iniciativa privada, prevista, entre nós, no artigo 61.º da Constituição da República.

²⁵ Este objectivo resulta da constatação de que as diferentes formas de distribuição não deveriam ser excluentes, mas antes complementares, já que as vantagens e desvantagens aliadas à distribuição operada pelas grandes superfícies e pelo comércio tradicional acabam, na óptica do consumidor, por funcionar em sentido inverso. No entanto, há quem formule críticas à pertinência deste objectivo e à sua qualificação como objectivo de interesse geral, pois defendem que a manutenção de qualquer forma de comércio deveria depender do livre jogo de mercado e da livre e esclarecida escolha dos consumidores. Neste sentido, cfr. Luca Pellegrini, “Concorrenza”, cit., pp. 94-95.

²⁶ Neste sentido, Giuseppe Morbidelli, “Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio”, in AA.VV., *Problemi Attuali di Diritto Amministrativo. Scritti per Mario Nigro*, Vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 257.

²⁷ Os trechos citados são da autoria de Álvaro Domingues, “Política urbana e competitividade”, *Sociedade e Território*, n.º 23, Outubro, 1996, respectivamente, pp. 39-40.

²⁸ Incluímos uma menção à polícia administrativa de âmbito municipal, pois, nos termos da Lei n.º 140/99, de 28 de Agosto, que estabelece o regime e forma de criação das polícias municipais, são-lhes cometidas importantes funções de prevenção, entre elas as de vigilância de espaços públicos ou abertos ao público. Ora, uma das dimensões essenciais que tem vindo a ser privilegiada na sequência de acções concertadas de revitalização dos centros urbanos tem sido, precisamente, a do aumento da segurança dessas zonas, quantas vezes transformadas em verdadeiros focos de criminalidade.

²⁹ Assim as concebe Margarida Pereira, “Novas dinâmicas”, cit., pp. 103-104.

³⁰ Como defende Giuseppe Morbidelli, “Rapporti”, cit., em especial p. 241.

³¹ Segundo Fernando Alves Correia [*Manual*, cit., p. 317], “a força vinculativa dos planos sectoriais em face dos planos municipais é comandada, por via de regra, pelo princípio da conformidade – e isso mesmo é referido no artigo 80.º, n.º 3, alínea b), do Decreto-Lei n.º 380/99. A explicação reside na circunstância de os planos sectoriais serem dotados de um acentuado grau de concreção, como sucede com aqueles que incorporam a localização de grandes empreendimentos públicos com incidência territorial (...). Todavia, nos casos em que o plano sectorial se limita a fixar «os cenários de desenvolvimento respeitantes aos diversos sectores da administração central», o princípio da *compatibilidade* traduzirá melhor o grau de vinculação do plano sectorial em relação ao super-veniente plano municipal”. Talvez seja esta a razão pela qual o legislador balanceia na terminologia utilizada, falando ora numa relação de compatibilidade, ora numa relação de conformidade para expressar as relações entre os Planos Sectoriais e os Planos Municipais de Ordenamento do Território”.

³² Para maiores desenvolvimentos, cfr. Giuseppe Morbidelli, “Rapporti”, cit., pp. 245-256.

³³ Este urbanismo operacional, do qual o melhor exemplo não pode deixar de ser, ainda hoje, o das áreas de reconversão e recuperação urbanística, visa a adaptação a um novo paradigma e uma resposta aos novos desafios do urbanismo, em que as exigências de flexibilidade, participação e adaptação se fazem sentir cada vez mais intensamente. Assim, a um urbanismo regulamentar que, em primeira linha, fixa autoritariamente limitações à ocupação do solo e, portanto, ao seu aproveitamento, alia-se um urbanismo pró-activo que visa a promoção do desenvolvimento (económico e social) local. Sobre a necessidade de uma integração destes dois níveis de actuação urbanística e sua complementaridade, cfr. Fernand Bouyssou, “Droit de l’urbanisme”, cit., p. 164.

³⁴ O PROCOM, enquanto instrumento de modernização e desenvolvimento sustentado da competitividade das empresas do sector comercial, não se reduzia à previsão destes “projectos especiais”. Prevía, além disso, três áreas fundamentais que se identificavam com os apoios directos à dinamização das empresas, consideradas individualmente, à cooperação empresarial e às estruturas associativas do sector comercial. No âmbito de vigência deste programa, realizaram-se 147 intervenções de urbanismo comercial, o que demonstra a abrangência e, em certa medida, o relativo êxito destas iniciativas.

³⁵ Registe-se que o Decreto-Lei n.º 225/2002, de 30 de Outubro, cria a Agência Portuguesa para o Investimento (API), como pessoa colectiva de direito público com natureza empresarial, e transferiu para a mesma as atribuições conferidas por lei ao IAPMEI em matéria de grandes projectos de investimento, definidos no n.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos anexos àquele diploma legal.

³⁶ Margarida Pereira, “O comércio”, cit., p. 51.

³⁷ Confirmando esta afirmação, o Despacho Normativo n.º 109/89, de 27 de Novembro de 1989 (publicado no *Diário da República*, I Série, n.º 287, de 15 de Dezembro de 1989), revogou a exigência de intervenção da então Direcção-Geral do Comércio Interno, no processo de licenciamento de supermercados, tendo-a considerado uma forma de burocratização da actuação administrativa.

³⁸ Embora não nos debrucemos especificamente sobre estes diplomas, fica a menção de que o Decreto Legislativo Regional n.º 17/99/A, de 29 de Abril, criou um regime de autorização prévia de licenciamento comercial para instalação ou modificação das grandes superfícies comerciais na Região Autónoma dos Açores, e o Decreto Legislativo Regional n.º 7/99/M, de 2 de Março, definiu o regime jurídico para a instalação de unidades comerciais de dimensão relevante na Região Autónoma da Madeira.

³⁹ Estas cautelas manifestam-se, igualmente, em matéria de regulação do horário dos estabelecimentos comerciais. Em Portugal, a intervenção nesta matéria, necessariamente limitada perante o princípio constitucional da livre iniciativa privada, visa, nos termos do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/96, de 15 de Maio, a correcção das distorções da concorrência, a promoção de uma política que prossiga a consolidação e fortalecimento das pequenas e médias empresas e que permita, num justo equilíbrio de oportunidades, a coexistência de todas as fórmulas empresariais e, por fim, a preservação dos hábitos de consumo adquiridos e a satisfação das necessidades de abastecimento dos consumidores. Sobre a evolução legislativa nesta matéria, cfr. Teresinha Filipe, “Horários do comércio”, *Comércio e Concorrência*, n.º o, Setembro, 1997, pp. 71-74, e Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., pp. 47-48.

⁴⁰ O surgimento que poderíamos considerar tardio destes diplomas, em comparação com o panorama europeu exposto, muito deve à manutenção de um sistema retalhista que vive em grande medida, ainda hoje, das pequenas empresas de cariz familiar e à implantação, apenas em meados dos anos 80, dos novos formatos comerciais, já conhecidos de outros quadrantes. Para uma caracterização mais detida da evolução e situação actual do comércio português, cfr. Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., em especial, pp. 32-40.

⁴¹ No mesmo sentido, mas quanto ao ordenamento jurídico francês, Denis Richard, “Le renouveau”, cit., p. 183. Nas palavras deste autor, “ce qu’impose la loi, c’est de prendre en compte tous les critères qu’elle énonce, en les mettant sur un pied d’égalité. Après quoi, tous les éléments positifs et négatifs de l’opération projetée doivent être mis côté à côté et si l’ensemble des éléments positifs l’emporte sur l’ensemble des éléments négatifs, une autorisation est alors envisageable”.

Em sentido inverso, tem-se entendido, no ordenamento jurídico espanhol, que existe uma relação de precedência entre os dois critérios que a Lei de Organização do Comércio Minorista enuncia, pois, quando se considere existir uma cobertura suficiente de equipamentos comerciais na zona, inviabiliza-se o recurso ao critério do impacto sobre a estrutura comercial existente. Cfr. Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo”, cit., pp. 295-296 e Iñigo Martínez de Pisón, “Urbanismo”, cit., pp. 392-393.

⁴² À excepção da previsão da definição, por Portaria do Ministro da Economia, dos limites das quotas de mercado reais e previsionais destas unidades comerciais, como decorre do já mencionado artigo 8.º, n.º 2, bem como do limite de tempo relevante, nos termos do artigo 3.º, alínea i), para balizar a área de influência das mesmas.

⁴³ Em sentido idêntico, foram levantadas acesas críticas à amplitude e indeterminação da formulação dos critérios de outorga das licenças comerciais no ordenamento jurídico espanhol. Porém, o Tribunal Constitucional Espanhol, nas suas sentenças 225/1993 e 227/1993, ambas de 9 de Julho, entendeu

que, muito embora as restrições introduzidas no caso por legislações autonómicas, devessem ser lidas à luz do direito de liberdade de empresa, estando sujeitas ao crivo da proporcionalidade, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não causava perda a essa posição jurídica constitucionalmente tutelada. De facto, em face da natureza dinâmica das questões comerciais, esta seria a única técnica concebível, sendo sempre possível uma concretização destas bitolas no caso concreto. Além disso, considerou que a utilização desta técnica jurídica se convertia em garantia dos solicitantes, ao tornar possível a revisão judicial da decisão tomada, desde logo na ausência de uma sua adequada motivação. Para maiores desenvolvimentos, cfr. Enrique Gómez-Reino y Carnota, “El urbanismo”, cit., pp. 290 e 291-296-298.

⁴⁴ O diploma fala de parecer da Comissão de Coordenação Regional (CCR) competente, devendo este ser precedido de parecer prévio da Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais (DRA) e, quando se trate de localização em áreas com impacte em estradas nacionais, de parecer da Junta Autónoma de Estradas (JAE). Com as subsequentes reformulações dos órgãos da Administração central, as competências das CCR foram redefinidas, em virtude da criação das DRAOT's, que englobaram as competências daquelas em matéria de ordenamento do território e urbanismo, tendo sucedido, igualmente, nas competências das anteriores DRA's. Por seu turno, procedeu-se à extinção da JAE, devendo entender-se as menções feitas no presente diploma como se referindo ao Instituto de Estradas de Portugal (IEP) – cfr., por último, o Decreto-Lei n.º 227/2002, de 30 de Outubro.

⁴⁵ Note-se que, a nível do direito da construção, há várias disposições, muito embora dispersas, aplicáveis especificamente a equipamentos de comércio, desde logo no que se refere à segurança contra incêndios (Decreto-Lei n.º 368/99, de 18 de Setembro), às condições de higiene e segurança no trabalho (Decreto-Lei n.º 243/86, de 20 de Agosto) e à eliminação de barreiras arquitectónicas de forma a melhorar as condições de acessibilidade de pessoas com mobilidade limitada (Decreto-Lei n.º 370/99, de 18 de Setembro).

⁴⁶ A obrigatoriedade da vistoria decorria já do disposto no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 218/97, de 20 de Agosto, na medida em que a verificação do incumprimento dos requisitos que fundamentaram a autorização prévia e sua cabal fundamentação só poderiam ter lugar depois da sua realização (isto muito embora o artigo 17.º, n.º 2, apenas referisse a “possibilidade” de serem promovidas oficiosamente vistorias ou a possibilidade de os órgãos da Administração central participarem na vistoria camarária). Actualmente, essa obrigatoriedade resulta do disposto no artigo 40.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro. Acrescente-se que este mesmo artigo estabelece que esta vistoria deve ser efectuada em conjunto com a vistoria referida no artigo 64.º do mesmo diploma, quando a ela haja lugar, o que acontece em situações que se podem considerar residuais, definidas no n.º 2 do mesmo artigo —, devendo a Câmara Municipal dar conhecimento da data da realização da vistoria camarária às entidades que tenham competência para licenciar o funcionamento do estabelecimento.

⁴⁷ Sobre esta e demais características que costumam ser apontadas às licenças e autorizações urbanísticas, cfr. Fernando Alves Correia, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 134-135.

⁴⁸ Caso a licença comercial lhe tenha sido concedida mas a licença ou autorização de realização de operações urbanísticas, ainda que por outros motivos lhe seja, *a posteriori*, recusada. Não se pode falar aqui, verdadeiramente, de ilogicismo e de contradição de actuação da Administração, como faz Giuseppe Morbidelli [“Rapporti”, cit., pp. 249-250], uma vez que ela não valorizou o mesmo elemento em dois procedimentos diversos e daí retirou consequências díspares. Mas não se pode negar que a confiança legítima dos cidadãos, nem que seja pelas despesas já realizadas, sai frustrada. Formulando críticas de sentido equivalente quanto ao regime jurídico espanhol, cfr. Iñigo Martínez de Pisón, “Urbanismo”, cit., p. 398.

⁴⁹ Contudo, num diploma aprovado recentemente — o Decreto-Lei n.º 46/2001, de 10 de Fevereiro —, apesar de se prever a concessão de uma licença especial integrada, esta acaba por designar as

licenças, autorizações ou aprovações cuja emissão é obrigatória de acordo com as características de cada área de localização empresarial e às quais correspondem procedimentos previstos em lei especial que ficam, por meio do presente diploma, inseridos nominalmente no procedimento de licenciamento dessa área. A única diferença reside no facto de apenas uma entidade — a entidade coordenadora, que corresponde à Direcção Regional da Economia territorialmente competente —, assumir o encargo de reunir as licenças parcelares que continuam, não obstante, a ser exigíveis, sob pena de aplicação das cominações legais previstas em cada diploma específico.

⁵⁰ Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., p. 51. No mesmo sentido se pronuncia Dominique Moreno [“Le commerce”, cit., p.95], para quem «Facteur d’animation, de convivialité et de dynamisme, il (o comércio) est l’instrument “anti-ville morte”»

⁵¹ Assim o considera a Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto, que estabelece as Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo, ao enunciar como fim da mesma a racionalização, reabilitação e modernização dos centros urbanos [artigo 30.º, alínea f)], e como seus objectivos a reabilitação e revitalização dos centros históricos e dos elementos de património cultural classificado, a recuperação ou reconversão de áreas degradadas e a reconversão de áreas urbanas de génese ilegal [artigo 6.º, n.º 1, alíneas h), i) e j)].

⁵² Não sendo esta a sede própria para nos pronunciarmos sobre os instrumentos normativos que contribuem para a efectivação de uma política de renovação urbana, elencamos apenas alguns deles: os instrumentos de gestão urbanística, em especial os Planos de Urbanização e Planos de Pormenor; a declaração de Áreas Críticas de Recuperação e Reconversão Urbanística; os mecanismos de reconversão de Áreas Urbanas de Génese Ilegal e de Construção Clandestina; os Programas de Realojamento; os complexos jurídicos especiais, como sucedeu com a EXPO 98 e com a Porto 2001 — Capital Europeia da Cultura e, actualmente, com o Programa de Requalificação Urbana e Valorização Ambiental das Cidades, designado por Programa Polis; e os instrumentos de financiamento, como o Regime Especial de Participação na Recuperação de Imóveis Arrendados (RECRIA), o RECRIPH, que se dirige aos edifícios em regime de propriedade horizontal, o programa SOLARH, aplicável aos imóveis usados para habitação própria e às habitações devolutas, o Regime de Apoio à Recuperação Habitacional em Áreas Urbanas Antigas (REHABITA), o Programa de Recuperação de Áreas Urbanas Degradadas (PRAUD), e iniciativas comunitárias, como acontece com o programa URBAN. Para uma descrição dos instrumentos de cariz financeiro enunciados, cfr. Lusitano dos Santos “Políticas de habitação nos centros históricos”, *Comércio, Cidade e Qualidade de Vida*, Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, p. 54. Cfr., também, Fernando Alves Correia, *Manual*, cit., pp. 29-30, nota 28.

⁵³ Para uma caracterização da integração do aspecto comercial nas várias vertentes das políticas de renovação e desenvolvimento urbano em treze cidades europeias, de entre as quais o Porto, ver Stanislas Dendievel, “Politiques commerciales et développement urbain dans les pays de l’Union européenne”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 23-34.

⁵⁴ Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., p. 82.

⁵⁵ Note-se, contudo, que estes não são factores exclusivos da alteração das tendências comerciais. Para Carlos José Lopes Balsas [*Urbanismo*, cit., p. 34], “a estrutura comercial reflecte as características culturais da sociedade que serve e quaisquer desenvolvimentos sociais, económicos e tecnológicos têm impacto na estrutura comercial. Entre estes factores são de especial importância os padrões populacionais e as tendências sociais que lhe estão associadas (envelhecimento, mobilidade, desenvolvimento urbano e posse de viatura própria). Entre outros factores determinantes, incluem-se os padrões domésticos de compra e consumo, as estratégias competitivas das empresas e grupos retalhistas, a legislação sobre a autorização e planeamento dos grandes estabelecimentos, o horário comercial, a protecção dos consumidores e considerações ambientais”.

⁵⁶ Diversa é a experiência dos *Business Improvement Districts* norte-americanos que são verdadeiras associações privadas sem fins lucrativos que intervêm numa área delimitada, por forma a promover a sua revitalização económica. Actuam em diversas áreas, muitas vezes complementando a actuação pública, tais como a manutenção e regulamentação dos espaços públicos, a publicidade e *marketing*, a segurança e os serviços sociais. Uma outra característica destas organizações prende-se com o facto de serem financiadas a título obrigatório pelos seus associados, não estando, por isso, dependentes da existência e do montante dos financiamentos públicos. Para mais desenvolvimentos sobre estas “Áreas de Desenvolvimento Económico”, cfr. Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., pp. 69-72.

⁵⁷ Referindo as valências técnicas que devem estar presentes nos gabinetes em questão, bem como as qualidades, papéis e funções do gestor, cfr. Teresa Sá Marques, “Gestor de projecto em centro urbano ou gestor de projecto comercial”, *Comércio, Cidade e Qualidade de Vida*, Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, em especial, pp. 75-78. No mesmo sentido, mas adoptando uma terminologia diferente, cfr. Carlos José Lopes Balsas, *O Urbanismo Comercial e as Parcerias Público-Privado para a Gestão do Centro das Cidades*. Ensinaamentos da Experiência Estrangeira, Estudo Elaborado para o Observatório do Comércio, Policopiado, Junho de 2000, pp. 77-90.

⁵⁸ Estas propostas aproximam-se do modelo dos *Town Center Management Schemes* ingleses, que são formas de parceria informal entre entidades privadas e as autarquias, adaptadas à realidade da área de intervenção que se pretende ver revitalizada, mas que contam com a presença de um “gestor do centro da cidade”, que promove uma consideração integrada das intervenções parcelares relativas aos transportes, ao ambiente urbano, à segurança e ao *marketing*. No entanto, mesmo na experiência inglesa se têm levantado críticas quanto ao modelo de financiamento predominantemente público deste instituto, no qual as contribuições privadas são facultativas. Assim, tem-se tentado uma aproximação com o modelo norte-americano, promovendo-se a criação de parcerias mais perenes, em que o investimento privado se encontra presente de forma significativa e regular.” Para uma caracterização deste instituto, cfr. Carlos José Lopes Balsas, *Urbanismo*, cit., pp. 73-76, e Stanislas Dendievel, “Politiques”, cit., p. 30.

⁵⁹ Cfr. Carlos José Lopes Balsas, *O Urbanismo Comercial e as Parcerias Público-Privado*, cit., p. 88.

⁶⁰ Na impossibilidade de referirmos todos os documentos jurídicos relevantes neste domínio, consulte-se, para uma exposição das medidas comunitárias adoptadas nos anos mais recentes, o Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, intitulado “Construir uma Europa Empresarial. As Actividades da União Europeia a favor das Pequenas e Médias Empresas (PME)”, COM (2001) 98 final, de 1 de Março de 2001.

⁶¹ Assim, para além de uma definição comum do conceito de pequenas e médias empresas para efeitos de harmonização dos critérios de atribuição dos auxílios estrangeiros e estaduais, introduzida pela Recomendação da Comissão de 3 de Abril de 1996, relativa à definição de Pequenas e Médias Empresas (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L, 107, de 30.04.1996), pretende-se a criação de uma forma jurídica europeia para as pequenas e médias empresas que possibilite uma sua actuação mais competitiva no mercado interno. Neste sentido, cfr. o Parecer do Comité Económico e Social sobre “O Acesso das PME a um Estatuto de Direito Europeu” (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 125, de 27.05.2002).

⁶² Para uma primeira abordagem desta política global e da sua ligação com outras políticas da Comunidade, cfr. a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 28 de Outubro de 1998, sobre o “Desenvolvimento Urbano Sustentável na União Europeia: Um Quadro de Acção” [COM(1998)605]. O mais recente instrumento comunitário nesta matéria é a Decisão n.º 1411/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2001, relativa a um quadro comunitário de cooperação para o desenvolvimento urbano sustentável, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L, 191, de 13.07.2001.

⁶³ Esta possibilidade encontra-se condicionada à não alteração das condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade em sentido contrário ao interesse comum. No n.º 2 do artigo 87.º, prevê-se uma compatibilidade automática dos auxílios concedidos com as regras comunitárias, enquanto o n.º 3, de que ora curamos, requer uma apreciação caso a caso. Em qualquer destas hipóteses, incumbe à Comissão, em primeira linha, mas igualmente ao Conselho e aos Tribunais Comunitários, o controlo da legitimidade da concessão desses auxílios, nos termos previstos no artigo 88.º

⁶⁴ Cfr., respectivamente, a Comunicação da Comissão sobre o “Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais às Pequenas e Médias Empresas”, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 213, de 23.07.1996; o “Enquadramento dos Auxílios Estatais às Empresas nos Bairros Urbanos Desfavorecidos”, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 146, de 14.05.1997; e a Comunicação da Comissão sobre as “Orientações Relativas aos Auxílios Estatais com Finalidade Regional”, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 74, de 10.03.1998.

⁶⁵ Comunicação da Comissão aos Estados-membros de 28 de Abril de 2000, que estabelece as orientações relativas à Iniciativa Comunitária de Revitalização Económica e Social das Cidades e dos Subúrbios em Crise, a fim de promover um Desenvolvimento Urbano Sustentável – URBAN II (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C, 141, de 19.05.2000). Cfr., para uma descrição mais pormenorizada destas acções comunitárias, Mireille Grubert, “Les actions communautaires dans le domaine du commerce et de la ville”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 35-41.

⁶⁶ Processo n.º 20/87, Acórdão de 8 de Dezembro de 1987, *Ministério Público contra André Gauchard*, Colectânea 1987, p. 4879.

⁶⁷ Processo n.º 204/87, Acórdão de 20 de Abril de 1988, *Acção Penal contra Guy Beckaert*, Colectânea 1988, p. 2029. Neste caso, a situação puramente nacional prendia-se com a obtenção, por parte de um cidadão francês, com residência em França, de uma autorização comercial por meio de falsas informações e de falsas declarações.

⁶⁸ Processos apensos n.ºs C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Acórdão de 17 de Outubro de 1995, *DIP SpA contra Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia SRL contra Comune di Chioggia e Lingral SRL contra Comune di Chioggia*, Colectânea 1995, p. I-3257. Para uma apreciação da jurisprudência do Tribunal de Justiça, em grande medida coincidente com a por nós apresentada, cfr. Francis Amand, “Équipement commercial et droit de la concurrence”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 42-47.

⁶⁹ Sobre uma apresentação crítica das vantagens e desvantagens de cada uma destas abordagens, ver Michel Pâques, “La cohabitation de l’urbanisme commercial et de l’urbanisme général”, *Le Commerce et la Ville en Europe. Le Droit des Implantations Commerciales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n.º 6, 2002, pp. 120-128.

Loteamentos e Propriedade Horizontal: Guerra e Paz!

Resumo

As operações de loteamento são, sem dúvida, uma das mais importantes operações urbanísticas, subordinadas a um regime jurídico caracterizado pela imposição de um conjunto de encargos específicos.

Com o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, alterado posteriormente pelo Decreto-Lei n.º 177/99, o legislador procedeu a uma revisão desta figura jurídica para efeitos do regime neles estabelecido. Pretendeu-se ainda, com estes diplomas legais, apresentar algumas respostas ao problema frequente de utilização de outras figuras jurídicas para encobrir verdadeiras operações de loteamento (e, assim, fugir aos pesados encargos a que elas estão sujeitas), sendo o caso mais típico o da propriedade horizontal sobre conjuntos de edifícios.

A necessidade de definir convenientemente o âmbito de cada uma destas figuras e as vantagens de opção por cada uma delas são o objecto do presente artigo, que serve, assim, para visitar uma problemática já anteriormente discutida nas páginas desta revista.

I - Os loteamentos Urbanos

1. Os loteamentos urbanos como operação urbanística sujeita a prévio controlo por parte da Administração em Portugal: evolução legislativa

As operações de loteamento e as obras de urbanização a elas associadas sempre constituíram importantes formas de intervenção nos solos. Trata-se de operações com incidências acentuadas ao nível do ordenamento do território, do ambiente e dos recursos naturais e com importantes repercussões na qualidade de vida dos cidadãos. Ao originar a criação de novos espaços destinados à habitação ou ao exercício das mais diversas actividades humanas, é imperioso que elas sejam projectadas e realizadas por forma a proporcionar aos futuros utentes o necessário conforto e bem-estar, permitindo, designadamente, dotar as habitações e as áreas de comércio e indústria das necessárias infra-estruturas e equipamentos urbanísticos.

A divisão de um ou vários prédios em lotes destinados à construção não esteve, entre nós, sujeita a qualquer regulamentação jurídica autónoma até 1965. Na verdade, foi apenas nesse ano que surgiu o Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro, diploma que veio estabelecer, pela primeira vez e de uma forma sistemática, a sujeição a licenciamento das operações de loteamento urbano e das obras de urbanização¹. A principal razão de ser da sujeição a prévio controlo municipal das operações de loteamento promovidas por particulares foi a de evitar que se efectuassem operações de loteamento sem que previamente estivessem garantidas as indispensáveis infra-estruturas urbanísticas, situação que, além de lesar os compradores de boa fé, criava para as câmaras municipais graves problemas de carácter

financeiro visto serem elas quem, em última instância, tinham de realizar (com prejuízo dos seus programas normais de actividade) as mais importantes obras de urbanização impostas pela necessidade de dotar (e conservar) os referidos núcleos habitacionais com as indispensáveis infra-estruturas e equipamentos fundamentais para garantir a qualidade de vida dos residentes².

Não tendo, contudo, o diploma de 1965 produzido os efeitos anunciados aquando da sua aprovação, o regime nele estabelecido foi objecto de alteração em 1973, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, diploma que veio atribuir importantes poderes às câmaras municipais no licenciamento destas operações, disciplinando ainda a intervenção da administração central de uma forma mais limitada do que até aí era admitida: este diploma limitou a intervenção da Direcção-Geral dos Serviços de Urbanização à emissão de um parecer, mas apenas nas situações em que na área não existisse plano de urbanização ou os pedidos não se conformassem com o instrumento de planificação urbanística aplicável ao local.

O Decreto-Lei n.º 289/73 foi substituído pelo Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, que alterou profundamente o processo de licenciamento das operações de loteamento e de obras de urbanização, diploma que, por sua vez, foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro³. Por fim, a entrada em vigor em 2001 do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho veio determinar a revogação daquele diploma de 1991, sendo o diploma que actualmente regula a matéria em causa^{4 5}.

2. A noção de loteamento urbano

2.1. A evolução do conceito nos vários diplomas legais

O conceito de loteamento urbano foi evoluindo ao longo dos vários diplomas que desde 1965 disciplinam esta importante operação urbanística. Logo no Decreto-Lei n.º 46 673 se determinou que loteamento urbano, para efeitos daquele diploma, seria

“...a operação ou o resultado da operação que tenha por objecto ou tenha tido por efeito a divisão em lotes de um ou vários prédios fundiários, situados em zonas urbanas e rurais, para venda ou locação simultânea ou sucessiva, e destinados a edificação de habitações ou de estabelecimentos comerciais ou industriais”.

De acordo com esta definição estar-se-ia perante uma operação de loteamento sempre que se verificassem cumulativamente os seguintes quatro elementos: (1) realização de uma operação urbanística; (2) divisão em lotes de um ou vários prédios fundiários; (3) destinar-se aquela operação a venda ou locação simultânea ou sucessiva e; (4) destinarem-se os respectivos lotes à construção de habitações ou de estabelecimentos comerciais ou industriais.

Com o Decreto-Lei n.º 289/73 *alargou-se o conceito de loteamento urbano* de modo a abranger todas as situações que, embora não se concretizando através de contratos de venda ou locação de lotes, logravam na prática os mesmos efeitos. Por isso, passou a definir-se loteamento urbano como

“a operação que tenha por objecto ou simplesmente como efeito a divisão em lotes de qualquer área de um ou vários prédios, situados em zonas urbanas ou rurais, e destinadas imediata ou subsequentemente à construção”.

Os lotes resultantes da operação de loteamento podiam, pois, vir a ser transaccionados através de qualquer negócio jurídico, e não apenas através de venda ou locação, para que a sua constituição estivesse sujeita ao regime do Decreto-Lei n.º 289/73.

O Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, não alterou substancialmente o conceito definido no anterior diploma, tendo, por sua vez, o Decreto-Lei n.º 448/91 vindo esclarecer que a construção urbana a que se destinam os lotes não tem de ocorrer em todos eles: basta que pelo menos um dos lotes se destine a construção para que estejamos perante

um loteamento. O loteamento urbano, sujeito ao regime definido no referido diploma, passou, assim, a corresponder às

“...acções que tenham por objecto ou por efeito a divisão em lotes, qualquer que se seja a sua dimensão, de um ou vários prédios, desde que pelo menos um dos lotes se destine imediata ou subseqüentemente a construção urbana”.

2.2. O conceito de loteamento urbano no actual regime legal

Desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 555/99, diploma que actualmente rege o regime jurídico dos loteamentos urbanos⁶, estes são definidos na alínea i) do seu artigo 2.º como

“as acções que tenham por objecto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes destinados imediata ou subseqüentemente à edificação urbana e que resulte da divisão de um ou vários prédios, ou do seu emparcelamento ou reparcelamento”.

Trata-se, como se pode claramente verificar, do conceito legal de loteamento que tem o âmbito de aplicação mais amplo e abrangente de entre todas as definições legais até agora utilizadas. Com efeito, se compararmos com os diplomas que anteriormente regularam esta matéria, o loteamento não é agora apenas a *divisão de prédios em lotes*, uma vez que a constituição de *um lote* ou de *vários lotes* resultantes do *emparcelamento de prédios* autónomos ou do seu *reparcelamento* também são considerados, para efeitos deste diploma, como operações de loteamento sujeitas a controlo municipal⁷.

Deste modo, a noção de loteamento contemplada no actual Decreto-Lei n.º 555/99 abrange três diferentes operações urbanísticas que o legislador entendeu sujeitar ao mesmo regime jurídico: os *loteamentos clássicos* ou *loteamentos em sentido estrito* (que assim designamos para nos referirmos às tradicionais divisões de prédios em lotes para efeitos de construção), os *emparcelamentos* e os *reparcelamentos*. A intenção do legislador parece ter sido a de sujeitar também este tipo de operações urbanísticas a um prévio controlo administrativo, pois, como afirma Osvaldo Gomes, todas as operações de recomposição predial (como é o caso do emparcelamento e do reparcelamento urbanos), desempenham uma função importante no campo do urbanismo no que toca à execução de um adequado ordenamento urbano. O legislador terá entendido que, implicando todas estas operações uma reestruturação fundiária para efeitos de construção urbana, elas deveriam ser tratadas uniformemente, quer em matéria de sujeição a prévio controlo municipal, quer no que concerne às exigências substanciais de carácter urbanístico a cumprir. Temos assim, agora, um conceito amplo de loteamento que abrange três operações distintas, mas sujeitas ao mesmo regime jurídico. Vejamos sumariamente cada uma delas.

a) Os loteamentos clássicos: *divisões de prédios em lotes para efeitos de construção*

Face à noção apresentada no Decreto-Lei n.º 555/99, vários são os elementos que compõem a noção de loteamento urbano enquanto operação de fraccionamento imobiliário. Assim, esta operação tem, desde logo, de consistir numa *conduta voluntária* que implique uma *divisão predial*, material ou meramente jurídica, isto é, resultante de venda, locação, doação, partilha de herança, etc.⁸

Um caso típico de divisão jurídica ocorre quando se pretende aprovar num dado prédio projectos de obras para vários edifícios sem ligação estrutural ou com independência funcional, afectando, assim, partes específicas do solo a unidades distintas⁹. A referência à constituição de lotes visa acentuar que a divisão jurídica da propriedade que está em causa nos loteamentos urbanos é a que dá lugar à *formação de unidades autónomas*, isto é, a que dá origem a *novos prédios urbanos* perfeitamente individualizados e objecto de direito de propriedade nos termos gerais. Deste modo, a referida divisão é sempre quantitativa e não meramente qualitativa (v.g. a constituição de um direito de superfície), sendo irrelevantes o número de lotes e a respectiva área.

Em segundo lugar cabe afirmar que o objecto de divisão é, em regra, um prédio, nada impedindo, no entanto, que a divisão possa incidir sobre vários e, neste caso, pertencentes ao mesmo ou a distintos proprietários, desde que se apresentem como uma unidade autónoma. Por fim, é necessário que pelo menos um dos lotes assim constituídos se destine imediata ou sucessivamente a construção urbana¹⁰. Decorre desta última afirmação que a divisão fundiária, para se sujeitar ao regime jurídico dos loteamentos urbanos, deve destinar-se à construção, não bastando, no entanto, que se trate de uma qualquer construção, mas de uma construção de edifícios destinados a usos urbanos (habitacionais, comerciais, industriais), excluindo-se os edifícios destinados a fins distintos destes (agrícolas, florestais, cinegéticos ou semelhantes)¹¹. É que, a sujeição a controlo municipal dos loteamentos urbanos encontra-se estritamente ligada à necessidade de controlo do desenvolvimento de *núcleos urbanos* e, portanto, de conjuntos de edifícios destinados a usos ou aproveitamentos económicos, habitacionais, comerciais e industriais. São estes, de facto, os que maiores problemas colocam do ponto de vista urbanístico e do ordenamento do território. A construção urbana é, pois, o fim último do loteamento. Por isso, já não estaremos perante um loteamento urbano, sujeito a um regime específico, quando a finalidade do fraccionamento fundiário for outra que não a construção. É o que acontece com as divisões efectuadas com a finalidade de rectificação de extremas de prédios^{12 13}.

Tendo em conta que a definição do loteamento, como divisão de prédios em lotes para efeitos de construção, está já suficientemente estudada na nossa doutrina¹⁴, debruçemo-nos mais demoradamente sobre as restantes duas operações que, nos termos do novo Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, se enquadram no mesmo conceito (para efeitos do regime aí estatuído).

b) Para além dos loteamentos clássicos, os reparcelamentos

No que concerne ao reparcelamento urbano, estamos, desde logo, perante uma operação urbanística prevista expressamente no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, como um instrumento de execução dos planos municipais de ordenamento do território (artigos 131.º e ss.).

Esta operação é definida pela doutrina como uma operação de *“reordenamento de terrenos, edificadas ou não, situados em regra no âmbito territorial de aplicação de um plano, de modo a constituir lotes de terreno que, pela sua localização, forma e extensão, se adaptem aos fins de edificação ou a outro tipo previsto no plano”*¹⁵.

Trata-se de uma operação que envolve simultaneamente o *agrupamento de terrenos* localizados dentro de perímetros urbanos delimitados em plano municipal de ordenamento do território (emparcelamento) e a sua *posterior divisão ajustada àquele* (“loteamento”), com a adjudicação dos lotes ou parcelas resultantes aos primitivos proprietários (n.º 1.º do artigo 131.º do Decreto-Lei n.º 380/99). Apesar de o reparcelamento implicar uma operação de emparcelamento e uma operação sucessiva de loteamento, não estamos perante duas operações distintas, mas de uma só. De facto, os *emparcelamentos*, os *loteamentos* e os *reparcelamentos* são operações urbanísticas distintas, sendo a última delas a mais complexa pois envolve, na mesma operação, aquelas duas primeiras. Ao afirmarmos que se trata apenas de uma só operação queremos significar que a Administração municipal não tem primeiro de licenciar/autorizar o emparcelamento e depois licenciar/autorizar o “loteamento”. No caso do reparcelamento, o órgão municipal competente apenas tem de apreciar um projecto, que envolve simultaneamente, e de uma forma sucessiva, aquelas duas operações, licenciando-o ou autorizando-o, conforme o caso. Não obstante esta figura jurídica se encontrar legalmente regulada, não deixa o respectivo regime de levantar várias questões, designadamente do ponto de vista procedimental. Vejamos algumas delas.

Desde logo, não refere expressamente o Decreto-Lei n.º 380/99 se o reparcelamento pode ser *forçoso* ou se apenas se admite o reparcelamento *voluntário*.

Por reparcelamento voluntário entende-se aquele em relação ao qual se exige conformidade e acordo *de todos os proprietários abrangidos*, sendo expressão unânime da vontade destes. Este tipo de reparcelamento encontra-se regulado no Decreto-Lei n.º 380/99, já que o n.º 4 do artigo 131.º refere expressamente que o reparcelamento pode ser da iniciativa dos proprietários, iniciando-se “...*por requerimento subscrito por todos os proprietários dos terrenos abrangidos*...”. Neste caso, cabe aos proprietários conjuntamente a elaboração do projecto de reparcelamento que terá de cumprir os objectivos definidos no n.º 2 do artigo 131.º e que será licenciado (ou autorizado) pelo órgão municipal competente (cfr. n.º 6 do artigo 131.º e artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 555/99)¹⁶.

Maiores dúvidas se colocam quanto a saber se admite o Decreto-Lei n.º 380/99 o chamado reparcelamento forçado. Por este entende-se o reparcelamento que é da iniciativa da Administração e que é levado a cabo (executado) contra a vontade ou sem a aceitação dos respectivos proprietários. Característica e pressuposto do reparcelamento forçado é a falta de acordo entre as partes, sendo, por isso, naturalmente, o seu procedimento mais complexo. Com efeito, neste tipo de reparcelamento caberá à Administração a elaboração do respectivo projecto, deixando os proprietários dos solos abrangidos de ser actores, para passarem a ser espectadores do reparcelamento, na condição de interessados.

Um exemplo claro de diferenciação entre *reparcelamento voluntário* e reparcelamento forçado surge na legislação valenciana sobre a matéria¹⁷. No caso do reparcelamento forçado, que na legislação daquela região autonómica espanhola pode ser de iniciativa da Administração ou de um agente urbanizador, cabe a estes elaborar o respectivo projecto de reparcelamento e ainda efectuar a valorização dos direitos dos proprietários (valorização, quer das parcelas que lhes pertencem, quer dos direitos que se extinguam em consequência da execução do projecto de reparcelamento)¹⁸. Neste caso, os proprietários identificados como tal no projecto de reparcelamento, os titulares de direitos reais sobre os terrenos afectados e os arrendatários rústicos e urbanos adquirem a qualidade de interessados no procedimento. A sua participação neste revela-se fundamental podendo apresentar alegações contra o projecto de reparcelamento, formular requerimentos no sentido de solucionar controvérsias a propósito da valorização dos seus direitos feita naquele projecto, etc.

Tendo em conta que no reparcelamento forçado estamos perante uma operação em que estão em jogo várias partes — a Administração ou o agente urbanizador, por um lado, que dão início ao procedimento e o levam a cabo, e os proprietários e titulares de outros direitos sobre os terrenos abrangidos pelo projecto de reparcelamento, por outro lado, que serão por ele afectados — estamos perante uma operação que tem uma tramitação procedimental muito mais complexa, como bem o demonstra a referida legislação valenciana¹⁹.

Ora, partindo do Decreto-Lei n.º 380/99, poderíamos afirmar que, ao prever o n.º 5 do seu artigo 131.º que o reparcelamento pode ser da iniciativa da câmara municipal, se admite entre nós, igualmente, o reparcelamento forçado. Não nos parece, no entanto, que assim seja. Com efeito, do ponto de vista procedimental, o diploma limita-se a afirmar que a câmara municipal pode dar início ao reparcelamento, situação em que lhe cabe delimitar a área a abranger pelo projecto respectivo a ser aprovado por aquele órgão autárquico. Não regula, no entanto, o Decreto-Lei n.º 380/99, para além deste aspecto, qualquer outro, pelo que teremos de nos remeter, do ponto de vista procedimental, para o disposto no Decreto-Lei n.º 555/99, tendo em conta que, para efeitos deste diploma, os reparcelamentos são considerados loteamentos. E o que decorre deste último diploma legal é que o reparcelamento, tal como as restantes operações urbanísticas, só pode ser iniciado por quem tenha legitimidade, isto é, por quem seja titular de qualquer direito que lhe confira a faculdade de levar a cabo a operação urbanística em causa (cfr. artigo 9.º). Isto significa que, para que a câmara municipal possa dar início ao procedimento de reparcelamento

— na situação mais provável de o município não ser titular de direitos sobre os terrenos a abranger por ele —, é necessário que os respectivos proprietários tenham dado a sua concordância à operação ou, caso tal não se verifique, que o município proceda à aquisição das parcelas de terrenos em causa. É para esta solução, aliás, que parece apontar o disposto no n.º 7 do artigo 131.º do Decreto-Lei n.º 380/99 quando estipula que “*Sempre que algum ou alguns dos proprietários manifestem o seu desacordo relativamente ao projecto de reparcelamento, pode a câmara municipal promover a aquisição dos respectivos terrenos pela via do direito privado ou, quando não seja possível, mediante o recurso à expropriação por utilidade pública*”. Sendo esta a solução para que aponta a nossa legislação, pensamos poder concluir que não estamos aqui perante um reparcelamento forçado como aquele que descrevemos antes e existente na legislação de Valência. É que aí estamos perante um procedimento que permite à Administração (ou a um terceiro — o agente urbanizador) levar a cabo a operação de reparcelamento sem ter que recorrer à aquisição dos terrenos pertencentes aos proprietários que apresentem resistências ao respectivo processo, sem, no entanto, se descurem os direitos destes, garantindo a sua participação activa no decurso do procedimento de execução do projecto de reparcelamento e de distribuição de benefícios e encargos que ele permite efectuar.

Entre nós, como parece apontar a lei, caso os respectivos proprietários se oponham ao respectivo projecto, não se verifica um reparcelamento forçado; o que pode resultar forçada é a aquisição das respectivas parcelas se os titulares de direitos sobre elas não concordarem na sua cedência pela via do direito privado. Mas, uma vez adquiridas aquelas (por via privada ou expropriativa), o procedimento de reparcelamento em nada será forçado: será feito de forma coordenada entre a Administração e os restantes proprietários que não apresentaram resistência ao projecto²⁰, se não se verificar a hipótese (que julgamos venha a ser rara) em que a Administração tenha adquirido todos os terrenos da área a abranger por aquele projecto.

Não estando previsto entre nós, como pensamos que não está, o reparcelamento forçado, isto é, o reparcelamento levado a cabo pela Administração sem ter de adquirir os respectivos prédios aos particulares afectados (impondo, assim, a estes, o projecto de reparcelamento por si aprovado), mas que garanta de forma justa e equilibrada os seus direitos, pensamos que de *lege ferenda* esta será uma solução que não pode deixar de ser ponderada e prevista, sob pena de qualquer das restantes vias pelas quais o reparcelamento pode ser levado a cabo claudicar perante a resistência de algum ou alguns dos proprietários, tendo em conta que numa situação destas a única via para superar a referida resistência é a expropriação, solução demasiado morosa e onerosa.

Depois desta breve incursão quanto à iniciativa do procedimento de reparcelamento e das dúvidas que a seu propósito se podem colocar, pensamos que, pelo menos, um aspecto resulta claro da conjugação dos Decretos-Leis n.ºs 380/99 e 555/99. Sempre que esteja em causa a realização de uma operação de reparcelamento, o respectivo projecto deve ser tramitado e decidido por aplicação das regras que no Decreto-Lei n.º 555/99 se referem aos loteamentos, ficando os respectivos projectos, no caso de a iniciativa ter cabido aos proprietários, sujeitos a licenciamento ou a autorização nos termos artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 555/99 e sendo-lhes ainda aplicável o disposto nos artigos 41º e ss. deste diploma legal, ou seja, as normas de carácter substantivo relativas aos loteamentos urbanos.

Esclarecido este aspecto, não podemos, no entanto, esquecer o que de específico tem uma operação de reparcelamento. Deste modo, a sua concretização pressupõe, necessariamente, passar por várias etapas, a saber (1) avaliação dos terrenos à data do início do processo segundo o critério do seu valor ou da respectiva área, embora os proprietários possam, por unanimidade, fixar outro critério (artigo 132.º)²¹; (2) *agrupamento dos terrenos* — artigo 131.º, n.º 1²²; (3) quando seja caso disso, *obrigação de urbanizar* (é o chamado

reparcelamento de urbanização cuja função é transformar superfícies ainda não construídas em zonas aptas para edificação)^{23 24}; (4) divisão ajustada às previsões do plano e *partilha* dos lotes resultantes entre os interessados. A divisão/partilha é feita segundo o critério da proporcionalidade. Nesta fase, sempre que possível, deve procurar-se que os lotes ou parcelas se situem nos antigos prédios dos mesmos titulares ou na sua proximidade e em caso algum se poderão criar e distribuir lotes ou parcelas com superfície inferior à dimensão mínima edificável ou que não reúnam a configuração e características adequadas para a edificação ou urbanização em conformidade com o plano.

O facto de a partilha dos terrenos resultantes da operação de *reparcelamento* ser feita segundo o *critério da proporcionalidade* à participação inicial de cada um dos proprietários faz com que este instrumento, ao mesmo tempo que permite a execução material das disposições do plano, funcione simultaneamente como mecanismo de perequação.

O licenciamento/ autorização ou a aprovação da operação de reparcèlement tem como efeito a constituição de lotes para construção ou parcelas para urbanização; a substituição, com plena eficácia real, dos antigos terrenos pelos novos lotes ou parcelas, e a transmissão para a câmara municipal, de pleno direito e livre de quaisquer ónus ou encargos, das parcelas de terrenos para espaços verdes públicos e de utilização colectiva, infra-estruturas, designadamente arruamentos viários e pedonais, e equipamentos públicos que, de acordo com a operação de reparcèlement devam integrar o domínio público²⁵ — artigo 133.º do Decreto-Lei n.º 380/99.²⁶ No que diz respeito ao segundo efeito referido — substituição, com plena eficácia real, dos antigos terrenos pelos novos lotes ou parcelas — há que referir que, em virtude desta sub-rogação, as titularidades existentes sobre as antigas parcelas ficam referidas às respectivas parcelas resultantes e adjudicadas. Para esta sub-rogação é fundamental que na licença ou autorização do projecto de reparcèlement, cujo alvará vai ser registado, se determine a correspondência entre as superfícies trazidas e as parcelas resultantes do reparcèlement e adjudicadas ao primitivo proprietário e, inclusive, nos casos em que o proprietário tenha participado com várias parcelas e receba uma só em substituição daquelas, será necessário determinar a percentagem ou cota em que cada uma das parcelas iniciais contribui para formar a única resultante do reparcèlement.

Estando a operação de reparcèlement sujeita a licenciamento ou autorização, actos estes que serão posteriormente titulados por alvará, este será o documento que servirá de base ao registo da respectiva operação e de cada um dos lotes que dela resultam.

Uma questão que a realização da operação de reparcèlement suscita é a de saber se a fase do agrupamento dos terrenos de diversos proprietários dá origem a um novo prédio, sendo necessário, para o efeito, efectuar diversos negócios jurídicos que permitam a constituição da compropriedade sobre o mesmo. É que, caso se confirme essa necessidade, estaremos perante negócios sujeitos a sisa e outros encargos fiscais que tornam a operação extremamente onerosa, contrariando o objectivo de interesse público que lhe está cometido expressamente pelo legislador no n.º 2 do artigo 131.º do Decreto-Lei n.º 380/99. E, se assim for, este obstáculo só poderá ser superado se for estabelecido um regime fiscal especial, designadamente, isentando de sisa e de outros encargos fiscais os negócios jurídicos necessários à anexação dos terrenos²⁷.

Quanto a nós, a anexação dos prédios não necessita da realização de negócios jurídicos que levem à constituição da compropriedade sobre o mesmo. Se fizermos um paralelo com o que se passa com os tradicionais loteamentos, verificamos que também aí é possível que a operação de loteamento incida sobre vários prédios de diversos proprietários bastando, para que a operação se possa realizar, que todos subscrevam o pedido de licenciamento ou autorização ou que um ou alguns deles o façam mandatados pelos restantes. Ou seja, para que se possa levar a cabo uma operação de loteamento (em sentido estrito) sobre vários prédios pertencentes a vários proprietários não é necessário que seja constituída

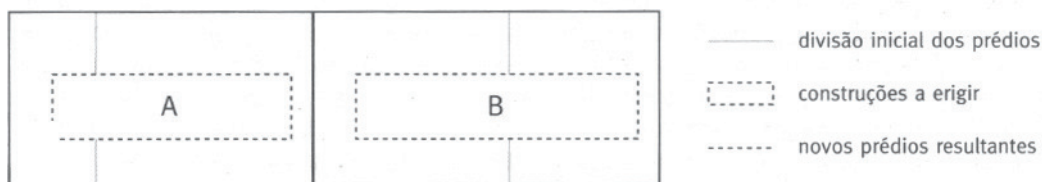
compropriedade sobre os mesmos, Se assim é, do mesmo modo quando se pretende levar a cabo uma operação de reparcelamento sobre prédios de vários proprietários não é necessário que se constitua compropriedade sobre os mesmos. A única exigência que terá de ser cumprida é a de garantir que exista legitimidade por parte de quem pretende levar a cabo a operação, o que, no caso do reparcelamento da iniciativa dos proprietários acontece com o cumprimento da exigência legal de que o pedido seja subscrito por todos. Claro que há uma questão que se pode colocar a este propósito e que é a de saber qual o título pelo qual os particulares que eram proprietários de determinadas parcelas aparecem, depois da concretização da operação de reparcelamento, proprietários de novos e distintos lotes, na maior parte das vezes com diferente configuração e localização. Quanto a nós, tal título é precisamente o acto administrativo de licenciamento ou de autorização, acto este que, por sua vez, é titulado por alvará, documento suficiente para efeitos de registo predial.

c) Para além dos loteamentos clássicos, os emparcelamentos

Os emparcelamentos urbanos são agora também considerados, para efeitos do Regime Jurídico de Urbanização e de Edificação, loteamentos sujeitos a licença ou autorização.

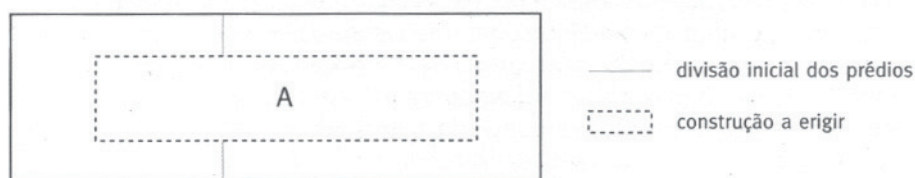
Emparcelamentos de prédios são, para este efeito, todas as acções voluntárias de anexação de prédios autónomos (1), da qual resulta a constituição de um ou de vários lotes (2); destinando--se estes (ou pelo menos um deles) imediata ou subsequentemente à edificação urbana (3).

Configuram operações de emparcelamentos as seguintes situações:



Estamos, na situação posta em esquema, perante uma operação de emparcelamento de 3 prédios que, tal como nos loteamentos clássicos, podem pertencer ao mesmo proprietário ou a proprietários diferentes, e que dá origem a dois lotes. Numa situação destas, ocorre uma operação de recomposição predial que coloca problemas urbanísticos e de ordenamento do território idênticos aos que se colocam nos loteamentos clássicos.

Uma outra situação que se integra igualmente nesta noção legal é a que a seguir se apresenta:



Esta é a hipótese a que se refere a alínea i) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 555/99, quando refere que o loteamento pode dar origem à constituição de um só lote. Estamos, de facto, nesta situação, perante uma operação de emparcelamento de prédios para efeitos de construção urbana.

Pensámos, no entanto, que, da mesma forma que o legislador isenta de licenciamento ou de autorização as operações de destaque de uma só parcela com descrição predial —

que mais não são do que operações de loteamento que, por serem tão simples, o legislador isentou do referido controlo desde que estejam verificados determinados requisitos (que variam consoante se trate de destaque de parcela situada dentro de perímetro urbano ou de parcela situada fora de perímetro urbano) —, o mesmo legislador deveria ter criado um sistema de isenção para os emparcelamentos que dão origem apenas a um lote e que originam apenas a construção de um só edifício. A razão seria a mesma que justifica a isenção no caso dos destaques: estamos perante actos que, por natureza, não justificam que estejam sujeitos a um procedimento administrativo tão complexo como o consagrado para a generalidade das operações de loteamento urbano: tratando-se de uma só construção, o correcto ordenamento do território pode ser conseguido pela via do licenciamento municipal da construção²⁸.

Pensámos também que, contendo um mesmo prédio várias inscrições matriciais, a junção destas respeitantes ao mesmo prédio não configura o reparcelamento previsto na alínea i) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 555/99. Com efeito, a intenção do legislador em submeter as operações de emparcelamento para fins de construção ao mesmo regime dos loteamentos tradicionais estende-se apenas às operações que incidam sobre *diferentes prédios*, sendo as várias inscrições matriciais um indício da existência de vários prédios, mas não o seu critério exclusivo. Deste modo, se houver *um só prédio*, não obstante a existência nele de várias inscrições matriciais, a junção destas não é emparcelamento para efeitos do Decreto-Lei n.º 555/99.

Naturalmente só estamos perante um emparcelamento sujeito ao mesmo regime jurídico dos loteamentos urbanos propriamente ditos quando se trate de um emparcelamento para efeitos de construção e não para finalidades distintas como as agrícolas, de rectificação de extremas, etc.

3. Os encargos dos promotores das operações urbanísticas: um regime de maiores encargos nos loteamentos urbanos

Entre nós a diferença de tratamento do licenciamento de obras particulares relativamente ao licenciamento de loteamentos sempre tendeu a tornar mais exigente e, conseqüentemente, mais onerosos os segundos. Esta não é, no entanto, a melhor solução do ponto de vista da equidade se tivermos em conta que é do somatório dos primeiros (licenciamento pontual de construções de pequena, média e grande dimensão) que resulta a grande maioria do solo urbanizado, onde precisamente a gestão urbanística deveria ser mais rigorosa e exigente.

Ora, se a opção pelo loteamento corresponde a melhor programar e infra-estruturar a expansão urbana, processo mais seguro e com maior carácter de ordenamento dessa expansão, esta operação deveria ser a mais frequente e a mais beneficiada. A necessidade e o interesse de criar incentivos aos loteamentos urbanos assenta na consideração de que os processos de planeamento de pormenor por iniciativa dos particulares em que estes consistem, constituem uma forma pensada e negociada com as autarquias de criação de solo urbanizado e dotado de todas as infra-estruturas primárias, por contraposição à edificação avulsa, muitas vezes de dimensão e impacte bastante maiores. Por tudo isto, uma boa parte da doutrina tem vindo a defender a necessidade de criação de um quadro mais atractivo à construção em lotes resultantes de operações de loteamento, por forma a potenciar a ocupação de solos, no mínimo dotados de infra-estruturas primárias mais recentes, ainda que eventualmente menos centrais.

Tal não se verificou, no entanto, entre nós, nos vários regimes jurídicos do licenciamento de obras particulares e dos loteamentos urbanos, onde a sujeição ao primeiro daqueles regimes tem determinado, para além dos ganhos de tempo, que se evitem cedências gratuitas de terrenos para o domínio público, destinados a espaços verdes e de utilização colectiva e

infra-estruturas ou a respectiva compensação, em numerário ou espécie, encargos estes exigidos no licenciamento dos loteamentos urbanos²⁹.

A diferença de tratamento entre licenciamento de obras particulares e loteamentos urbanos verificou-se, inclusive, em matéria das taxas urbanísticas, em especial das taxas pela realização de infra-estruturas, tendo durante muito tempo sido entendimento corrente que tais taxas não podiam ser cobradas no domínio das obras particulares, ao contrário do que se passava no campo dos loteamentos. Esta questão encontra-se definitivamente esclarecida, sendo actualmente ponto assente que a taxa pela realização de infra-estruturas urbanísticas é exigível, quer em matéria de loteamentos urbanos, quer no domínio de obras particulares, tendo a possibilidade da cobrança desta taxa neste último domínio sido confirmada pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 639/95 (DR, 2.ª Série, de 19 de Março de 1996). Do ponto de vista legal, a cobrança das taxas pela realização de infra-estruturas urbanísticas veio a ser expressamente admitida pelo Decreto-Lei n.º 555/99, tendo-se afirmado expressamente no preâmbulo deste diploma legal que fica definitivamente esclarecida a possibilidade de cobrança desta taxa também no domínio do licenciamento de obras particulares, e determinando, por sua vez, o n.º 3 do seu artigo 116º que *“a emissão de alvará de licença ou autorização de obras de construção ou ampliação em área não abrangida por operação de loteamento ou alvará de obras de urbanização está igualmente sujeita ao pagamento da taxa referida no artigo anterior”*.³⁰

De tudo quanto vimos de afirmar, resulta claro que existia à luz dos anteriores regimes jurídicos do licenciamento de obras particulares e dos loteamentos urbanos (e continua a existir actualmente à luz do Decreto-Lei n.º 555/99, embora de uma forma mais atenuada, como teremos oportunidade de referir), um profundo desequilíbrio em matéria de encargos entre aqueles dois tipos de operações urbanísticas (loteamentos e obras particulares), com um peso mais acentuado destes encargos no caso dos loteamentos urbanos, quando se justificava uma solução idêntica relativamente a ambas. Ou seja, a legislação era (e continua a ser, em certa medida) originadora de profundos desequilíbrios, na medida em que sobrecarregava (do ponto de vista dos encargos) demasiado os loteamentos urbanos — que são operações que permitem a criação de solo urbano infra-estruturado, em regra da responsabilidade do promotor —, em detrimento das construções isoladas, solução que favorece o surgimento do fenómeno da construção dispersa, com todas as dificuldades daí derivadas, conducente, designadamente, à expansão irracional das infra-estruturas de saneamento básico e à pressão nessas infra-estruturas ou à ausência delas³¹.

Ora este sistema profundamente desequilibrador e demasiado “pesado” no que concerne aos loteamentos urbanos comparativamente com o regime aplicável ao licenciamento de obras particulares tem sido fomentador de situações várias de fuga e de fraude à lei. Vejamos a mais significativa delas.

4. Situação de fraude à lei? A propriedade horizontal sobre conjuntos de edifícios

Cabe às entidades intervenientes em qualquer processo de divisão, emparcelamento ou reparcelamento de prédios — câmaras municipais, notários, conservadores do registo predial — detectar casuisticamente situações de fraude à lei. Em especial, estando as operações de loteamento sujeitas a controlo municipal, cabe à câmara municipal verificar, na situação concreta, da sua existência, ou seja, da existência de operações urbanísticas que tenham cumulativamente todos os elementos caracterizadores de uma operação de loteamento em sentido amplo. Deste modo, e a título de exemplo, sempre que for requerido àquele órgão autárquico o licenciamento ou autorização da construção de um edifício num determinado prédio, ele deve verificar se não se trata antes de uma operação de loteamento (como acontece, em princípio, por exemplo, quando no prédio para o qual se

requer a licença ou autorização de construção existe já uma outra edificação, estrutural e funcionalmente autónoma, ou quando a construção requerida assentar em dois ou mais prédios autónomos, unificando-os) e, caso os seus requisitos estejam presentes, deve rejeitar liminarmente pedido de licenciamento (ou autorização) de construção.³²

A identificação das situações sujeitas a licença ou autorização de loteamento veio, no entanto, complicar-se com a introdução operada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, do artigo 1438.º-A no Código Civil. Este artigo passou a admitir a constituição da propriedade horizontal para “...conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns...”

Passou, deste modo, a admitir-se que a construção de vários prédios num mesmo terreno (que até aí só podia, em princípio, ser concretizada através de uma operação de loteamento sujeita a licenciamento municipal), fosse sujeita a propriedade horizontal, dispensando-se aquela licença. Tornou-se, assim, fundamental identificar correctamente as situações que podem ser submetidas ao regime dos loteamentos urbanos e as que ficam sujeitas ao regime da propriedade horizontal.

E, tal como afirma António Pereira da Costa, a “*distinção não é despicienda* (pelo menos no âmbito dos Decretos-Leis n.ºs 448/91, de 29 de Novembro, e 445/91, de 20 de Novembro), pois que, se uma determinada situação, em vez de constituir uma operação de loteamento, puder considerar-se dentro do regime da propriedade horizontal, para além dos ganhos de tempo, evitam-se cedências gratuitas de terrenos para o domínio público, destinados a espaços verdes e de utilização colectiva, e infra-estruturas ou a respectiva compensação em numerário ou espécie (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 448/91), não exigíveis nos licenciamentos de obras de construção civil, assim como o pagamento das respectivas taxas, que têm um peso significativo na construção”³³.

Ora, para podermos compreender convenientemente em que situações estamos perante uma operação de loteamento sujeita, como tal, a um regime específico designadamente do ponto de vista dos respectivos encargos, ou perante a constituição da propriedade horizontal, até aqui não sujeita a tal regime, convém analisar detalhadamente esta última quando incide sobre conjuntos imobiliários.

II - Tratamento dos Conjuntos Imobiliários pelo Direito Civil: o supercondomínio e os condomínios complexos

O Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, aditando o artigo 1438.º-A ao Código Civil, veio prever expressamente a aplicabilidade do regime da propriedade horizontal “a conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afectadas ao uso de todas ou algumas unidades ou fracções que o compõem”, de modo a aproximar o regime legal da realidade social, no campo dinâmico por excelência dos direitos reais.

1. Análise jurídico-comparativa

1.1. Direito Espanhol

A Ley 8/1999, de 6 de Abril, que reformou a Ley sobre Propiedad Horizontal 49/1960, de 21 de Julho, estabeleceu a aplicabilidade do regime da propriedade horizontal a complexos imobiliários e aditou-lhe um Capítulo III intitulado “Dos Complexos Imobiliários Privados”, integrado pelo artigo 24.º. Nos termos deste dispositivo, o regime da propriedade horizontal aplica-se aos complexos imobiliários que reúnam os seguintes requisitos:

- serem compostos por dois ou mais edifícios independentes entre si, quer o seu destino principal seja a habitação ou não;
- que os titulares das fracções em que estes imóveis estejam divididos horizontalmente



participem, com carácter inerente a tal direito, numa compropriedade, insusceptível de divisão, sobre outros elementos imobiliários, acessos, instalações ou serviços.

Segundo esta lei, o complexo imobiliário pode constituir-se de dois modos:

— Numa comunidade única de condóminos, que fica submetida às disposições da *Ley*, que se aplica integralmente;

— Num agrupamento de condomínios. Para esse efeito, o título constitutivo da nova comunidade deve ser outorgado pelo único proprietário do complexo ou pelos presidentes dos condomínios³⁴ chamados a integrar aquele agrupamento, previamente autorizados por decisão maioritária das respectivas Juntas de Proprietários. O título constitutivo fixará a descrição do complexo imobiliário no seu conjunto e dos elementos, acessos, instalações e serviços comuns. Fixará, também, a quota de participação de cada uma das comunidades integradas (nos termos das quais serão fixadas as contribuições para as despesas comuns do agrupamento). O agrupamento de condomínios tem a mesma qualificação jurídica que as comunidades de proprietários e rege-se pela *Ley*, com as seguintes particularidades:

- a) A assembleia de condóminos é composta, salvo acordo em contrário, pelos presidentes dos condomínios integrados no agrupamento;
- b) A tomada de deliberações em que a *Ley* exija maiorias qualificadas exigirá a prévia obtenção dessas maiorias em cada uma das assembleias de condóminos que integrem o agrupamento;
- c) Salvo acordo em contrário, não se aplicará à comunidade agrupada o disposto na *Ley* sobre o fundo de reserva³⁵.

A competência dos órgãos de governo da comunidade agrupada só se estende aos elementos imobiliários, acessos, instalações e serviços comuns aos vários edifícios. As suas medidas não podem diminuir as faculdades que correspondem aos órgãos de governo de cada condomínio integrado no agrupamento.

Aos complexos imobiliários que não adoptem nenhuma destas formas serão aplicadas, subsidiariamente aos acordos que os comproprietários estabeleçam entre si, as disposições da *Ley* com as especialidades assinaladas.

1.2. *Direito Francês*

O artigo 1.º da Lei n.º 65 557, de 10 de Julho de 1965, determina a aplicação do regime da copropriedade a edifícios ou grupos de edifícios, nos quais a propriedade seja repartida entre várias pessoas, por lots³⁶, cabendo a cada uma delas uma parte privativa e uma quota-parte das partes comuns.

O parágrafo 2.º da mesma disposição estabelece que, na falta de convenção em contrário, que crie uma organização diferente, esta lei é igualmente aplicável aos conjuntos imobiliários que, além dos terrenos, dos arranjos e dos serviços comuns, comportem parcelas, edificadas ou não, objecto de direitos de propriedade privativos.

Há aqui uma nítida separação entre duas realidades: o condomínio simples e o super-condomínio (a propriedade horizontal aplica-se a edifícios ou grupos de edifícios — §1) e o condomínio complexo (a propriedade horizontal aplica-se a complexos imobiliários — §2). A doutrina faz aqui a distinção paralela entre *copropriété verticale*, a que se aplica a Lei de 1965 imperativamente, e a *copropriété horizontale*, em que a Lei se aplica supletivamente³⁷.

O âmbito de aplicação de cada uma das disposições não é claro, mas a distinção só importa para aferir a natureza supletiva ou não do regime previsto na Lei 65 557. Os complexos imobiliários não obedecem às condições estabelecidas no §1, ou seja, não têm uma estrutura homogénea, já que podem comportar simultaneamente edifícios divididos em fracções autónomas, unidades imobiliárias e mesmo terrenos nus. Se o conjunto corresponde à definição do §1, este aplica-se obrigatoriamente. O grupo de edifícios, no sentido do §1, caracteriza-se por uma repartição homogénea em *lots*, enquanto que a heterogeneidade da

estrutura é a característica do complexo imobiliário³⁸. Para a aplicação do §2 é necessária uma manifestação de vontade nesse sentido e a criação de uma organização diferente da estabelecida para a *copropriété*.

Temos, assim, no direito francês uma solução de vanguarda. Este regime parte da aplicação em bloco e indiferenciada do regime da *copropriété* a um imóvel ou grupos de imóveis. Segue um caminho inverso ao das principais legislações europeias: enquanto estas últimas se vêm a braços com um diversificar e evolução do real e têm de adaptar a aplicação do regime da propriedade horizontal a conjuntos de imóveis, o regime francês vê-se na necessidade de adaptar o regime-regra a núcleos mais pequenos de imóveis. Nos termos do artigo 27.º da referida Lei 65 557, quando o condomínio comporte vários edifícios, os condóminos cujas fracções componham um ou vários desses edifícios podem, reunidos em assembleia especial, decidir, por maioria, a construção entre eles de um *syndicat*. Este sindicato, dito secundário, tem por objectivo assegurar a gestão, a manutenção e o melhoramento desse ou desses edifícios, com reserva dos direitos resultantes para os outros condóminos das disposições do regulamento de condomínio. A existência de sindicatos secundários permite fazer nascer unidades de gestão de dimensões mais reduzidas, com autonomia variável. É um meio de criar uma estrutura federalista de administração dos conjuntos imobiliários ou grupos de imóveis³⁹.

1.3. Direito Italiano

Embora o Codice não contenha disposição expressa sobre a nova realidade imobiliária, a figura em questão tem sido claramente admitida e sobejamente tratada pela doutrina e pela jurisprudência. Da falta de uma previsão normativa resulta, porém, que o instituto não tem sido objecto de um tratamento unitário e que muitas das soluções propostas tenham um carácter meramente indicativo ou sugestivo.

1.4. Direito Brasileiro

Nos termos do artigo 1.º da Lei 4591, de 16 de Dezembro de 1964, *“as edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objectivamente considerados, e constituirá, cada unidade, parte autónoma, sujeita às limitações desta lei”*.

2. Breve exegese do texto legal

O artigo 1438.º-A, do Código Civil Português, embora inserido na secção IV⁴⁰, relativa à administração das partes comuns do edifício, estabelece que o regime previsto no capítulo VI (Propriedade Horizontal), pode ser aplicado, com as necessárias adaptações, a conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afectadas ao uso de todas ou algumas das unidades ou fracções que os compõem. Analisemos atentamente cada um dos elementos componentes desta previsão legal:

a) pode ser aplicado

A aplicação do regime da propriedade horizontal é uma faculdade, pressupõe uma manifestação expressa de vontade nesse sentido, levando à constituição de um direito real e à sua imposição, como tal, à generalidade dos membros da comunidade jurídica. Estamos perante um regime supletivo.

Normalmente este requisito é desvalorizado pelos juristas⁴¹, mas não podemos olvidar a existência de edifícios contíguos, funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns e que não estão sujeitos a este regime específico, porque estão sujeitos, v.g.,

ao regime geral do loteamento, ou porque as partes comuns existentes ficam sujeitas ao regime geral da compropriedade.

b) com as necessárias adaptações

O nosso sistema jurídico oferece-nos uma tipologia taxativa dos direitos reais⁴². Como o entende a generalidade da doutrina portuguesa, a propriedade horizontal constitui um tipo autónomo⁴³. O estatuto da propriedade e da compropriedade sofre desvios na propriedade horizontal que lhes desvirtuam o sentido originário. Não negamos que há ainda uma propriedade e uma compropriedade, mas a junção destes dois direitos cria algo de diferente, impondo restrições mútuas e entrecruzando campos de poder: a utilização pelos condóminos das coisas comuns está sujeita a uma regulação heterogénea e organizada de modo a possibilitar e a melhorar a utilização das fracções autónomas, a assembleia de condóminos delibera sobre as fracções autónomas para salvaguardar a coexistência em comum. Na propriedade horizontal não existem titularidades principais nem acessórias, existe uma única titularidade⁴⁴.

O condomínio complexo e o supercondomínio, que definiremos mais adiante, mas que se integram na previsão do artigo 1438.º-A do Código Civil, são modalidades do direito de propriedade horizontal, constituindo, portanto, meros subtipos. O que nada retira ao carácter taxativo dos tipos, já que não se atribui uma qualquer liberdade de constituição ou modelação, mas apenas o poder de aplicar o regime da propriedade horizontal, com a correspondente nota de realidade, a situações materiais diferentes das até então subsumíveis na previsão normativa. A liberdade é um poder-opção pela aplicação ou não do regime da propriedade horizontal. Este regime é aplicado, não adaptado (só se admitem as adaptações necessárias), o que já leva implícita uma pretensão de totalidade, de aplicação em bloco. Não há uma liberdade específica de modelação para além da já existente em geral para a propriedade horizontal, exemplo claro de tipo aberto⁴⁵, “*consentindo, por isso, uma intervenção da vontade que não desvirtua as respectivas linhas de força*”⁴⁶.

Em conclusão, ao referir “com as necessárias adaptações”, o legislador quis indicar apenas as necessárias e impostas pela pluralidade de edifícios, não quaisquer umas resultantes da vontade discricionária das partes. Algumas dessas alterações são até previstas pelo legislador, como, por exemplo, os artigos 3.º, 4.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 268/94.

c) a conjuntos de edifícios contíguos

A aplicação deste regime será sempre a “*conjuntos de edifícios contíguos*”. É ponto assente na dogmática dos direitos reais que a expressão “contíguos”, referida a prédios, tem o sentido de prédios vizinhos, não se exigindo qualquer ligação estrutural ou material entre os edifícios. O que será de exigir sempre, no *supercondomínio ou no condomínio complexo*, é uma relação entre os edifícios em altura ou unidades imobiliárias que revele uma situação *condominial unitária*, portanto com uma certa unidade espacial ou territorial, ou pelo menos que não a afaste.

d) funcionalmente ligados entre si

Tendo autonomia estrutural, a ligação funcional entre os edifícios será o elo que sustenta a aplicação deste regime. Mas note-se, uma ligação funcional não impede que haja autonomia funcional dos vários edifícios em altura e unidades imobiliárias, como veremos adiante. A ligação funcional pode ter intensidades diferentes; necessário é que haja qualquer ligação. E essa ligação não tem de ser necessariamente em termos de acessoriedade ou necessidade.

e) pela existência de partes comuns

O elenco das partes comuns transformou-se com o tempo. Os apelos das grandes empresas de construção à compra das fracções autónomas fazem-se através dos campos de ténis, das piscinas,

mini-campos de golfe ou de futebol. A ideia de parte comum transforma-se necessariamente. A nível jurídico-normativo, é o próprio legislador a manter distintas as partes necessárias para a existência do edifício e as que são comuns por serem funcionalmente destinadas ao uso comum. Da necessidade passamos para a comodidade, da subordinação passamos à complementaridade e do campo da acessoriedade passamos ao domínio do igual. As coisas comuns já não servem, apenas, para permitir a existência funcional das fracções autónomas⁴⁷.

As necessidades e as exigências da vida moderna alteraram os critérios de decisão. O desenvolvimento da indústria da construção e o consequente aumento da concorrência tornam a oferta tanto mais diversificada quanto mais acessíveis se vão tornando certos adornos. Se a propriedade horizontal surgiu, historicamente, para responder ao sonho de aceder à habitação própria, hoje, viver num condomínio com espaços verdes, piscina, campos de lazer comuns, é a resposta aos sonhos de quem precisa de viver na cidade (cidade que, entretanto, abandonou o projecto cidade-jardim) e consegue, assim, obter uma qualidade de vida que de outra forma não conseguiria⁴⁸. O aumento do nível de vida não leva ao abandono do centro e à fuga para os arredores, mas à procura de melhores condições e mais conforto, ainda na cidade. Esta nova realidade não pode ser esquecida, nem lhe podemos diminuir a importância: o indivíduo fixou-se definitivamente na cidade⁴⁹. Contam-se, entre as partes comuns, coisas e bens que não eram aí incluídos tradicionalmente e, por outro lado, os típicos serviços condominiais (pelo seu elevado valor económico e pela necessidade de dispor de adequadas estruturas organizatórias que permitam a sua utilização) assumiram dimensões tais de modo a não poderem ser reconduzidos aos modelos originais.

As partes comuns são definidas no artigo 1421.º, como o indica a epígrafe do artigo. Temos assim como necessária a existência de partes comuns em sentido amplo, abrangendo as partes comuns em sentido estrito e os serviços comuns.

As partes necessária ou imperativamente comuns são as partes estruturais do edifício, designadamente o solo, os alicerces, as colunas e pilares e as paredes mestras; *os elementos de cobertura*, o telhado ou certos terraços; os elos que permitem a circulação, *a comunicação*, ou a ligação espacial entre as várias fracções, e entre estas e as partes comuns do prédio ou as saídas para a rua: entradas, vestíbulos, escadas e corredores — elos ou *elementos comunicantes*; são ainda partes necessariamente comuns as *instalações gerais*, que estão funcionalmente afectadas ao uso comum.

Temos, assim, uma afectação estrutural, uma afectação envolvente ou de cobertura, uma de comunicação e uma funcional. Sendo que a enumeração prevista na lei não é taxativa, estes vectores servirão como critérios orientadores no caso de surgirem dúvidas sobre a natureza comum ou privativa de uma parte.

Assim, a ligação pode ser feita pelas entradas, vestíbulos, escadas ou corredores de uso ou passagem comum a dois ou mais edifícios em altura ou unidades imobiliárias ou através das instalações gerais de água, electricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes (no entanto, só a instalação geral é parte comum, e não já o ramal de acesso a cada edifício).

Resulta da configuração geral do instituto da propriedade horizontal e, especificamente, do artigo 1423.º que os condóminos não gozam do direito de pedir a divisão das partes comuns. Mas, na propriedade horizontal, encontramos partes em compropriedade simples. Se as coisas são só presumidamente comuns e, portanto, susceptíveis de apropriação individual, nada obsta a que, posteriormente, deixem de ser comuns através de um processo de divisão. Há partes em comunhão que podem ser divididas, embora necessitem do acordo de todos os condóminos⁵⁰. Até porque, normalmente, esta divisão provocará alteração do título constitutivo da propriedade horizontal, e este só pode ser modificado por unanimidade. O que não existe no condomínio é um direito potestativo de cada condómino a exigir a divisão da coisa comum, não tem uma faculdade que possa fazer valer sozinho.



Note-se, ainda, que a divisão da coisa comum pode levar à extinção do supercondomínio ou do condomínio complexo se cessar a ligação funcional entre os vários edifícios.

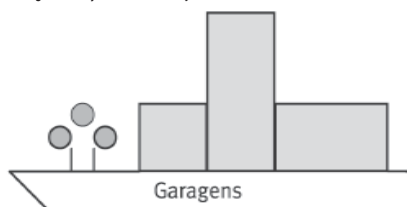
f) afectadas ao uso de todas ou algumas unidades ou fracções que o compõem
Cada unidade ou fracção tem que estar ligada com alguma outra, pela existência de partes comuns. Note-se que basta que as referidas partes comuns estejam afectadas a algumas unidades imobiliárias ou fracções autónomas que compõem o supercondomínio ou o condomínio complexo. Mas é necessário que todas as fracções autónomas ou unidades imobiliárias se encontrem ligadas com alguma outra, porque se não falta o requisito essencial relativamente a esta. Uma unidade imobiliária não fará parte de um supercondomínio ou condomínio complexo se não tiver qualquer ligação com outra unidade imobiliária ou fracção autónoma; falta-lhe o elo de ligação. Já é configurável a situação em que num supercondomínio, em que a ligação se dê pela existência das instalações gerais e da entrada, algumas unidades imobiliárias apenas participem na instalação geral da água ou do gás, outras da entrada, outras de ambas. O que não pode existir é autonomia absoluta, *rectius*, independência funcional.

3. Alguns aspectos do regime do supercondomínio e do condomínio complexo

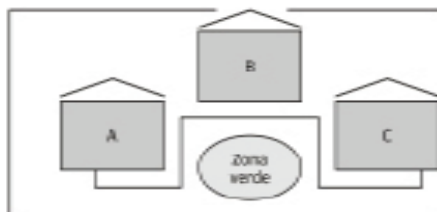
Na *fattispecie* do artigo 1438.º-A do Código Civil cabem várias situações: aquela constituída por vários edifícios em altura, já divididos em fracções autónomas e constituídos em propriedade horizontal, ligados entre si por coisas e serviços comuns; a situação de várias *unidades imobiliárias*, nas quais não há um fraccionamento da propriedade por fracções, mas que fruam igualmente de bens e serviços comuns (o caso dos chamados condomínios fechados, com moradias/casas/vivendas autónomas)⁵¹; a situação composta por vários edifícios em altura fraccionados e unidades imobiliárias autónomas ligadas funcionalmente pela existência de partes comuns, e a situação de vários edifícios que partilham partes comuns entre si.

Analisemos então detalhadamente estas quatro representações possíveis:

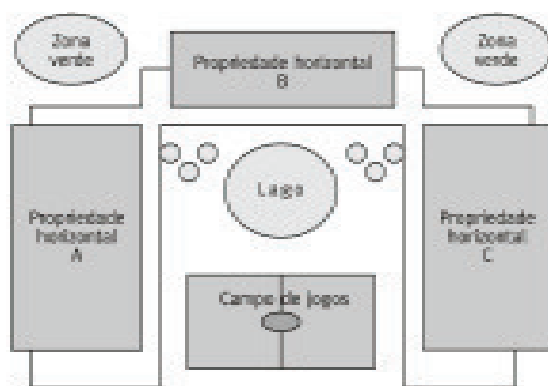
3.1. - Um conjunto de *edifícios* ligados entre si⁵², e sujeitos todos ao mesmo e único regime de propriedade horizontal — supercondomínio: caracteriza-se pela aplicação normal do regime da propriedade horizontal, conforme o estabelecido no título constitutivo ou em acto posterior, com a distinção que o objecto não é um edifício, mas são vários;



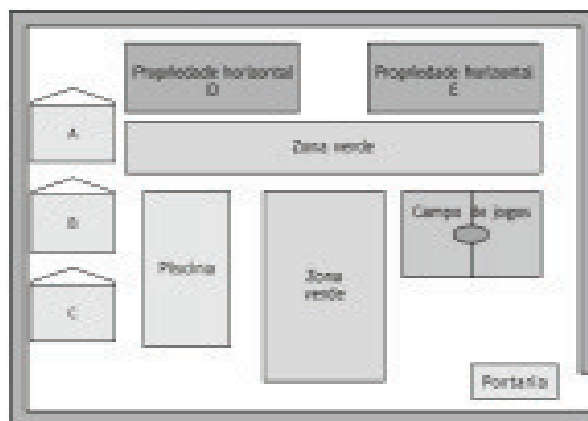
3.2. - Várias *unidades imobiliárias* estão ligadas entre si pela existência de partes comuns e substituem o regime geral da comunhão pelo regime específico da propriedade horizontal — supercondomínio: o *quid* a que se aplica o regime da propriedade horizontal não são várias fracções autónomas mas vários edifícios autónomos⁵³.



3.3. - Vários edifícios autônomos estão ligados entre si funcionalmente; cada um destes edifícios tem um regime jurídico próprio e simples, mas existem ainda partes comuns a todos os edifícios, o que implica um regime especial que será, havendo manifestação expressa, o da propriedade horizontal e, não havendo, o regime normal da comunhão — condomínio complexo;



3.4. - Vários edifícios fraccionados, sujeitos cada um deles ao regime próprio da propriedade horizontal e unidades imobiliárias autônomas, sujeitas a administração plena dos proprietários, ligados funcionalmente pela existência de partes comuns — condomínio complexo.



Temos assim dois conceitos novos: o supercondomínio e o condomínio complexo. No primeiro, o regime da propriedade horizontal mantém a sua estrutura fundamental, aplica-se em bloco, variando apenas no seu objecto: não se aplica apenas a um edifício mas a múltiplos e não se aplica a várias fracções autônomas mas a várias unidades imobiliárias ou moradias. A um só direito corresponde uma multiplicidade de objectos. No segundo passa a ser necessário conciliar dois regimes de propriedade horizontal, ou, *rectius*, um regime duplo de propriedade horizontal. Há, efectivamente, no condomínio complexo uma duplicação de regimes (e de permissão) que altera a linha estrutural do regime. Neste caso, em cada condomínio vigora um regime (com o inerente sistema de administração exclusiva das partes comuns) que será compatibilizado com a aplicação de outro regime às partes comuns aos vários edifícios; o que coloca novos e, passe-se o pleonismo, complexos problemas quanto à repartição de competências entre as várias administrações, entre os vários órgãos de administração, de fiscalização do exercício desses poderes, de responsabilidade pelos encargos, etc. Supercondomínio e condomínio complexo são conceitos pouco elaborados, que correspondem

a uma realidade social recente e em formação contínua⁵⁴. No primeiro, a propriedade horizontal é um regime essencial; no segundo, é apenas complementar, destinado a melhorar a administração de certas partes comuns e a funcionalidade do condomínio.

III — Compatibilidade entre o regime do loteamento e o regime da propriedade horizontal

Tendo em consideração as várias formas possíveis de recurso à propriedade horizontal e a frequente tendência de sujeitar várias construções a este regime com o intuito de, por esta via, evitar as fortes contrapartidas exigidas no licenciamento de operações de loteamento (que não eram exigidas para as simples obras de construção, com todos os aspectos negativos que daí resultavam visto tais construções implicarem, a maior parte das vezes, como tivemos oportunidade de afirmar, uma sobrecarga urbanística tanto ou mais acentuada do que aquela que é provocada pelas operações de loteamento — na medida em que determinam um acréscimo populacional na zona com uma sobrecarga para as infra-estruturas existentes), o legislador veio estabelecer no n.º 5 do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 555/99 (artigo que se encontra neste diploma na parte relativa à *edificação* e não na parte relativa aos loteamentos) que o disposto no artigo 43.º (que exige que os projectos de loteamento devem prever áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos) seja também aplicável às obras de edificação em áreas não abrangidas por operação de loteamento “...quando respeitem a edifícios contíguos e funcionalmente ligados entre si que determinem em termos urbanísticos impactes semelhantes a uma operação de loteamento”, aplicando-se-lhes, ainda, o disposto no n.º 4 do artigo 44.º (relativo à necessidade de os proprietários ficarem obrigados, nas operações de loteamento, ao pagamento de uma compensação ao município, em numerário ou em espécie), quando a obra de construção “...contemple a criação de áreas de circulação viária e pedonal, espaços verdes e equipamentos de uso privativo.”⁵⁵

Perde, assim, razão de ser a exigência inicial de distinção imperiosa entre propriedade horizontal (licenciável praticamente sem encargos para o promotor) e a operação de loteamento (licenciável com encargos): agora, independentemente de um determinada operação estar sujeita a licença de loteamento ou poder ser sujeita à constituição de uma propriedade horizontal, ela estará submetida praticamente ao mesmo tipo de encargos urbanísticos impostos em nome do interesse público, desde que tal assim esteja expressamente previsto no respectivo regulamento municipal.

Podemos, assim, afirmar que a partir deste diploma legal, fundamental não é o modo de licenciamento, até porque se harmonizaram os requisitos, mas o *impacto urbanístico* da operação, uma solução que visa claramente salvaguardar o interesse público⁵⁶. E isto tem como consequência o facto de a propriedade horizontal prevista no artigo 1438.º-A do Código Civil já não poder ser utilizada para fugir aos encargos a que a operação estaria sujeita se fosse realizada pela via do loteamento.

IV — Razão de ser de sujeitar um conjunto de edifícios funcionalmente ligados entre si ao regime da propriedade horizontal

Cabe agora responder à questão, legítima, de saber porque é que os condóminos dos vários edifícios ou proprietários das várias unidades imobiliárias, mesmo sujeitos aos encargos previstos nos n.ºs 5 e 6 do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 555/99, ainda assim optam por substituir o regime da compropriedade simples sobre as partes comuns pelo da propriedade horizontal. Enquanto a comunhão corresponde a uma situação jurídica tendencialmente precária, o condomínio pela sua natureza corresponde, ao invés, a uma situação jurídica tendencialmente

estável e destinada a perdurar no tempo. No fenómeno condominial está presente um certo grau de organização no desenvolvimento da actividade juridicamente relevante. São sintomas evidentes o funcionamento da assembleia de condóminos, o princípio maioritário, a existência obrigatória de órgãos administrativos, a necessidade de um regulamento do condomínio.

A existência de uma assembleia permanente, com a aplicação do método de decisão colegial e do princípio maioritário, imposto por normas inderrogáveis, deve ser considerada como indício revelador de um grupo organizado. Colegialidade e princípio da maioria são instrumentos técnicos necessários para o funcionamento concreto da assembleia que, assegurando um mínimo de organização nas relações entre condóminos, consentem a ordenada coexistência do complexo de situações objectivas e subjectivas típicas no condomínio e o coordenado exercício dos direitos dos condóminos, em função de um interesse colectivo próprio do grupo que, não eliminando a autonomia e a plenitude de cada direito individual, limita o seu exercício no interesse de todos os participantes.

O princípio maioritário, enquanto característica do procedimento colegial como modo de formação da declaração de vontade, regula um concurso de vontades paralelas que se dirigem a um mesmo fim e a um mesmo objecto, mas que se encontram em oposição sobre os meios a adoptar para alcançar esse fim determinado ou sobre querer ou não a produção de determinado efeito⁵⁷. Este princípio informa o poder de autodeterminação do condomínio. A razão está na prevalência do interesse colectivo sobre o interesse particular⁵⁸; na necessidade prática de subordinar a vontade dos condóminos (o condómino é dominado pelo seu interesse particular ou egoístico) à da colectividade, que se presume ser mais correspondente ao interesse da vida condominial. Deste modo realiza-se uma regra de coexistência, que limita os poderes dos condóminos para harmonizá-los na vida colectiva do condomínio, e unifica posições e interesses em contraste entre eles, desvinculando a vontade colectiva do *ius prohibendi* que, segundo os princípios tradicionais, deveria dominar este regime.

Na propriedade horizontal existe um grupo organizado, em que os condóminos concorrem para a formação da vontade do grupo segundo a regra da colegialidade, que constitui um princípio típico de organização das formações colectivas. A regra fundamental em matéria de estrutura organizatória é a seguinte: fora da determinação legal, ninguém pode ser obrigado sem a sua vontade. No que não estiver legalmente estabelecido, vigorará a regra da unanimidade nas decisões internas e a actuação conjunta para a eficácia das relações externas na esfera jurídica de todos os seus membros.

Como vimos atrás, os conjuntos imobiliários podem revestir a forma quer de super-condomínio, quer de condomínio complexo. Ora acontece que, se no supercondomínio não haverá grandes desvios ao regime geral da propriedade horizontal, porque o que temos aí é um direito de propriedade horizontal simples, embora o objecto não seja um edifício mas vários edifícios, já no condomínio complexo as questões que se põem levantam mais cuidados ao intérprete. Vejamos então algumas delas em particular.

1. O título constitutivo

O título constitutivo, em geral de base negocial, continua a ser o elemento fundante da propriedade horizontal.

Nas palavras de Henrique Mesquita⁵⁹, *“o título constitutivo é um acto modelador do estatuto da propriedade horizontal e as suas determinações têm natureza real e, portanto, eficácia erga omnes. Trata-se de um dos poucos casos em que a autonomia da vontade pode intervir na fixação do conteúdo dos direitos reais, o qual, nesta medida, deixa de ser um conteúdo típico. Estas regras, embora resultantes de uma declaração negocial, adquirem força normativa ou reguladora vinculando, desde que registadas, os futuros adquirentes das fracções, independentemente do seu assentimento”*⁶⁰.

Os factos jurídicos que determinem a constituição ou a modificação da propriedade horizontal estão sujeitos a registo, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), do Código de Registo Predial [são provisórias por natureza as inscrições da constituição da propriedade horizontal antes de concluída a constituição do prédio – v. artigo 92.º, n.º 1, alínea b)] e nenhum instrumento pelo qual se transmitam direitos reais ou contraíam encargos sobre fracções autónomas de prédios em regime de propriedade horizontal pode ser lavrado sem que se exiba documento comprovativo da inscrição do respectivo título constitutivo no registo predial (artigo 62.º do Código do Notariado). São também provisórias por natureza as inscrições de factos jurídicos respeitantes a fracções autónomas, antes do registo definitivo da constituição da propriedade horizontal.

O condomínio enquanto grupo organizado, constituindo um fenómeno relevante na realidade social, é considerado pelo ordenamento jurídico como merecedor de uma particular tutela, através de uma série de normas que reconhecem e disciplinam a sua relevância autónoma. Ao contrário do que muitas vezes se pretende⁶¹, o facto de a sua constituição ser voluntária não permite ao regime do condomínio complexo derrogar certas normas do regime legal tidas por imperativas (v.g., as normas que respeitam à nomeação e à exoneração do administrador pela assembleia, as normas relativas à representação do condomínio, a maioria estabelecida pelo artigo 1432.º, n.º 3).

Quanto ao conteúdo do título constitutivo, temos que assinalar uma especificidade para o condomínio complexo e que se refere precisamente à descrição dos vários edifícios e das fracções autónomas. Nos termos do artigo 1418.º, serão especificadas no título constitutivo as partes correspondentes às várias fracções, por forma que estas fiquem devidamente individualizadas, e será fixado o valor relativo de cada fracção, expresso em percentagem ou permilagem do valor total do prédio. Aqui, no âmbito dos conjuntos imobiliários, cada edifício desempenha a função ou assume o papel de fracção autónoma, pelo que deve ser individualizado e será fixado o valor relativo de cada edifício, expresso em percentagem ou permilagem do valor total do conjunto. Quanto à descrição das fracções autónomas, tem que ser indicado, em primeiro lugar, o valor relativo da fracção do *valor total conjunto imobiliário* (este valor é obtido dividindo-se proporcionalmente o valor relativo de cada prédio pelas várias fracções autónomas) e, em segundo lugar, deve ser indicado o valor relativo de cada fracção do *valor total do prédio*. Veja-se o seguinte exemplo:

Edifício A	Edifício B	Edifício C	Edifício D
25%	30%	20%	25%

Edifício A 25%	valor relativo da fracção autónoma do valor total do conjunto imobiliário	valor relativo da fracção autónoma do valor total do prédio	Edifício B 30%	valor relativo da fracção autónoma do valor total do conjunto imobiliário	valor relativo da fracção autónoma do valor total do prédio
Fracção a	5%	20%	Fracção a	6%	20%
Fracção b	5%	20%	Fracção b	6%	20%
Fracção c	5%	20%	Fracção c	6%	20%
Fracção d	5%	20%	Fracção d	6%	20%
Fracção e	5%	20%	Fracção e	6%	20%

Edifício C 20%	valor relativo da fracção autónoma do valor total do conjunto imobiliário	valor relativo da fracção autónoma do valor total do prédio	Edifício D 25%	valor relativo da fracção autónoma do valor total do conjunto imobiliário	valor relativo da fracção autónoma do valor total do prédio
Fracção a	4%	20%	Fracção a	5%	20%
Fracção b	4%	20%	Fracção b	5%	20%
Fracção c	4%	20%	Fracção c	5%	20%
Fracção d	4%	20%	Fracção d	5%	20%
Fracção e	4%	20%	Fracção e	5%	20%

Ao nível do Registo Predial, a situação é idêntica. Nos termos do artigo 81.º do Código de Registo Predial, no caso de constituição de propriedade horizontal é feita uma descrição genérica do prédio e uma descrição distinta para cada fracção autónoma. Ora, na constituição do condomínio complexo, teremos uma descrição genérica do prédio, uma descrição para cada um dos edifícios e a descrição das várias fracções autónomas de cada edifício com subordinação à descrição do edifício. As menções gerais previstas pelo artigo 82.º do Código do Registo Predial aplicam-se quer ao conjunto imobiliário *in totum* quer aos edifícios individualmente considerados e o artigo 83.º aplica-se às fracções autónomas de cada edifício⁶².

Para a modificação do título constitutivo é necessária escritura pública e o acordo de todos os condóminos. No caso de a constituição de um condomínio complexo ser superveniente, é de admitir a aplicação do artigo 1419.º, n.º 2: o título para a união entre várias propriedades horizontais simples pode ser outorgado pelo administrador desde que o acordo conste de acta assinada por todos os condóminos. Note-se que nos termos do artigo 60.º do Código do Notariado, os instrumentos de modificação do título constitutivo que importem alteração da composição das respectivas fracções (cabe aqui claramente o caso da constituição de um condomínio complexo, em que os vários edifícios se tornam parte de um conjunto imobiliário) só podem ser lavrados se for junto documento camarário comprovativo de que a alteração está de acordo com os correspondentes requisitos legais.

2. As partes comuns do condomínio

A existência de partes imperativamente comuns (v.g., o solo, os elementos de cobertura) verifica-se apenas para o edifício, individualmente considerado.

O artigo 1421.º, que distingue as partes imperativamente comuns das partes presumidamente comuns, tem aplicação apenas ao edifício composto por várias fracções autónomas na propriedade horizontal simples, ao supercondomínio e aos edifícios que formam o condomínio complexo, e não já, como por vezes erradamente se julga, ao condomínio complexo tomado *in totum*. Aqui, como estabelece o próprio artigo 1438.º-A, basta que sejam comuns aos vários edifícios contíguos as partes *que permitam retirar a existência de uma ligação funcional entre eles*⁶³.

3. Limitações ao exercício de direitos

O artigo 1422.º⁶⁴ estabelece uma série de limitações aos condóminos, quer sobre a sua fracção em propriedade exclusiva quer sobre as partes comuns do edifício. Este artigo aplica-se, na íntegra, ao condomínio complexo. Onde se lê “partes comuns” deve entender-se as partes

comuns de cada edifício e as que fundamentam o condomínio complexo, e onde se lê “edifício” deve ler-se “conjunto imobiliário”. Ao sujeitar os vários prédios a um regime de propriedade horizontal as partes quiseram sujeitá-lo a um regime tanto quanto possível estável e unitário. Daí que se deva preservar a segurança do edifício, mas que não se possa, por obra nova ou falta de reparação, alterar a linha arquitectónica e o arranjo estético do conjunto imobiliário. São valores que agora se tornam comuns a todos os condóminos e que estes têm de respeitar.

Por outro lado, vivendo em comum, criando uma unidade convivencial tem pleno cabimento que o condómino não possa praticar na sua fracção ou na sua unidade imobiliária, actos ou actividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição e, por outro lado, que sempre que o título constitutivo não disponha sobre o fim de cada fracção autónoma, a alteração ao seu uso careça da autorização da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do conjunto imobiliário.

4. Despesas

Como dissemos supra, no título constitutivo da propriedade horizontal está especificado o valor relativo de cada fracção, expresso em percentagem ou pernilagem, do valor total do prédio (na propriedade horizontal simples e no supercondomínio) ou do conjunto imobiliário (no condomínio complexo)⁶⁵. Estes valores estabelecem a medida da participação dos condóminos nos encargos do condomínio (despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e ao pagamento dos serviços de interesse comum e inovações).

Esta participação nas despesas não levanta problemas de maior porque é o próprio artigo 1424.^o, n.^o 3, que determina que as despesas relativas às partes comuns que sirvam exclusivamente alguns dos condóminos ficam a cargo dos que delas se servem. Esta regra tanto vale para o edifício individualmente considerado como para o complexo imobiliário, *rectius*, para as partes que ligam funcionalmente os edifícios contíguos.

5. Administração das partes comuns

A administração das partes comuns é sem dúvida o maior factor de atracção dos particulares para este regime específico da propriedade horizontal. Se não há qualquer questão de relevo para o supercondomínio podem levantar-se dúvidas pertinentes para o regime do condomínio complexo. Vejamos alguns aspectos separadamente: o direito de voto dos condóminos (porque, salvo as reparações indispensáveis e urgentes, é a forma de o condómino, individualmente considerado, participar na administração das partes comuns do edifício) e os órgãos administrativos — a assembleia de condóminos e o administrador. O administrador e a assembleia são órgãos da colectividade, com carácter obrigatório e necessário, cujas atribuições estão ligadas à sua função como expressão do grupo condominial.

5.1. Direito de voto

Cada condómino tem na assembleia tantos votos quantas as unidades inteiras que couberem na percentagem ou pernilagem que lhe foi atribuída pelo título constitutivo.

Assim, de acordo com o conteúdo do título constitutivo, temos um determinado número de votos dentro do edifício e outro número para a assembleia do condomínio complexo. Nos grandes edifícios constituídos em propriedade horizontal, com construções e complexos habitacionais separados, determinados assuntos interessam apenas a uma parte limitada dos condóminos. Para estas matérias, só têm direito de voto os condóminos interessados⁶⁶. Far-se-á uma aplicação analógica do artigo 1424.^o, n.^o 3, nos termos do

qual as despesas relativas às partes comuns dos prédios que sirvam exclusivamente alguns dos condóminos ficam a cargo dos que dela se servem. Esta norma autoriza-nos a concluir que, quando se trate de deliberações atinentes a estas despesas, o direito de voto cabe apenas aos condóminos interessados⁶⁷. Em direito privado, o poder decisório cabe naturalmente a quem suporta os encargos. Se o condómino não tem de contribuir para as despesas, não terá, *a fortiori*, o direito de votar nas deliberações que as aprovarão. Nestas situações excepcionais, quando a deliberação respeita à gestão ou à aprovação de despesas para a conservação das partes necessárias e úteis só a alguns imóveis e, por isso, respeitantes só a determinados condóminos, conta-se a maioria com referência ao valor das fracções autónomas a que respeitam as deliberações. Por exemplo, num condomínio complexo as despesas com a porta de entrada de cada torre devem ser suportadas pelos condóminos que aí habitam. Ora, serão estes condóminos que decidirão da necessidade ou não da substituição de uma porta antiga por uma nova, da conveniência da sua reparação ou o tipo de porta que querem colocar (embora se mantenha na assembleia geral, por exemplo, o poder de avaliar a sua conformidade com a linha arquitectónica e o arranjo estético do edifício). Nestes casos, o direito de voto cabe somente aos condóminos que residem nessa parte do edifício. A opinião contrária geraria uma intromissão injustificada em assuntos alheios que nem a proximidade física nem a ligação funcional justificam.

5.2. A assembleia de condóminos

A autonomia do condomínio encontra uma expressão pontual na assembleia dos condóminos que, com o seu funcionamento típico baseado na aplicação conjunta do critério da quota da propriedade e do princípio maioritário, determina uma vontade do condomínio, nas relações externas ou nas relações internas, desvinculada e autónoma das particulares posições dos condóminos. Existe, de facto, no condomínio uma série de poderes e de faculdades que não podem ser feitos valer individualmente pelos condóminos singulares mas apenas colectivamente. Este sistema de gestão colectiva faz com que os actos, se legalmente formados, sejam plenamente eficazes para todos os elementos do grupo, ainda que ausentes e estranhos ao procedimento de formação da vontade; mas qualquer condómino continua titular dos seus direitos, na medida em que o método colectivo respeita apenas ao seu modo de exercício. Da constituição de um condomínio complexo resulta a constituição de uma assembleia que podemos chamar geral ou plenária, e a que se aplicam as regras gerais da propriedade horizontal. Devemos admitir, contudo, que ela se reúna apenas parcialmente⁶⁸, ou seja, apenas com os condóminos a quem determinados assuntos interessam e que têm direito de voto em determinada matéria. Esta é a solução mais eficaz, porque permite desde logo que o quórum deliberativo seja aferido em relação a um número mais limitado de condóminos e, portanto, mais facilmente.

5.3. O administrador

A complexidade da actividade de administração do edifício e o crescente desinteresse dos condóminos pela vida do condomínio levaram à atribuição de mais poderes ao administrador. A substituição do princípio democrático e a centralização de poderes na pessoa do administrador justificam-se pela necessidade de assegurar a gestão funcional e eficaz do condomínio, ligado a um premente interesse de ordem e paz pública.

Ao contrário da assembleia de condóminos, que se desdobra no condomínio complexo, a figura do administrador do condomínio mantém-se inalterada — o administrador é um órgão singular — deve manter-se como tal.

Como já defendemos anteriormente ⁶⁹ não é de admitir a existência de vários administradores num edifício constituído em propriedade horizontal⁷⁰.

Ao administrador cabe a convocação da assembleia de condóminos, a elaboração do orçamento das despesas e das receitas relativas a cada ano (o que cada administrador faria relativamente ao assunto de que estivesse encarregado), verificar a existência do seguro contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro, realizar os actos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio, guardar as actas das reuniões e facultar a respectiva consulta, guardar as cópias autenticadas dos documentos utilizados para instruir o processo de constituição da propriedade horizontal, guardar e dar a conhecer aos condóminos todas as notificações dirigidas ao condomínio, publicitar as regras de segurança do condomínio, facultar cópia do regulamento aos terceiros titulares de direitos relativos às fracções. As últimas funções agora enunciadas têm a ver com o conjunto imobiliário no seu conjunto, e não são repartíveis entre várias pessoas sem se quebrar inexoravelmente a unidade na administração do condomínio, que o legislador considerou indispensável à boa gestão das partes comuns. Se tudo o que dissemos tem a ver com um certo aspecto interno da gestão do condomínio, mais premente ainda se torna a necessidade de titularidade única do órgão no aspecto externo⁷¹, quanto à representação unitária do condomínio, imprescindível para assegurar a sua circulação no tráfico jurídico e, sobretudo, para proteger os interesses de terceiros cuja esfera jurídica se cruza com a do condomínio. Veja-se os seguintes exemplos: os condóminos devem comunicar ao administrador a escritura pública de junção ou cisão das fracções autónomas; o administrador representa o conjunto dos condóminos perante as autoridades administrativas, tem legitimidade para agir em juízo, quer contra qualquer dos condóminos, quer contra terceiro, na execução das funções que lhe pertencem ou quando autorizado pela assembleia, pode ser demandado nas acções respeitantes às partes comuns do edifício (com excepção das acções relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns)⁷². A nossa opinião, segundo a qual o administrador é um órgão singular, encontra forte apoio legal. Nos termos do artigo 1430.º, a administração das partes comuns do edifício compete à assembleia dos condóminos e a *um administrador*. A lei nunca faz referência à existência de vários administradores, impondo até que o regulamento do condomínio preveja e regule o exercício das funções de administração na falta ou impedimento do administrador ou de quem, a título provisório, desempenhe as funções deste (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 268/94).

Outro indício forte encontramos na expressão “decisões do administrador” (cfr. artigo 1434.º, n.º 1). O legislador refere-se a decisões do administrador, quando é normal entender-se que as deliberações correspondem a manifestações de vontade de órgãos plurais e as decisões correspondem a declarações de vontade de órgãos singulares.

O administrador pode ter um ajudante numa parte delimitada do edifício, a quem incumba o dever de publicitar as regras de segurança (na utilização do elevador, a indicação de saídas de emergência, a localização dos extintores e das torneiras de segurança, por exemplo). O administrador terá poderes decisórios gerais, de orientação, de coordenação e de fiscalização da actividade dos seus colaboradores. Os ajudantes, auxiliares ou colaboradores são subordinados ao administrador, e só respondem perante ele. Perante o condomínio, o administrador é o responsável, e é ele quem responde no caso de as informações não serem devidamente publicitadas. O administrador é o único modo de actuação responsável do condomínio. Mas, sendo um órgão responsabilizante, deve sê-lo de modo claro e inequívoco. A figura do administrador tem de ser imediatamente apreensível a qualquer pessoa que se relacione com o condomínio.

Assim, sendo vários os edifícios, haverá um único administrador geral. A este administrador caberá a gestão e a representação de todas as partes comuns, quer as que pertencem a cada edifício particular, quer as que ligam funcionalmente os edifícios entre si. O que está, definitivamente, fora do espírito legal é a existência de um administrador para cada

edifício e de um administrador geral que, afinal, só seria administrador das partes que ligam funcionalmente os edifícios entre si. A ser assim, em cada edifício teríamos um administrador para as partes e serviços comuns “internos” (escadas e instalações gerais) e um administrador para as partes e serviços comuns “externos” de ligação aos outros edifícios. Não nos parece, de modo algum, que o nosso regime legal sancione esta situação. A solução que propugnamos, além de ser a mais conforme com o espírito do regime, encontra apoio no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 268/94, que impõe a afixação, na entrada do prédio ou *conjunto de prédios* ou em local de passagem comum aos condóminos, da *identificação do administrador* em exercício ou de quem, a título provisório, desempenhe as funções deste. E o artigo 8.º, do mesmo Decreto-Lei, estabelece que o *administrador* deve assegurar a publicitação das *regras respeitantes à segurança do edifício ou conjunto de edifícios*, designadamente à dos equipamentos de uso comum”.

O administrador geral, neste sentido, é um supra-administrador porque está numa posição de superioridade ou supremacia, absorve a possibilidade de existências de outros condomínios menores. Ao contrário do que se passa com a assembleia de condóminos, não há lateralidade, que pressupõe o reconhecimento e o respeito pelos órgãos particulares de cada edifício.

V – Razão de ser do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 555/99

O artigo 43.º estabelece que os espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos de natureza privada constituem partes comuns dos lotes resultantes da operação de loteamento e dos edifícios que neles venham a ser construídos e regem-se pelo disposto nos artigos 1420.º a 1438.º-A do Código Civil.

Em primeiro lugar um esclarecimento: o legislador não está a criar ope legis um condomínio complexo. O que resulta desta disposição legal é apenas a aplicação do regime da propriedade horizontal aos espaços verdes e de utilização colectiva, às infra-estruturas viárias e aos equipamentos de natureza privada⁷³.

Em segundo lugar, quando o legislador refere os elementos de natureza privada como sendo partes comuns dos lotes resultantes da operação de loteamento e dos edifícios que neles venham a ser construídos está a salientar a natureza imperativamente comum desses elementos.

Porque é que o legislador optou pelo regime da propriedade horizontal? Porque o sistema jurídico considera unitariamente as partes comuns do edifício, em virtude da sua destinação ao gozo colectivo e, ao mesmo tempo, ao melhor aproveitamento das partes próprias. O grupo, organizado dentro destes limites e para o prosseguimento deste escopo, apresenta-se como um centro autónomo de imputação de relações jurídicas, sem que, por outro lado, possa ser considerado como uma entidade completamente separada e contraposta aos seus componentes. Ao remeter para os artigos 1420.º a 1438.º-A do Código Civil⁷⁴, o legislador remeteu para duas secções do Código Civil: a secção III, relativa aos direitos e encargos dos condóminos, e a secção IV, relativa à administração das partes comuns.

Da aplicação do artigos 1420.º e ss. resultam consequências relevantes: podemos referir a grande importância do artigo 1420.º, n.º 2, ao estabelecer que o conjunto dos dois direitos é incindível; nenhum deles pode ser alienado separadamente, nem é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou o artigo 1423.º ao estabelecer que os condóminos não gozam do direito de pedir a divisão das coisas comuns. Esta norma satisfaz perfeitamente as exigências da Administração Pública e se já se podia retirar do espírito do direito administrativo, agora vem aqui expressamente dito. São ainda pontos de importância vital: a repartição das despesas (1424.º a 1427.º), a obrigatoriedade de seguro contra o risco de incêndio e a exigência de um regulamento de condomínio, havendo mais de quatro comproprietários⁷⁵.

Da remissão para o regime da administração das partes comuns, temos de salientar a importância da figura do administrador. Das funções do administrador, que vêm enumeradas, de forma não taxativa, no artigo 1436.º, destacamos algumas: elaborar o orçamento das receitas e despesas relativas a cada ano; verificar a existência do seguro contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro; cobrar as receitas e efectuar as despesas comuns; exigir dos proprietários a sua quota-parte nas despesas aprovadas; realizar os actos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns; regular o uso das coisas comuns e a prestação de serviços de interesse comum e executar as deliberações da assembleia⁷⁶. O legislador impõe a criação de um órgão administrativo com um leque diversificado de funções e que visam não só regular internamente as relações entre os proprietários, mas, e provavelmente foi essa a grande vantagem que esteve presente na mente do legislador, a regularização das relações entre os vários proprietários e terceiros. Estruturalmente, o condomínio no edifício é caracterizado por uma particular “organização de grupo” normativamente estruturada e inderrogavelmente imposta, a qual, por um lado, circunscreve e disciplina as relações internas entre os condóminos e, por outro lado, no interesse de terceiros, faz com que o grupo se apresente externamente como tal. Vejamos mais algumas dessas funções, previstas pelo artigo 1436.º:

— alínea i) - *Representar o conjunto dos condóminos perante as autoridades administrativas.* O administrador representa, unitariamente, o condomínio, quer perante terceiros, quer judicialmente, quer perante as autoridades administrativas. Nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 268/94, para efeitos do disposto nos artigos 10.º, 12.º e 165.º do RGEU, é suficiente a notificação do administrador do condomínio. O artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 106/96, de 31 de Julho, que criou o RECRIPH (Regime Especial de Participação e Financiamento na Recuperação de Prédios Urbanos em Regime de Propriedade Horizontal), estabelece que o administrador representa o conjunto dos condóminos para efeitos da prática dos actos respeitantes à realização de obras nas partes comuns do prédio, nomeadamente, no que agora nos interessa, perante o IGAPHE e perante o município da área do imóvel. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do referido Decreto-Lei n.º 268/94, o administrador tem o dever de guardar e dar a conhecer aos condóminos todas as notificações dirigidas ao condomínio, designadamente as provenientes de autoridades administrativas.

— alínea l) - *Assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio.*

Assegurar a execução das disposições legais relativas ao condomínio é a base legal necessária para quem pretenda atribuir poderes quase ilimitados ao administrador, tornando-o um guardião da legalidade no edifício. Poder-se-ia entender, por exemplo, que o administrador tem o dever de averiguar se todas as fracções autónomas estão a ser utilizadas de acordo com o disposto no título constitutivo. Esta opinião não corre o risco de desvirtuar o regime próprio da propriedade horizontal, permitindo ao administrador ultrapassar a vontade dos condóminos, agindo onde eles preferem tolerar, já que o administrador está vinculado a realizar o interesse do condomínio e dos seus actos cabe recurso para a assembleia. Sendo o regulamento a lei interna do condomínio⁷⁷, impor e garantir a sua observância é tutelar a ordem interna do grupo: o poder-dever do administrador é um poder-dever de polícia. O administrador pode impor a observância do regulamento através de vários instrumentos, desde o procedimento cautelar à propositura de uma acção em juízo.

— alínea m) - *Guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio.* Nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 268/94, deverão ficar depositadas, à guarda do administrador, as cópias autenticadas dos documentos utilizados para instruir o processo de constituição da propriedade horizontal, designadamente do projecto aprovado pela entidade pública competente. O administrador tem também o dever de guardar e dar a conhecer aos condóminos todas as notificações dirigidas ao condomínio, designadamente

as provenientes das autoridades administrativas. O administrador deve guardar, entre outros, o regulamento do condomínio, a planta do edifício, actos relativos à convocação da assembleia, as actas das reuniões (artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 268/94), documentos contabilísticos e contratos (v.g., seguros, manutenção do elevador, contratos de trabalho, fornecimento de energia eléctrica). Enquanto depositário, o administrador tem o dever de avisar imediatamente o depositante quando saiba que algum perigo ameaça a coisa, e tem o dever de a restituir quando cessar as suas funções. O administrador deve ainda manter um registo actualizado da identificação de todos os proprietários. Os proprietários não residentes devem comunicar, por escrito, ao administrador o seu domicílio ou o do seu representante.

Em conclusão, no condomínio encontramos um grupo de pessoas (elemento pessoal), que visa a realização e tutela de um interesse determinado, colectivo e duradouro (elemento teleológico), sustentado por uma organização (elemento organizatório). O condomínio tem um substrato organizatório que lhe confere uma estrutura de actuação e, desde logo, os seus órgãos. A lei encomenda a órgãos o desenvolvimento normal da vida da comunidade mediante a assunção de diversas funções que ficam, assim, subtraídas à esfera da competência individual dos proprietários. O interesse do condomínio representa o elemento final e funcional da relação, o que justifica e fundamenta que os poderes de gestão sejam subtraídos aos proprietários para serem entregues ao grupo⁷⁸.



Fernanda Paula Oliveira
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



Sandra Passarinhas
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Sobre o regime que vigorava antes deste diploma existem dúvidas sobre se a regra era a da liberdade (neste sentido, cfr. Osvaldo Gomes, *Manual dos Loteamentos Urbanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 35-37) ou se, após o Código Administrativo de 1936, o Governo passou a proibir tacitamente a realização de urbanizações particulares [posição defendida por Fernando Gonçalves, “Evolução Histórica do Direito do Urbanismo em Portugal (1851-1988),” in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, p. 251]. No entanto, não obstante as dúvidas que perante as disposições do Código Administrativo se colocaram quanto à respectiva legalidade, a verdade é que a iniciativa dos particulares no fraccionamento da propriedade não foi, antes de 1965, impedida, desde que fossem respeitados os preceitos legais aplicáveis. Cfr. António Duarte de Almeida, *Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo*, Lisboa, Lex, p. 502.

² Cfr. Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, p. 38.

³ Este Decreto-Lei foi sucessivamente alterado pela Lei n.º 25/92, de 31 de Agosto, pelos Decretos-Leis n.os 302/94, de 19 de Dezembro, e 334/95, de 28 de Dezembro, e pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto.

⁴ Sobre o regime jurídico das operações de loteamento nos vários diplomas legislativos, cfr. Costa Lobo/Sidónio Parda/Paulo Correia/Sousa Lobo, *Normas Urbanísticas, Princípios e Conceitos Fundamentais*, DGOTDU/Universidade Técnica de Lisboa, vol. III, pp. 86 e ss., Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, pp. 37 e ss.

⁵ A referência, de futuro, ao Decreto-Lei n.º 555/99 deve entender-se feita para a sua redacção resultante do Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho.

⁶ O Decreto-Lei n.º 555/99, para além do regime jurídico dos loteamentos urbanos e respectivas obras de urbanização, estabelece também a disciplina jurídica de todas as restantes operações urbanísticas definidas no seu artigo 2.º.

⁷ Por os loteamentos abrangerem agora também os emparcelamentos é que se prevê a possibilidade de “*loteamentos de um só lote*”.

⁸ Por o loteamento ter de resultar de uma conduta voluntária, entende-se não deverem ser consideradas operações de loteamento sujeitas a controlo municipal, as divisões de prédios que resultam de *factos naturais* (v.g. desvio natural de um curso de água que divide materialmente um prédio em dois) ou que resultam de *acções imputáveis à Administração* (v.g. a expropriação de uma faixa de terreno para efeitos de construção de uma estrada). Cfr. Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, p. 78, António Duarte de Almeida e outros, *ob. cit.*, p. 512. Parece-nos, contudo, que deve ser igualmente excluída da noção de loteamento a constituição de lotes que decorrem de uma cessão amigável de um terreno, no âmbito de um procedimento expropriativo, cessão essa verificada antes ou depois da declaração de utilidade pública (v.g. a cedência efectuada nos termos do artigo 11.º do Código das Expropriações). Numa situação destas, embora estejamos perante um acto voluntário do particular e não propriamente uma acção imputada à Administração, trata-se de uma cessão substitutiva da expropriação e umbilicalmente ligada a ela, pelo que se justifica um regime idêntico ao que decorreria da expropriação. Neste sentido, quanto ao direito francês, cfr. Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, p. 79. No sentido da sujeição das cedências privadas de terrenos no âmbito de um procedimento expropriativo, ao mesmo regime e às mesmas garantias das expropriações cfr. Fernanda Paula Oliveira, *Direito do Urbanismo*, Coimbra, CEFA, 2.ª Edição, 2001, pp. 111-112, e “Há expropriar e expropriar ... (ou como alcançar os mesmos objectivos sem garantir os mesmos direitos)”. Comentário ao Acórdão do STA de 20 de Novembro de 2001, Proc. n.º 35-703, in *Cadernos da Justiça Administrativa*, em publicação.

⁹ Cfr. António Duarte de Almeida, *ob. cit.*, p. 513. Neste sentido vai o Supremo Tribunal Administrativo que defendeu, num Acórdão de 12 de Janeiro de 1995 (rec. n.º 36 434), que “*Estava sujeita a processo de loteamento a pretensão apresentada por um construtor de construção de um conjunto de 5 blocos habitacionais e comerciais, que implicava divisão em lotes de terreno integrado por três prédios, inscritos em 5 matrizes e pertencentes a três proprietários.*”

¹⁰ Quando o lote ou lotes se destinem imediatamente a construção urbana estamos perante um *loteamento acção*. No caso de o destino para construção ser apenas subsequente, a operação urbanística designa-se por *loteamento resultado*. Fernando Alves Correia, *As Grandes Linhas da Recente Reforma do Direito do Urbanismo Portugêses*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 81-82.

¹¹ Cfr. António Duarte de Almeida, *ob. cit.*, p. 515.

¹² Cfr. Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, p. 84.

¹³ Não obstante não resultar de forma expressa da alínea i) do artigo 2.º que basta que, pelo menos, um dos lotes se destine a construção urbana, parece-nos que — como no Decreto-Lei n.º 448/91 — tal continua a ser suficiente para estarmos perante uma operação de loteamento sujeita a controlo preventivo.

¹⁴ Cfr. Fernando Alves Correia, *As Grandes Linhas*, cit., pp. 79-82, nota 57, Osvaldo Gomes, *ob. cit.*, António Duarte de Almeida, *ob. cit.*, pp. 511 e ss.

¹⁵ Cfr. Fernando Alves Correia, *Estudos de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 72.

¹⁶ São objectivos do reparcelamento referidos no n.º 2 do artigo 131.º, ajustar às disposições do plano a configuração e o aproveitamento dos terrenos para construção; distribuir equitativamente, entre os proprietários, os benefícios e encargos resultantes do plano; e localizar as áreas a ceder obrigatoriamente pelos proprietários destinadas à implantação de infra-estruturas, espaços e equipamentos públicos.

¹⁷ Cfr. Joaquín Llidó Silvestre, “Tramitación y Efectos de la Reparcelación en la Legislación Urbanística Valenciana”, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 283, 2000, pp. 415 e ss.

¹⁸ Tal como entre nós, também em Espanha o reparcelamento é simultaneamente um instrumento de execução dos planos e de distribuição dos benefícios e encargos deles decorrentes. Daí a importância da valorização dos respectivos direitos antes da concretização daquela operação.

¹⁹ Sobre a tramitação procedimental do reparcelamento forçado na região autonómica de Valência cfr. Joaquín Llidó Silvestre, “Tramitación y Efectos de la Reparcelación...”, cit., pp. 419 e ss.

²⁰ Neste caso estamos perante as situações previstas no n.º 3 do artigo 131.º do Decreto-Lei n.º 380/99 em que a operação de reparcelamento é da *iniciativa da câmara municipal em cooperação com os particulares*. Esta situação verifica-se, em nosso entender, em duas hipóteses: aquela em que a câmara municipal é já proprietária de alguns terrenos e, com o acordo dos restantes proprietários da área por ela delimitada, dá início ao procedimento de reparcelamento; e aquela em que, não sendo o município proprietário de terrenos dentro daquela área, expropria os que pertencem a proprietários que se opõem ao respectivo projecto, prosseguindo-o, depois, com os restantes proprietários.

O n.º 6 do artigo 131.º não impede, quanto a nós, uma outra situação. Aquela em que sendo o procedimento de reparcelamento da iniciativa dos particulares, algum ou alguns dos proprietários de parcelas que se considerem essenciais ao projecto de reparcelamento se opõem, podendo os restantes propor que a câmara municipal as exproprie para que possam integrar aquele projecto. Não estando, no entanto, previsto que a câmara municipal possa desencadear uma expropriação para benefício daqueles proprietários, este processo de expropriação apenas irá permitir que o município fique proprietário delas, entrando no procedimento, passando este a ser de iniciativa dos particulares em cooperação com a câmara municipal.

²¹ O cálculo do valor dos lotes ou parcelas deverá obedecer a critérios objectivos e aplicáveis a toda a área objecto de reparcelamento, tendo em consideração a localização e a configuração dos lotes (n.º 3 do artigo 132.º).

²² A totalidade dos terrenos assim agrupados dá origem àquilo que no direito alemão se designa por massa de concentração. Cfr. Fernando Alves Correia, *Estudos de Direito do Urbanismo*, cit., p. 72.

²³ Neste caso, a obrigação de urbanização recai sobre quem tiver dado início ao processo de reparcelamento, podendo, no caso do reparcelamento da iniciativa dos proprietários, ser assumida por um ou vários, caso se disponham a isso — artigo 134.º.

²⁴ Nas situações em que o reparcelamento não tem como objectivo urbanizar a zona mas apenas fazer a reestruturação da propriedade, estamos perante o chamado *reparcelamento remodelação*. Sobre esta modalidade de reparcelamento, cfr. Fernando Alves Correia, *Estudos de Direito do Urbanismo*, cit., p. 72.

²⁵ A incorporação destas parcelas no domínio municipal produz-se automaticamente com a emissão do alvará que titula o respectivo licenciamento ou autorização quando se trate de reparcelamento da iniciativa dos proprietários — artigo 44.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 555/99.

²⁶ Para além destes efeitos, o licenciamento do projecto de reparcelamento pode ainda constituir comunidades forçadas de proprietários. Com efeito, todo o projecto de reparcelamento tem por objecto a formação de lotes de acordo com o planeamento vigente, de modo que não podem adjudicar-se parcelas com superfície que não permita a sua utilização urbanística ou que tenham características inadequadas para a sua utilização urbanística. Por outro lado, o direito de obter lotes ou parcelas resultantes do reparcelamento é proporcional à parcela inicial do proprietário, de modo que quando esta seja de dimensão tal (ou de valor tal) que não outorgue ao seu proprietário o direito de obter um lote independente, e se em tal circunstância se encontrarem vários proprietários incluídos no âmbito do reparcelamento, será necessário constituir compropriedades forçadas. Do mesmo modo, o reparcelamento pode também ter como efeito a extinção de comunidades pré-existentes. Cfr. Joaquín Llidó Silvestre, “Tramitación y Efectos de la Reparcelación ...”, cit., pp. 452-453.

²⁷ Cfr. Sofia Plácido de Abreu, *Parecer Jurídico sobre Planos de Pormenor — Reparcelamento da Propriedade de Acordo com as Disposições do Plano*, Inédito.

Parece-nos, de facto, fundamental verificar quais os efeitos fiscais resultantes da operação de reparcelamento. Sobre este ponto veja-se, por exemplo, a legislação valenciana onde se determina que a adjudicação de terrenos a que o reparcelamento dá lugar quando se efectue a favor dos proprietários compreendidos no correspondente âmbito reparcelável e em proporção dos seus respectivos direitos, estão isentas de imposto sobre transmissões patrimoniais e actos jurídicos documentados e não estão sujeitos ao imposto sobre aumento de valor dos terrenos de natureza urbana, pois, por determinação da lei, não se consideram transmissões de propriedade para efeitos de tal imposto. No entanto, se o valor das parcelas adjudicadas a um proprietário excede proporcionalmente o que corresponde aos terrenos que por ele foram trazidos para o reparcelamento, proceder-se-á à liquidação do imposto pelo excedente.

²⁸ De referir que os emparcelamentos, ao serem considerados loteamentos urbanos para efeitos do Decreto-Lei n.º 555/99, ficam sujeitos às disposições constantes dos artigos 41.º e seguintes deste diploma legal, designadamente as respeitantes à necessidade de previsão de espaços verdes e de utilização colectiva, e infra-estruturas, tendo ainda o respectivo promotor de ceder algumas dessas áreas para o domínio público municipal ou, se tal não se justificar, de compensar o município nos termos do n.º 4 do artigo 44.º, etc. Ora, nos casos dos emparcelamentos que dão origem apenas a um lote, não se justifica, na maior parte das vezes, a necessidade de cumprimento dos encargos referidos.

²⁹ António Pereira da Costa, “Propriedade Horizontal e Loteamento: Compatibilização” in *Revista do CEDOUA*, n.º 3, 1999, pp. 65 e ss. Conforme teremos oportunidade de referir, o legislador do Decreto-Lei n.º 555/99 veio alterar parcialmente este estado de coisas.

³⁰ Sobre a evolução legislativa da possibilidade de cobrança destas taxas no domínio dos loteamentos urbanos e das obras particulares, vide Aníbal de Almeida, *Estudos de Direito Tributário*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 11-18.

³¹ Este fenómeno permitiu a criação de formas urbanísticas que acabaram por comprometer a coerência e a qualificação do espaço urbano. Como afirma Jorge de Carvalho, o crescimento urbano ocorreu de forma dispersa e descontínua, tendo gerado carências de infra-estruturas, equipamentos e espaço público e questionado da pior maneira o próprio conceito de cidade. Jorge de Carvalho, “Contributo para a revisão, pós PDMs, da legislação urbanística”, in *A Execução dos Planos Directores Municipais*, Coimbra, Almedina, 1998, p. cit., p. 87.

³² Há, nesta afirmação, uma divergência da nossa opinião relativamente à daqueles que defendem, utilizando o argumento de maioria de razão ou a fortiori, que a falta de promoção, antes do pedido de licenciamento de obras, do pedido de licenciamento da operação de loteamento, deve considerar-se *motivo de indeferimento*. O argumento utilizado é o seguinte: se a violação de loteamento é considerada motivo de indeferimento do licenciamento de obras particulares, por maioria de razão o terá de ser a não existência de loteamento prévio, quando necessário.

Ora, quanto a nós, se o pedido vem mal formulado (é apresentado como pedido de licenciamento ou autorização de obras quando devia ter sido como pedido de licenciamento ou autorização de operação de loteamento), a decisão a ser tomada deve ser de *rejeição liminar do pedido* e não de *indeferimento* deste.

O Decreto-Lei n.º 555/99 esclarece que esta questão, embora deva ser apreciada logo no início do procedimento, na fase de *saneamento de apreciação liminar*, pode ser sempre conhecida até à decisão final. Significa isto que, mesmo que esta questão só venha a ser suscitada na fase final do procedimento, porque, por qualquer motivo, não o foi na fase própria para o efeito, a decisão que se venha a tomar a seu propósito não é uma decisão de indeferimento do pedido (que implica uma apreciação do fundo da questão, ou seja, uma apreciação acerca da legalidade ou oportunidade da operação em causa), mas antes uma decisão de rejeição *liminar* do mesmo (que não implica aquele tipo de apreciação).

³³ António Pereira da Costa, “Propriedade Horizontal e Loteamento: Compatibilização”, cit., pp. 65 e ss.

³⁴ O presidente do condomínio é uma figura típica do direito espanhol, com poderes muito mais amplos do que o administrador, tal como é configurado no nosso sistema jurídico.

³⁵ A solução adoptada no nosso regime é diferente. Nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, é obrigatória a constituição, em cada condomínio, de um fundo comum de reserva para custear as despesas de conservação do edifício ou *conjunto de edifícios* (sublinhado nosso).

³⁶ A expressão *lot* é uma expressão nuclear do regime francês: corresponde ao mesmo tempo a uma parte privativa e uma quota-parte nas partes comuns, constituindo um todo indissociável, um direito único. V. por todos, Jean Carbonnier, *Droit Civil*, tomo 3, Les Biens, 18.ª edição, Thémis, PUF, 1998, pp. 271 e ss.

³⁷ V. François Chabas, Biens, *Droit de propriété et ses démembrements*, *Leçons de Droit Civil* por Henri e Léon Mazeaud e François Chabas, tomo II, 10.º volume, 8.ª edição, Montchrestien, Paris, 1994, p. 56, e Christian Larroumet, *Droit Civil, Les Biens*, tomo 2, 3.ª edição, Economica, Paris, 1997, p. 408.

³⁸ François Givord/Claude Giverdon, *La Copropriété*, 4.ª edição, Dalloz, Paris, 1992, p. 27.

³⁹ Assim, Jacques Lafond/Bernard Stemmer, *Code de la Copropriété*, Litec, Paris, 1998, p. 284.

⁴⁰ A crítica é antiga. V. Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, Quid Iuris, Lisboa, 1998, e Rui Vieira Miller, *A propriedade horizontal no Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 326.

⁴¹ V., por todos, João Amado, “Condomínios constituídos por conjuntos imobiliários”, *Revista da Administração Local*, n.º 176, Março-Abril 2000, p. 239.

⁴² «O direito das coisas tende, não apenas a oferecer-se em tipos característicos, mas (...) a oferecer-se numa “tipologia taxativa”, num elenco fechado de formas ou de direitos». Assim, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, Centelha, Coimbra, 1977, p. 248.

⁴³ De acordo, aliás, com a quase totalidade da doutrina portuguesa. Vide, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. III, p. 397, Henrique Mesquita, *Direitos Reais*, p. 303, Luís Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*,

p. 377, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex, 1993, p. Rui Vieira Miller, ob. cit., p. 59, Rodrigues Pardal/Dias da Fonseca, Da propriedade horizontal no Código Civil e legislação complementar, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 94. Contra, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, p. 248, nota 38, Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, p. 464 e ss., seguido por Jacinto Duarte, *Propriedade Horizontal, Teoria e Prática*, 1990, p. 145.

⁴⁴ Sandra Passinhas, ob. cit., p. 155.

⁴⁵ Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*, p. 66, “a tipificação normativa dos direitos reais comporta, no sistema jurídico português, uma certa atipicidade do conteúdo”. Com reservas em admitir o conceito de tipo aberto, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, p. 336.

⁴⁶ Orlando de Cravalho, *Direito das Coisas*, p. 248.

⁴⁷ Para Roberto Amagliani, *L'Amministratore e la Rappresentanza Degli Interessi Condominiali*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milão, 1992, p. 31, o exame casuístico dos bens que podem ser compreendidos entre as partes comuns torna anacrónico o ponto de vista que funcionaliza, necessariamente, as partes comuns ao uso e ao gozo das fracções autónomas, podendo-se falar antes numa relação de “recíproca autonomia”. Todavia, o Autor não concretiza em que consiste esta relação de recíproca autonomia.

⁴⁸ A concentração nas áreas urbanas e circundantes de centenas de milhar de pessoas representa um problema de espaço e de equilíbrio que não pode ser resolvido se não com a construção em altura das habitações dos cidadãos. A idealização romântica de uma micro-casa, afundada no verde de um jardim privado, requer para a sua realização uma área enorme, a descentralização dos serviços e um notável acréscimo nos custos de construção e no tempo de deslocação da casa ao lugar de trabalho e vice-versa. Cfr. Tomaso Limardo, “Sociologia dell’assemblea”, *Sociologia del condominio*, a cura di Gino Terzago e AA. VV., pp. 55 e ss.

⁴⁹ Nos termos do artigo 65.º, n.º 2, do Código do Registo Predial, para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social.

⁵⁰ Esta é também a opinião de Rui Vieira Miller. Nas suas palavras (ob. cit., p. 157) “outras coisas comuns pode haver no prédio — e essas só por vontade dos condóminos — que, embora melhorando o gozo da propriedade singular, a ele não são todavia indispensáveis, podendo ser distraídas sem prejuízo do direito de propriedade horizontal. A essas coisas não haverá razão para aplicar outro que não seja o regime geral da compropriedade sem que isso afecte o regime da propriedade horizontal”.

⁵¹ O legislador permitiu a aplicação do regime da propriedade horizontal a uma situação jurídica, na qual a propriedade fraccionada não constitui o elemento essencial, nem sequer necessário, apenas pela existência de certas coisas destinadas à satisfação de um interesse habitacional comum. Da relação de acessoriedade que liga os elementos comuns à propriedade privativa, no regime-regra da propriedade horizontal, esta situação só conserva a ideia de subordinação e funcionalidade. Mas a união ou incorporação irreversível da coisa acessória com a fracção autónoma, com perda da individualidade própria da primeira e, sobretudo, a unidade dominial, não existem (Cfr. M. Alonso Perez, “La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho”, RDP, tomo LXI, 1977, p. 91).

⁵² Rui Vieira Miller, ob. cit., pág. 326, entende que só podem fazer parte desse conjunto moradias unifamiliares, de propriedade exclusiva (singular ou comum) (...). “É que tal conjunto constitui uma unidade jurídica formada por fracções autónomas resultantes da aglutinação da propriedade exclusiva de cada uma dessas moradias com a quota-parte do respectivo proprietário na compropriedade dos bens (terreno e instalações nele estabelecidas) destinados à sua fruição em comum como indispensável ao gozo daquela”.

⁵³ Dá-nos conta de que já era aceite antes do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, pelos serviços de Registo e Notariado a sujeição ao regime da propriedade horizontal de grupos de edifícios João Amado, “Condomínios constituídos por conjuntos imobiliários”, *Revista da Administração Local*, n.º 176, Março-Abril 2000, p. 237.

⁵⁴ Não faz esta distinção Ferrari, *Il supercondominio*, 2.^a edição, Cedam, Milão, 1996, p. 8. Na p. 41, o Autor define o supercondomínio e o condomínio complexo como duas faces da mesma moeda: o condomínio complexo indica a presença de diversas organizações condominiais interagentes; o supercondomínio indica o nível distinto (bens comuns residuais) ou plano em que age a estrutura condominial que recolhe a outra, embora no respeito pela sua individualidade e autonomia.

⁵⁵ Fernanda Paula Oliveira, *cit.*, pp. 124-129. Embora esta disposição tenha sido criada a pensar no condomínio complexo, constituído de acordo com o artigo 1438.º-A do Código Civil, não é de rejeitar que tenha aplicação a outras situações em que se verifique a existência de prédios contíguos e funcionalmente ligados entre si (v.g. por partes que não sejam comuns), mas em que não esteja formalizada a sua constituição como condomínio e a consequente sujeição ao regime da propriedade horizontal.

⁵⁶ Tal como afirmámos supra, embora se tenham aproximado, do ponto de vista dos encargos, as obras de edificação aos loteamentos, tal aproximação não foi total pois apenas ficam equiparadas aos loteamentos as construções de edifícios contíguos e funcionalmente ligados entre si e não já construções de edifícios isolados, mesmo que tenham um impacte urbanístico tanto ou mais forte do que o daquelas operações de divisão dos solos.

⁵⁷ Assim E. Raschi, “Revoca delle deliberazioni di assemblee condominiali”, *ND.*, 1962, p. 273.

⁵⁸ Cfr. Gino Terzago, “L’assemblea condominiale”, *RGE*, 1968, II, p. 55.

⁵⁹ *A propriedade horizontal*, p. 94.

⁶⁰ Henrique Mesquita, *A propriedade horizontal*, pp. 94 a 102.

⁶¹ V., por todos, António Pereira da Costa, “Propriedade Horizontal e Loteamento: compatibilização”, *cit.*, p. 70.

⁶² À semelhança do duplo grau de subordinação que se verifica nos empreendimentos turísticos, em que existe a descrição genérica do empreendimento, a descrição distinta para cada unidade de alojamento ou apartamento e a descrição subordinada das fracções temporais do direito de habitação periódica à descrição da unidade de alojamento ou apartamento (cfr. artigo 81.º do Código de Registo Predial).

⁶³ As partes comuns não têm que obedecer a nenhum critério pré-estabelecido. Não têm que ser a maioria das partes do edifício, nem têm sequer de ser várias. Imagine-se um jardim comum a dois edifícios, avaliado pelo IPPAR nos seguintes termos: “O jardim tem de ser entendido no âmbito da sua estrutura unitária, já que assim foi projectado na concepção inicial, não podendo a separação de alguma das partes deixar de ser considerada como mutilação”. Este jardim, pela sua importância, dimensão e perpetuabilidade, é suficiente para fundar a ligação funcional entre vários edifícios.

⁶⁴ Sandra Passinhas, *ob. cit.*, pp. 121 e ss.

⁶⁵ Supra 4,1.

⁶⁶ A esta concreta limitação chamam os autores alemães “Block” (cfr. Bärmann/Pick/Merle, *Whonungseigentums*, 7.ª edição, C.H. Beck, Munique, 1997, p. 840). Se a decisão respeita a partes comuns especiais, só os condóminos que tenham direitos sobre essas partes são chamados a deliberar. Cfr. Lafond/Stemmer, *ob. cit.*, p. 170.

⁶⁷ Considera que só devem participar na votação os condóminos interessados (por exemplo, os que usufruem do serviço e suportam a despesa), Antonio Visco, “La formazione delle maggioranze condominiali nell’ipotesi di interessi distinti”, *Nuovo dir.* 1964, p. 577.

⁶⁸ Weitnauer, *Wohnungseigentumsgezet*, 8.ª edição, Verlag Franz Vahlen, Munique, 1995, p. 409, considera que é admissível que, em vez de uma, se realizem várias e em lugares diferentes reuniões separadas (*Teilversammlungen*) para determinados e delimitados grupos de condóminos, com uma concreta ordem do dia. No mesmo sentido, Deckert, *Die Eigentumswohnung*, WRS, p. 27; SeuB, *Die Eigentumswohnung*, 10.ª edição, Beck-Rechtsberater im dtv, Munique, 1993, p. 470; Bielefeld, *Der Wohnungseigentümer*, 5.ª edição, Verlag Deutsche Wohnungswirtschaft GmbH, 1995, p. 433; Bärmann/Pick/Merle, *ob. cit.*, p. 877.

⁶⁹ Sandra Passinhas, *ob. cit.*, pp. 286 e ss.

⁷⁰ Mesmo Ferrari, que admite a legitimidade do condomínio complexo, face ao silêncio da lei italiana, defende a existência de um só administrador. Conferir, *ob. cit.*, p. 88.

⁷¹ Não se diga que a existência de vários administradores é uma exigência da complexidade moderna da administração dos edifícios. O que dizemos não nos impede de considerar legítimo que o administrador tenha ajudantes, auxiliares ou colaboradores, que o ajudem a ultrapassar as dificuldades inerentes à gestão de um condomínio

⁷² Antonio Visco, *ob. cit.*, pp. 424 e ss., considera que o argumento mais forte para se defender a existência de um só administrador está relacionado com os poderes de representação do administrador, pois a representação do condomínio tem de ser unitária. E Paolo Alvigini, *ob. cit.*, p. 40, entende que o administrador deve ser único porque única deve ser a responsabilidade. Nada impede, porém, que o administrador seja auxiliado por uma estrutura articulada e complexa de colaboradores e dependentes, que o ajudem e assistam no desempenho das suas funções.

⁷³ Neste sentido, João Amado, *ob. cit.*, p. 241.

⁷⁴ O legislador remeteu para o artigo 1438.º-A porque construindo-se edifícios nos lotes, com as suas partes próprias e comuns e atribuindo-se-lhes espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos de natureza privada criamos um duplo grau de condomínio.

⁷⁵ O artigo 1421.º não tem razão de ser aplicado, nem o artigo 1422.º na parte em que se aplica às partes próprias.

⁷⁶ Cabe ao administrador assegurar a publicitação das regras respeitantes à segurança do edifício ou conjunto de edifícios, designadamente à dos equipamentos de uso comum (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 268/94). O administrador deve assegurar a publicitação, no edifício, em lugar visível por todos os utilizadores, das regras respeitantes à segurança do edifício (saídas de emergência, sinais de alarme, torneiras de segurança, localização dos extintores de incêndios) e dos equipamentos de uso comum (por exemplo, normas de utilização dos elevadores ou da segurança da parte eléctrica).

⁷⁷ Giuseppe Branca, *Commentario del Codice Civile* de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Livro III, 1955, p. 419.

⁷⁸ Assim M. Zaccagnini, “Il potere di convocazione dell’assemblea da parte dell’amministratore e da parte dei condomini”, *ND*, 1970, p. 809.

Fontes de Energia Renovável: quadro normativo da produção de electricidade

Resumo

As fontes de energia renovável (FER) constituem hoje um dos pontos principais na discussão de problemas como o do aprovisionamento energético dos países da União Europeia, a necessidade de reduzir a dependência face ao petróleo, o respeito pelos compromissos ambientais e o desenvolvimento sustentável. Por outro lado, a promoção das FER depara com obstáculos importantes no que respeita a custos de produção, acrescidos também pela desadaptação de um mercado construído em torno das fontes energéticas tradicionais. Assim, procurámos fazer um levantamento exaustivo dos diplomas que regulam a actividade de produção de electricidade a partir de FER, em busca de pistas que indiquem o que poderá ser melhorado na legislação, a fim de dar verdadeiro cumprimento aos objectivos estabelecidos pela política comunitária nesta matéria.

"O séc. XX nasceu com a supremacia energética do carvão, desenvolveu-se graças à predominância do petróleo e terminou com a ascensão do gás natural"

Livro Verde – 22/11/2000

Introdução

O desenvolvimento das fontes de energia renovável (FER) é, desde a década de 80, um dos objectivos primordiais da política energética comunitária e conheceu reflexos na legislação nacional a partir de 1982. De facto, muitos são os argumentos que se invocam em defesa da promoção destas fontes de produção de energia, de entre eles destacamos: aceitabilidade pelo público (por contraposição à contestação generalizada da energia nuclear); baixo índice de poluição; promoção do desenvolvimento regional e aumento de postos de trabalho; contributo para a redução das emissões de CO₂ (no âmbito dos objectivos fixados na Conferência do Rio e no Protocolo de Quioto); contributo importante para a redução das importações de energia pelos países da Comunidade.

Assim, no seguimento da Directiva 2001/77/CE relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renovável no mercado interior da electricidade e da recente legislação nacional respeitante à produção de energia eléctrica a partir de fontes endógenas de energia primária, entendemos que seria oportuno analisar a questão sob o ponto de vista do tratamento legislativo da inserção destes centros produtores no sistema eléctrico nacional.

1. A política europeia para o sector da energia

O sector energético desempenhou desde sempre um papel chave nas diferentes economias nacionais, sendo, por isso, considerado um sector especial, excluído das regras do mercado e justificativo de um maior intervencionismo estadual¹. A dificuldade em estipular uma política energética comum está, aliás, bem patente na ausência de referências expressas ao sector, ao longo dos textos dos sucessivos Tratados.

No contexto europeu, salientamos como momentos decisivos na transformação deste sector a publicação, em 1995, do Livro Branco sobre Política Energética [COM (95) 682, de 13/12/1995], que fixou como principais objectivos desta política comunitária a “concorrência, a segurança de abastecimento e a protecção do meio ambiente” e, um ano mais tarde, em 1996, a publicação do Livro Verde onde se afirmou que o desenvolvimento da produção energética a partir de fontes de energia renováveis era fundamental para o crescimento económico sustentável².

A luta contra os efeitos das alterações climáticas, a par da tão aclamada criação de um mercado interno da energia (o sector da energia inclui, além da electricidade, o gás natural e o petróleo) exigem a harmonização de objectivos e políticas dentro e entre os diferentes Estados-membros, aos quais não é alheia a necessidade de promover e desenvolver as fontes de energia renovável³.

No que respeita à electricidade, foi a Directiva n.º 96/92/CE⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, quem deu o passo decisivo para a liberalização do sector, seguindo-se a Directiva n.º 98/30/CE (a transposição da Directiva 98/30/CE foi levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27/1), do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à concretização de um mercado concorrencial de gás natural. Ambas directivas constituem instrumentos importantes para a realização do objectivo comum de criação do mercado interno da energia.

Nas páginas que se seguem, cuidaremos de analisar a questão da inserção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renovável num mercado liberalizado. Procuraremos encontrar na lei resposta para questões como: saber se está salvaguardo o equilíbrio económico da produção de energias limpas; saber se existe igualdade de oportunidades dentro do sector para estas actividades de menor escala, saber se existem mecanismos de promoção do licenciamento destas actividades.

1.1. LIVRO BRANCO para uma Estratégia e um Plano de Acção comunitários — “Energia para o futuro: fontes de energia renováveis”

Em Novembro de 1997, a Comissão das Comunidades Europeias apresenta o Livro Branco para as fontes de energia renovável (COM (97) 599, de 26/11/1997), documento que passou a constituir o ponto de referência sobre o tema. Nele são apresentadas várias coordenadas da política energética comunitária, tais como: a necessidade de definir uma estratégia europeia que reduza as importações de energia; o cumprimento dos objectivos ambientais do Rio (1992) e de Quioto (1997); a valorização de novas tecnologias desenvolvidas para a produção de energia a partir de FER.

Nesse documento, a Comissão fixa objectivos ambiciosos para a produção de energia a partir de FER — 12% do consumo nacional bruto de energia em 2010, com a quota de 22,1% de electricidade produzida a partir de FER no consumo total de electricidade da Comunidade no mesmo ano. Este aumento é esperado como resultado de um crescimento de diferentes sectores, hoje mais competitivos, como a biomassa, energia eólica e energia solar (térmica e fotovoltaica). De sublinhar que a energia hidráulica é parcialmente excluída desta estatística, porque é uma fonte de energia já devidamente provada, de utilização a grande escala (apenas se deve incluir, neste contexto, o desenvolvimento das mini-hídricas) e que não apresenta muitas potencialidades de crescimento.

Dentro do Plano de Acção apresentado no referido Livro Branco, destacamos as acções propostas no âmbito do Mercado Interno: 1) acesso equitativo das FER ao mercado da electricidade, onde será analisada a transposição do legislador português do art. 8.º da Directiva Mercado Interno da Electricidade; 2) medidas fiscais e financeiras de promoção das FER;

3) bioenergia para os transportes, calor e electricidade, com o correspondente incremento dos biocombustíveis líquidos (álcoois, ETEB, óleos vegetais e ésteres), biogás (produção de gases em aterros, pela indústria alimentar ou pelas explorações agrícolas), biomassa sólida e co-geração; 4) melhoramento das normas de construção através da introdução nos regulamentos sobre edificação de exigências para optimização energética dos edifícios⁵. Ainda no que respeita ao referido Plano de Acção, a Comissão propõe como medidas principais a desenvolver: a instalação de sistemas fotovoltaicos; parques eólicos; instalações de biomassa e a criação de regiões piloto (ex. ilhas e comunidades de montanha). Destacamos este último ponto como de especial interesse, uma vez que ele pode constituir a chave para a solução de um problema recorrente — o elevado custo que representa o aprovisionamento eléctrico nas ilhas. Na verdade, as regiões cuja integração na rede de transporte não é viável obrigam à instalação de centros de produção próprios o que, em termos de um sistema de produção clássico a partir de materiais fósseis, acarreta custos muito elevados.

1.2. Livro Verde — “Para uma estratégia europeia de segurança do aprovisionamento energético”

Em Novembro do ano 2000, a Comissão das Comunidades Europeias apresenta o *Livro Verde — “Para uma estratégia europeia de segurança do aprovisionamento energético”*. Nele se giza uma estratégia europeia para fazer face à crise energética emergente do aumento dos preços do petróleo. Aí se conclui que os principais sectores dependentes da energia são actualmente os transportes, a indústria, o sector residencial e terciário e, em especial, a produção de electricidade.

Quanto à produção de electricidade, aspecto que nos interessa analisar de um modo particular, conclui a Comissão que é necessário desenvolver as fontes alternativas de produção. De facto, a produção de electricidade a partir de combustíveis fósseis (hidrocarburetos e carvão) assume custos muito elevados e aumenta a dependência europeia face às importações de matéria-prima. Também a co-geração (produção combinada de electricidade e calor) a partir de gás natural, representando actualmente uma alternativa fundamental, não pode ser entendida como a única possibilidade a explorar por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque também o gás natural torna a comunidade “refém” das importações e, por outro lado, com a indexação do preço do gás ao preço do petróleo, esta alternativa deixa de constituir um meio mais económico de produção. Por último, a desconfiança face à energia nuclear e aos problemas ambientais a ela associados afastam esta fonte de produção de electricidade⁶.

Assim, mais uma vez as FER são apontadas como elementos fundamentais a desenvolver, quer porque se incluem na estratégia de segurança do aprovisionamento, quer porque se incluem na política de desenvolvimento sustentável. De facto, elas constituem um meio de aprovisionamento energético seguro, limpo e economicamente acessível a partir de fontes endógenas, sem risco de interrupção de origem externa ou de esgotamento de reservas. A Comissão aponta, porém, vários obstáculos ao desenvolvimento das energias renováveis: 1) de carácter estrutural — todo o sistema económico e social foi concebido e desenvolvido em torno das energias convencionais; 2) de carácter financeiro — a maior parte das energias renováveis exige investimentos iniciais avultados, tal como aconteceu anteriormente com o carvão e os hidrocarburetos, para os quais é necessário um auxílio estadual ao investimento privado, auxílio que só será possível através da criação de novos expedientes tributários; 3) de carácter administrativo — existem hoje meios processuais de participação dos cidadãos que provocam demoras e gastos acrescidos nos procedimentos de instalação de novas fontes de produção⁷.

1.3. A Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

A Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, é, por assim dizer, o grande diploma de referência que serve de parâmetro às diferentes legislações nacionais no que respeita ao tratamento que cada Estado-membro deve dar à produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis. A produção de electricidade a partir das FER inclui dois âmbitos fundamentais: o relativo à organização e regulação do sector eléctrico de cada país e sua articulação com o mercado comum da electricidade e outro referente ao tratamento fiscal desta “indústria” florescente.

No seguimento dos documentos referidos anteriormente, também a Directiva dá particular relevo às FER como contributos fundamentais para a solução de dois problemas centrais da actualidade: 1) redução de emissões poluentes e promoção de um desenvolvimento sustentável; 2) segurança no aprovisionamento energético.

No que respeita a prazos, os objectivos fixados são muito exigentes. Prevê-se que até 27 de Outubro de 2002 (e posteriormente de cinco em cinco anos) cada Estado-membro torne pública a informação sobre as metas indicativas nacionais, (para os dez anos seguintes), em termos percentuais, para o consumo futuro de electricidade produzida a partir das FER e que, em 27 de Outubro de 2003 (e posteriormente de dois em dois anos), esses mesmos Estados tornem público o grau de realização das metas indicativas fixadas, a par de uma demonstração da compatibilidade entre as medidas adoptadas e os compromissos assumidos no que respeita às alterações climáticas⁸.

A Directiva impõe quatro tipos de medidas para a electricidade gerada a partir de FER: 1) criação de regimes de apoio directo ou indirecto aos produtores de electricidade (art. 4.º); 2) criação de mecanismos de certificação de origem da electricidade produzida (art. 5.º); 3) simplificação e celeridade para os processos de autorização das centrais produtoras de electricidade (art. 6.º); 4) instituição de mecanismos (de ordem técnica e financeira) que garantam o acesso à rede dos novos produtores de electricidade (art. 7.º).

Esta Directiva n.º 2001/77/CE deve ser interpretada em conjugação com o disposto na Directiva n.º 96/92/CE, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da electricidade. De facto, a preferência pela electricidade produzida a partir de FER, introduzida pela Directiva de 2001, apenas se torna perceptível e operativa no quadro das regras estipuladas para o mercado interno da electricidade.

Assim, o objectivo de simplificar e acelerar os procedimentos administrativos relativos à construção de novas instalações de produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis (quer se trate de um procedimento autorizativo ou de adjudicação por concurso) não pode pôr em causa a avaliação dos critérios, essenciais enunciados no art. 5.º da Directiva n.º 96/92/CE. Por outro lado, a mesma Directiva n.º 96/92/CE previa já a possibilidade de os Estados-membros poderem exigir aos operadores de rede que dessem prioridade às instalações que utilizassem fontes de energia renováveis, limitando-se a Directiva n.º 2001/77/CE a densificar aquele princípio com a criação de mecanismos de financiamento da ligação à rede.

2. As FER no contexto da política energética portuguesa — o PROGRAMA ENERGIA, o PROGRAMA E4, Eficiência Energética e Energias Endógenas e o MAPE.

A política energética nacional acompanha os ditames da política europeia, facto que é particularmente visível na elaboração dos planos de desenvolvimento associados aos Quadros Comunitários de Apoio (QCA).

Assim, logo em 1994, o Decreto-Lei n.º 195/94, de 19 de Julho, criou o Programa Energia, que, no âmbito do 2.º QCA, prevê uma intervenção operacional no âmbito do sector energético, co-financiada pelo Fundo de Desenvolvimento Regional (FEDER), integrando

medidas relativas à introdução do gás natural e às infra-estruturas de produção de energia eléctrica através de FER⁹.

Pese embora a existência de incentivos a este tipo de produção de energia, podemos afirmar que as crescentes preocupações do sector, referidas anteriormente na dimensão comunitária, apenas ganham especial consagração em Portugal a partir do ano de 2001, com a aprovação da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade¹⁰ e do Programa E₄ (Resolução do Conselho de Ministros n.º 154/2001, de 19/10/2001).

No Programa E₄ são referidos como principais objectivos nacionais: a segurança do abastecimento de energia; a redução da factura externa resultante da importação de produtos energéticos e favorecimento da competitividade do sistema produtivo nacional no quadro do mercado único. O documento dá especial relevância às medidas destinadas a consolidar a implantação do gás natural no território nacional (principal fonte alternativa de abastecimento energético da nossa actualidade), à co-geração (produção/utilização conjunta de energia eléctrica e térmica) e às energias endógenas.

Para dar cumprimento aos objectivos do Programa, dos quais destacamos o 5.º — facilitar o acesso e o desenvolvimento da produção de electricidade por vias progressivamente mais limpas e renováveis —, o Conselho de Ministros prevê a adopção de algumas medidas relacionadas com o sector eléctrico e as energias renováveis: 1) promoção da produção de electricidade a partir de fontes renováveis; 2) reforço das centrais hidroeléctricas já existentes; 3) promoção de processos mais eficientes (co-geração, ciclo combinado e microgeração); 4) desenvolvimento de sistemas de transporte energeticamente eficientes e limpos; 5) lançamento de um programa nacional para a eficiência energética nos edifícios; 6) a adopção de incentivos fiscais e económicos à eficiência energética e ao desenvolvimento de energias endógenas.

Enquadrado no âmbito do programa E₄ e com o objectivo de dar continuidade ao disposto no Programa Energia (que vigorou no período de 1994 a 1999), foi criada pelo Governo, em 2001, pela Portaria n.º 198/2001, a Medida de Apoio ao Aproveitamento do Potencial Energético e Racionalização de Consumos (MAPE). Medida esta que, entre outros objectivos, visa, também, apoiar a produção de energia com base em FER. Algumas das outras medidas anunciadas pelo Programa E₄ ganharam entretanto consagração legislativa no nosso país e prometem uma verdadeira revolução no mercado energético nacional.

3. O papel das Fontes de Energia Renováveis na produção de energia eléctrica

Depois de um enquadramento geral, no direito comunitário e nacional, da importância que a promoção das FER assume no contexto de uma estratégia para a redução da dependência externa da União Europeia em matéria de aprovisionamento energético, cabe agora avaliar, em concreto, as medidas adoptadas.

As fontes de energia renovável são aptas para a produção de calor e electricidade. No entanto, porque limitámos o âmbito deste trabalho à produção de electricidade, apenas iremos analisar a legislação adoptada pelo Estado português para promover estas fontes alternativas de produção de electricidade, procurando, nessa análise, avaliar a transposição para a ordem jurídica nacional da Directiva Comunitária 2001/77/CE.

3.1 A organização do sector eléctrico português e a inclusão da produção de energia eléctrica a partir de FER no SEI (Sistema Eléctrico Independente)

Podemos identificar cinco marcos legislativos em termos de organização do sector eléctrico português: 1) a lei da electrificação do país (Lei n.º 2002), de 1944, cujos princípios foram desenvolvidos pelo Decreto-Lei n.º 43 335, de 1960, segundo a qual o sector eléctrico

(que compreendia as actividades de produção, transporte e distribuição) assentava num sistema de concessões a empresas privadas; 2) o Decreto-lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, que nacionalizou as empresas concessionárias do serviço público de electricidade, e o Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho, que criou a EDP e lhe conferiu o exclusivo do serviço público de electricidade para consumo público; 3) o Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de Março, que reorganiza o sector dentro de um quadro misto que estimula a iniciativa privada (aqui a actividade é exercida mediante licença, a qual pode ser vinculada — para os que pretendem fazer parte do sistema — ou não vinculada — para os que pretendem exercer as actividades para uso próprio ou de terceiros em regime de concorrência), mantendo-se, simultaneamente, um regime de concessão de serviço público (sistema eléctrico de abastecimento público – SEP) suficiente para garantir o abastecimento do país; 4) o “pacote legislativo” de 27 de Julho de 1995 (Decretos-Leis n.ºs 182/95 a 188/95) que reorganiza, mais uma vez, o sector eléctrico, divide-o em sistema eléctrico de serviço público (SEP) e sistema eléctrico independente (SEI), completa a abertura deste sector à iniciativa privada (tarefa inicializada pelo Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro, e prosseguida pelo Decreto-Lei n.º 99/91) e cria a entidade reguladora do sector eléctrico (ERSE); 5) a última etapa, coincidente com o quadro legislativo que actualmente regulamenta ao sector, é composta pela revisão do “pacote legislativo de 95” (operada pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto) associada à publicação e entrada em vigor dos regulamentos emitidos pela ERSE¹¹ (Entidade Reguladora do Sector Eléctrico), entretanto transformada em Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos — mantendo a sigla ERSE —, pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril, passando assim também a entidade reguladora do sector do gás natural.

3.2.1. *A figura do pequeno produtor de energia eléctrica*

Fora desta organização global, embora não ignorado por ela, ficou a figura do pequeno produtor de energia eléctrica. É nesta figura que podemos encontrar as origens da actual regulamentação da produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renováveis. Previsto logo na base XXX da Lei n.º 2002 (reiterado depois pelo art. 140.º do Decreto-Lei n.º 43 335) como o titular de instalações de produção de energia para uso particular, a figura do pequeno produtor de energia eléctrica sofreu posteriormente alterações relevantes. O Decreto-Lei n.º 20/81, de 28 de Janeiro, veio regular a figura do autoprodutor, definindo-o, inicialmente, como o proprietário (pessoa singular ou colectiva) de instalações industriais e agrícolas, que, acessoriamente, produz energia eléctrica utilizando resíduos ou subprodutos, recursos naturais renováveis, energia dos efluentes ou técnicas que, combinando as necessidades de calor com as de energia eléctrica, conduzem a um menor consumo de energia primária. Podemos concluir que o autoprodutor, assim definido, apresentava muitos traços característicos comuns com a figura actual do pequeno produtor, principalmente, se tomarmos em atenção que um dos direitos do autoprodutor, consagrados na lei, era o de ligar os seus geradores eléctricos à rede nacional ou regional, para vender a energia eléctrica autoproduzida, sempre que tecnicamente fosse possível a sua absorção. A grande diferença entre as figuras residia no facto de o autoprodutor apenas produzir energia eléctrica a título acessório, tendo como actividade principal a indústria ou a agricultura, ao passo que o pequeno produtor de energia eléctrica exerceria essa actividade a título principal. A diferença assinalada foi posteriormente eliminada com a publicação da Lei n.º 21/82, de 28 de Julho, que criou e regulou a figura do produtor e distribuidor independente de energia eléctrica, e, principalmente, com a publicação do Decreto-Lei n.º 149/86, de 18 de Junho, pelo qual o Governo alterou o Decreto-Lei n.º 20/81, alargando a figura do autoprodutor às entidades que explorassem instalações exclusivamente produtoras de energia eléctrica.

Em 1988, com a publicação do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, estabeleceu-se uma disciplina única para a actividade, estipulando-se que seriam enquadráveis no conceito de pequeno produtor os estabelecimentos industriais de produção de energia eléctrica que, no seu conjunto, não ultrapassassem a potência de 10 000 kVA (excepto nas instalações de go-geração, para as quais não havia limite de potência) e que utilizassem recursos renováveis, combustíveis nacionais ou resíduos industriais, agrícolas ou urbanos. O pequeno produtor poderia optar pela ligação à rede ou pela distribuição autónoma de energia. Este tipo de produção eléctrica era considerado, pelo diploma referido, como de relevante interesse nacional e como sector prioritário. Este facto denotava já consciência ambiental do Estado, ao dar prioridade à produção de energia eléctrica a partir de recursos renováveis. O diploma previa ainda a possibilidade de as entidades privadas produtoras de energia eléctrica requererem a expropriação de bens por utilidade pública, os quais reverteriam para o património da Administração Central ou Local, mas ficariam afectos à actividade de produção de energia eléctrica contra o pagamento periódico de uma “renda”. De salientar que após a nacionalização, em 1975, de todas as indústrias produtoras de energia eléctrica e da publicação, em 1977, da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho (lei que vedou às empresas privadas o acesso a determinadas actividades económicas, entre elas, a produção, transporte e distribuição de energia eléctrica para consumo público), as actividades de autoprodutor e produtor independente eram as únicas acessíveis aos privados.

O “pacote legislativo de 95”, apesar de não revogar o Decreto-Lei n.º 189/88, trouxe consigo novidades em matéria de produção de energia eléctrica a partir de fontes endógenas. Assim, por um lado, os diplomas deixaram bem clara a exclusão das actividades de produção de energia eléctrica a partir de aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA, energias renováveis (com excepção para a energia hidráulica) e co-geração do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), ficando todas elas remetidas para legislação específica — art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho —, por outro, separaram a regulamentação do processo de co-geração (regulado pelo Decreto-Lei n.º 186/95, de 27 de Julho) das demais formas de produção de energia eléctrica referidas. Apesar de remeter a disciplina jurídica da produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renovável para legislação específica, o “pacote de 95” não deixou de “arrumar” aquela actividade dentro do então criado Sistema Eléctrico Independente (SEI), onde ainda hoje se mantém.

O “pacote legislativo 95” apenas se deve considerar completo com a referência ao Decreto-Lei n.º 313/95, de 24 de Novembro, cuja finalidade foi estabelecer, no âmbito do SEI, o regime jurídico do exercício da actividade de produção de energia eléctrica a partir de aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA e a partir de energias renováveis, dando, assim, cumprimento ao disposto no Decreto-Lei n.º 182/95.

3.2.2 A produção de energia eléctrica no âmbito do Sistema Eléctrico Independente – SEI

No seguimento do contexto de regulamentação separada, é publicado, em 18 de Maio de 1999, o Decreto-Lei n.º 168/99, que revê o regime aplicável à actividade de produção de energia eléctrica no âmbito do SEI, quando esta se baseie na utilização de recursos renováveis, resíduos industriais, agrícolas ou urbanos e em aproveitamentos hidroeléctricos cuja potência instalada seja limitada a 10 MW. A instalação destas indústrias fica a partir de então sujeita a uma autorização, cujos requisitos técnicos são estipulados num anexo do diploma. Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 339-C/2001, de 29 de Dezembro, revê novamente a disciplina jurídica aplicável à actividade de produção de electricidade no âmbito do SEI e as condições para atribuição de licenças de exploração das centrais. No caso de aproveitamentos hidroeléctricos é ainda necessária uma autorização adicional para utilização da água, a obter nos termos da Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março. À actividade produtora são aplicáveis as disposições dos regulamentos emitidos pela Entidade Reguladora do

Sector Eléctrico, bem como os regulamentos de segurança. Na ligação das instalações à rede receptora devem ser respeitadas as normas acordadas com o gestor da rede, podendo este fiscalizar tecnicamente a obra. Mantém-se a possibilidade de a actividade industrial em referência ser exercida por entidades públicas ou privadas. No que respeita a medidas protectoras deste tipo de indústria produtora de electricidade, sublinham-se: a obrigação de compra pela rede pública da energia produzida durante o prazo de vigência das licenças, a declaração de relevante interesse nacional desta actividade, assim qualificada como sector prioritário para todos os efeitos previstos na legislação sobre investimento estrangeiro e transferências de tecnologia e a criação de um tarifário próprio, definido em anexo ao diploma, onde se prevê a internalização dos benefícios ambientais proporcionados por essas instalações (tarifas verdes).

Ainda em 1999, o legislador decidiu rever o normativo aplicável à co-geração, aprovando o Decreto-Lei n.º 538/99, de 13 de Dezembro, que revogou o Decreto-Lei n.º 186/95. Este novo diploma procurava, essencialmente, dar cumprimento aos objectivos de coordenação das políticas energética e ambiental, tornando esta actividade mais atractiva sob o ponto de vista económico, através de uma alteração do tarifário aplicável (Portaria n.º 525/2001, de 25/05/2001) e das condições de fornecimento da energia produzida no âmbito desta actividade.

Mais tarde, o Decreto-Lei n.º 313/2001, de 10 de Dezembro, introduziu outras alterações na regulamentação da co-geração. Esta nova actualização do disposto no Decreto-Lei n.º 538/99 teve como principais objectivos a promoção deste tipo de instalações no quadro do mercado energético liberalizado, bem como melhorar a articulação entre as mesmas e as crescentes preocupações com a defesa do ambiente. Assim, o Decreto-Lei n.º 313/2001, no cumprimento daqueles objectivos, estabeleceu quatro tarifários distintos, aplicáveis a toda a energia eléctrica fornecida pelas instalações de co-geração à rede do SEP: 1) quando a potência de ligação seja inferior ou igual a 10 MW, utilizando como combustível gás natural, GPL ou combustíveis líquidos, com excepção do fuelóleo (Portaria n.º 58/2002, de 15/01); 2) quando a potência de ligação seja superior a 10 MW, utilizando como combustível gás natural, GPL ou combustíveis líquidos, com excepção do fuelóleo (Portaria n.º 57/2002, de 15/01); 3) quando as instalações de co-geração sejam utilizadoras de energia primária que, em cada ano, seja constituída em mais de 50% por recursos renováveis ou resíduos industriais, agrícolas ou urbanos, independentemente da potência de ligação (Portaria n.º 60/2002, de 15/01); 4) quando as instalações de co-geração utilizem como combustível fuelóleo, independentemente da potência de ligação (Portaria n.º 59/2002, de 15/01).

4. Visão analítica das Fontes de Energia Renovável na produção de energia eléctrica.

Após a exposição da visão legislativa da organização do sector eléctrico, cabe-nos agora fazer uma abordagem, por tipo de FER, da importância que cada uma vem assumindo no contexto legislativo actual.

4.1. O papel preponderante da energia hidráulica

A produção de energia hidráulica representa, desde o início da electrificação do país, um papel primordial no sector. Em 1926, a Lei dos aproveitamentos hidráulicos (Decreto n.º 12 559, de 20/10/1926) procurava fomentar este tipo de produção de electricidade, chamando a atenção para o potencial nacional desta fonte de energia e a necessidade de o Estado adoptar medidas proteccionistas, por forma a captar o investimento privado para o sector. Neste diploma podemos observar que a principal fonte de produção de energia eléctrica eram as “oficinas hidroeléctricas”, assumindo as centrais térmicas, abastecidas a carvão, um papel complementar naquela actividade¹². Ainda da leitura do mesmo diploma é possível

registar como principais sectores de consumo de energia: o abastecimento doméstico às grandes cidades (Base XVI); o transporte ferroviário (Base XII) e o sector industrial (Base XIII). Em 1927, a instalação de uma central hidroelétrica de interesse público estava sujeita ao regime de concessão estadual, nos termos do disposto na lei de águas (cfr. §2.º do art. 12.º do Decreto n.º 14 772, de 18/12/1927).

A Lei de Electrificação do País (Lei n.º 2002), de 1944, é testemunho da importância do aproveitamento das nossas potencialidades hidráulicas. Nela se estipulava que *“a produção de energia eléctrica seria principalmente de origem hidráulica”*, remetendo-se as centrais térmicas para uma função de “reserva e apoio” (Base II), podendo mesmo o Governo determinar a *“paralisação definitiva ou temporária de centrais térmicas, sobretudo das que utilizassem combustíveis importados, quando fosse possível colocar energia de origem hidráulica nas suas barras ou nos centros de consumo em condições não mais onerosas”* (Base VII). Esta mesma ideia perpetuou-se, mais tarde, no desenvolvimento legislativo que àquela lei foi dado pelo Decreto-Lei n.º 43335 (art. 89.º). Assim, foram surgindo em Portugal as grandes centrais de produção hidroelétrica (Zêzere, Cávado, Douro).

Actualmente, a produção, a grande escala, de energia hidroelétrica integra-se no Serviço Elétrico Público e não “beneficia” das prerrogativas de promoção aplicáveis às fontes de energia renovável. No fundo e conforme decorre já da política comunitária, a promoção da produção de energia eléctrica a partir de aproveitamentos hídricos só pode ser considerada uma Fonte de Energia Renovável a explorar e a desenvolver na vertente dos pequenos aproveitamentos (até 10 MVA) em mini-hídricas³³.

De acordo com o disposto no art. 7.º do DL 189/88, as obras a realizar pelas entidades produtoras de energia hidroelétrica careciam de autorização do Ministério do Planeamento e da Administração do Território, bem como de uma licença de obras e utilização dos cursos de água e suas margens a conceder pela Direcção-Geral dos Recursos Naturais (DGRN). No cumprimento daquele preceito, a Portaria n.º 445/88, de 8 de Julho, veio estabelecer um conjunto de normas para a atribuição de autorizações de utilização de água. Assim, a água, bem de domínio público, deveria satisfazer, de acordo com o respeito pelo princípio da igualdade de oportunidades entre os interessados (art. 2.º do DL n.º 189/88), prioritária e sucessivamente, os seguintes objectivos: 1) abastecimento às populações; 2) rega e uso agrícola; 3) produção de energia eléctrica; 4) restantes usos. Mais tarde, em 28 de Outubro de 1989, foi publicada a Portaria n.º 958/89, que fixou novos critérios para as autorizações de utilização de água em aproveitamentos hidroelétricos, em particular, no caso de coexistência de mais de um pedido para a utilização do mesmo local.

Até 1994, o regime jurídico do domínio hídrico era regido pelo disposto nas normas do Regulamento dos Serviços Hidráulicos, de 1982, pela Lei de Águas de 1919; pelo Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, e por inúmera legislação avulsa. De facto, só com a publicação do Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de Fevereiro, se unificou a regulamentação do regime de utilização do domínio hídrico, sob jurisdição do Instituto da Água (INAG). Segundo este diploma, a utilização privativa do domínio hídrico nele abrangido seria necessariamente titulada por licença a título precário ou contrato de concessão. Também a prioridade de utilização foi alterada, mantendo-se o abastecimento humano e a agricultura em primeiro e segundo lugares, respectivamente, e surgindo a indústria em terceiro lugar seguida da produção de energia eléctrica. Neste último caso, o diploma refere que a captação de água para produção de energia hidroelétrica estaria sujeita a licença, pelo prazo máximo de 35 anos, no caso de uma potência até 10 MVA (casos integrados no SEI) ou a concessão, em caso de potência superior. Os pedidos de licença deveriam ser entregues nas respectivas Direcções Regionais de Ambiente e Recursos Naturais (DRARN).

O Decreto-Lei n.º 168/99, de 18 de Maio, introduziu novas alterações, nomeadamente no respeitante às entidades competentes para emitir as licenças. Assim, passou a ser da

competência das Direcções Regionais de Ambiente a emissão de licença para a realização da infra-estrutura hidráulica (art. 6.º/1).

Actualmente, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 339-C/2001, de 29 de Dezembro, e da Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março, a instalação de uma pequena central hidroeléctrica pressupõe a obtenção das seguintes licenças: 1) licença de construção de infra-estruturas hidráulicas, a emitir pela Direcção Regional de Ambiente e Ordenamento do Território; 2) licença de estabelecimento das instalações eléctricas, a emitir pela Direcção Regional de Energia; 3) licença de utilização da água para produção de energia hidroeléctrica, a emitir pela Direcção Regional de Ambiente e Ordenamento do Território; 4) licença de exploração, a emitir pela Direcção-Geral de Energia (ou pela Direcção Regional do Ministério da Economia se se tratar de uma potência até 10 MW).

Esta nova regulamentação das licenças necessárias para produção de energia hidroeléctrica por pequenas centrais hidroeléctricas, introduzida pela Portaria n.º 295/2002, pretende dar resposta não só às alterações legislativas em matéria de centros electroprodutores do sistema eléctrico independente, como ainda às exigências de simplificação de procedimentos administrativos relativos a energias renováveis emergente do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de Dezembro.

Assim, para além do pedido de licença de estabelecimento de instalações eléctricas, o qual é comum a todas as entidades electroprodutoras e deve ser apresentada à Direcção -Geral de Energia (DGE), o procedimento de licenciamento de produção de energia hidroeléctrica por pequenas centrais hidroeléctricas tem início com o pedido de licença de utilização de água para produção de energia. Este pedido deve ser instruído com a informação da DGE relativa ao pedido de informação prévia do ponto de recepção (art. 11.º do DL n.º 312/2001) e ainda com o respectivo estudo de avaliação de impacte ambiental, nos termos do Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio, caso o mesmo seja exigível¹⁴ ou, caso o não seja, de um estudo de incidências ambientais. Após a notificação da declaração de impacte ambiental ou de incidências ambientais e o reconhecimento do interesse público do projecto, é emitido despacho liminar pela Direcção Regional do Ambiente e Ordenamento do Território (DRAOT). Este despacho liminar permite dar início ao pedido de emissão de licença de infra-estruturas hidráulicas, também da competência da DRAOT. Depois da instrução destas fases, o que pressupõe a consulta a entidades externas (ex. autoridade de segurança de barragens), é emitido o alvará que titula a licença de utilização de água, a qual é válida por um prazo máximo de 35 anos. Com este alvará é possível ao requerente pedir, agora à DGE ou à Direcção Regional do Ministério da Economia, a licença de exploração. Findo o prazo da licença, as instalações devem ser removidas pelo respectivo titular, salvo se a Administração optar pela reversão, a título gratuito, a seu favor. Caso o titular esteja interessado na continuidade da produção de energia eléctrica, deve o mesmo, no prazo de um ano antes de decorridos os últimos três anos da licença, pedir parecer à DRAOT e à DGE informação sobre a possibilidade de obter um novo alvará de licença de utilização de água.

Em suma e apesar do anunciado esforço no sentido da simplificação procedimental, a instalação de uma pequena central hidroeléctrica pressupõe ainda, face à regulamentação aplicável, um longo e complexo procedimento, com inúmeras consultas a entidades externas, o qual pode ocasionar demoras na obtenção da licença.

4.2. O “boom” dos parques eólicos

Apesar da recente “popularidade” dos parques eólicos, avaliada pelo seu florescimento ao longo do território nacional, não existe entre nós legislação específica sobre este tipo de centros electroprodutores. Na verdade, apesar de Portugal ter sido pioneiro no aproveitamento da energia eólica (ex. na navegação e na moagem de cereais) só muito tarde é que iniciou o aproveitamento da mesma para a produção de electricidade. Os primeiros parques

eólicos foram instalados no final dos anos oitenta, início dos anos noventa, nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira e apenas na segunda metade da década de noventa surgiram no território continental. De acordo com informação da DGE, “actualmente o país possui mais de 30 parques eólicos em funcionamento, com mais de 240 máquinas, totalizando uma potência instalada de ordem dos 120 MW”¹⁵.

Para a instalação de um parque eólico é necessário, para além do já mencionado pedido de atribuição de ponto de recepção (art. 11.º do DL n.º 312/2001), que é comum a todos os projectos de instalação de um centro electroprodutor, a realização de uma avaliação de impacte ambiental nos termos do DL n.º 69/2000 (alínea i) do n.º 3 do anexo II). A avaliação de impacte ambiental é muito importante neste tipo de instalações, por forma a prevenir as situações em que os aerogeradores ultrapassam as emissões de ruído permitidas (Decreto-Lei n.º 292/2000, de 14/11 — Regulamento Geral do Ruído), bem como aquelas em que, por se situarem em zonas de migração de aves, o movimento de rotação das pás provoca um elevado número de aves mortas. A este respeito convém salientar o disposto no Despacho n.º 12 006/2001 (2.ª série), do Ministério do Ambiente e Ordenamento do Território, segundo o qual se prevêem algumas directrizes orientadoras dos procedimentos de licenciamento de parques eólicos situados em zonas de protecção especial, classificadas ao abrigo da «directiva das aves», ou em sítios classificados ao abrigo da «directiva dos habitats». Estas directrizes visam a simplificação e celeridade destes procedimentos, no intuito de promover as centrais eólicas.

A instalação de parques eólicos pressupõe, ainda, a questão da utilização dos terrenos onde os mesmos se pretendem instalar, não apenas na perspectiva da obtenção de uma titularidade de um direito que habilite o explorador do parque (ex. direito de propriedade ou direito de arrendamento), como ainda no enquadramento daquela actividade dentro do planeamento urbanístico do município ou municípios onde o parque vier a ser instalado e das áreas delimitadas como de Reserva Ecológica Nacional.

A produção de energia eléctrica a partir de aerogeradores não constitui ainda uma actividade verdadeiramente rentável, apresentando-se como um potencial a explorar, especialmente no que respeita ao desenvolvimento técnico dos geradores. Esta fonte de energia constitui, em Portugal, a par com o incremento das mini-hídricas, um dos principais domínios em expansão¹⁶.

4.3. O subaproveitamento da energia solar térmica e fotovoltaica

A geração de electricidade a partir da energia fotovoltaica do sol é uma das tecnologias mais recentes e ainda não explorada em Portugal. Trata-se de um tipo de instalações especialmente vocacionadas para o sector da habitação, podendo ser instaladas no telhado ou nas fachadas dos edifícios. Para além dos edifícios, este tipo de produção de energia eléctrica pode também estar associado a centrais de produção instaladas em grandes superfícies de terreno.

Apesar da pouca divulgação entre nós deste tipo de produção de energia eléctrica, foi recentemente publicada legislação que pode promovê-la. De facto, o Decreto-Lei n.º 68/2002, de 25 de Março, regula ao exercício da actividade de produção de energia eléctrica em baixa tensão, desde que a potência a entregar à rede pública não seja superior a 150kW. Trata-se de produção de energia com autoconsumo de energia eléctrica ou de energia eléctrica e térmica (produção com autoconsumo significa que se trata de uma actividade de produção em que, pelo menos, 50% da energia eléctrica produzida é destinada a consumo próprio ou de terceiros, para fins domésticos, comerciais, industriais ou de prestação de serviços) através de microgeradores, ou seja, de um equipamento principal autónomo de produção de energia associado, entre outros elementos, a painéis solares fotovoltaicos.

Esta figura do produtor-consumidor de energia eléctrica em baixa tensão integra-se, também, no Sistema Eléctrico Independente. A instalação destes equipamentos carece da aprovação pelas direcções regionais do Ministério da Economia, nos termos do estipulado no Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, às quais compete ainda a emissão das respectivas licenças de exploração. A particularidade deste regime jurídico reside nas “trocas” de energia entre o produtor-consumidor e o titular de licença vinculada de distribuição em baixa tensão (elemento integrado no Sistema Eléctrico de Serviço Público) a operar na respectiva zona. De facto, um dos deveres do produtor-consumidor é o de celebrar um contrato de venda e aquisição de energia eléctrica com o titular da licença de distribuição vinculada. Estas “trocas” de energia são reguladas por um tarifário próprio (Portaria n.º 764/2002, de 1/7), o qual deve atender, por um lado, aos custos evitados pelo SEP no recebimento da energia eléctrica do produtor-consumidor e, por outro, aos benefícios de natureza ambiental resultantes da maior eficiência da instalação de produção na utilização da energia primária.

Este novo regime jurídico, incentivador da utilização desta fonte de energia no sector da habitação, surge integrado no contexto do MAPE (Medida de Apoio ao Aproveitamento do Potencial Energético e Racionalização do Consumo). De resto, o aproveitamento da energia solar está já suficientemente divulgado entre nós no que diz respeito à energia térmica para o sector residencial¹⁷, em grande medida por força dos incentivos financeiros e fiscais associados a este tipo de instalações.

4.4. A biomassa e a energia das ondas do mar

A biomassa¹⁸ é apontada como uma fonte de energia particularmente versátil, podendo ser utilizada para produzir, além de electricidade, calor e combustível para os transportes. Não sendo também um recurso muito explorado em Portugal, a produção de energia eléctrica a partir da biomassa pode ser enquadrado, legislativamente, no conceito amplo de gestão de resíduos (valorização) definido pelo Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de Setembro.

Outra fonte de energia ainda não explorada em Portugal é a energia das ondas do mar. O seu aproveitamento para fins de produção de electricidade implica, necessariamente, a instalação de infra-estruturas e equipamentos em águas do domínio público. Assim, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 254/99, de 7 de Julho, qualquer intervenção de entidades privadas na exploração do domínio público marítimo das águas territoriais da zona económica exclusiva e respectivos solos e subsolos marinhos fica sujeita a concessão ou licença prévia. A licença a conceder no âmbito deste diploma deve constar de Portaria conjunta dos Ministros da Defesa Nacional, do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e do Ambiente. Até à presente data apenas temos registo de um caso de licenciamento desta actividade no âmbito de um projecto piloto. De facto, pela Portaria n.º 711/2001, de 12 de Julho, foi autorizada, após estudo de impacte ambiental favorável, a sociedade Oceanergia – Projecto de Produção de Energia de Ondas Unipessoal, Lda, a instalar ao largo da costa de Castelo de Neiva (Viana do Castelo), as infra-estruturas necessárias para a operação de um sistema de produção de energia eléctrica através da força das ondas do mar, com «flutuadores de Arquimedes». A competência para o licenciamento e a supervisão do projecto foi delegada, pelos ministros responsáveis, no Instituto Portuário do Norte, entidade sob cuja jurisdição se situam as infra-estruturas, carecendo ainda de parecer da Capitania do Porto de Viana do Castelo. O sucesso deste tipo de projectos pode ser particularmente importante para um país como Portugal, tendo em conta a sua vasta extensão de costa.

5. Apreciação global da produção de energia eléctrica a partir de FER — pistas para o sucesso e razões do fracasso

Após este percurso legislativo pelos diplomas que regulam a organização do sector eléctrico e a produção de electricidade a partir de FER, cabe agora fazer, em jeito de conclusão, uma análise sobre o grau de concretização dos objectivos impostos na Directiva 2001/77/CE e tentar elencar alguns obstáculos legislativos que inibem o florescimento das FER.

5.1. A carga fiscal vs. incentivos fiscais

O primeiro domínio que cabe analisar, quando nos referimos à promoção ou não progressão de um determinado sector económico, é o domínio fiscal/tributário. Na verdade, em economias liberalizadas é o direito fiscal que permite aos Estados intervir no desenvolvimento dos sectores, penalizando-os com um agravamento da carga fiscal sempre que deseje a sua desincentivação ou premiando-os com benefícios fiscais sempre que vise a sua promoção. Ora, no caso das energias renováveis, o legislador fiscal optou por um sistema de incentivo através da criação de alguns benefícios fiscais. De facto, em 1982 foram publicadas (Decreto-Lei n.º 312/82, de 4/8) as primeiras medidas que concediam benefícios fiscais (na modalidade de deduções à matéria colectável) à aquisição e instalação de equipamentos novos para a utilização de energias alternativas renováveis ou para a conservação e poupança de energia obtida a partir de fontes convencionais. Actualmente, constituem deduções à colecta de IRS os encargos com imóveis e equipamentos novos de energias renováveis (art. 85.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares).

Todavia, os benefícios fiscais referidos não são suficientes para que se possa afirmar a protecção fiscal a esta actividade, pelo contrário, não se conhecem sequer normas que isentem as instalações de produção de impostos sobre o património.

Para além do aspecto fiscal em sentido estrito, podemos apontar ainda como obstáculo ao florescimento de centros electroprodutores a partir de fontes de energia renováveis a elevada carga tributária que pesa sobre esta actividade. Atente-se, a título de exemplo, nas taxas devidas pela instalação de uma unidade de produção de energia hidroeléctrica por uma pequena central hidroeléctrica: taxa pela atribuição do ponto de recepção, taxa pela apreciação do estudo de viabilidade técnico-económica; taxa para emissão de alvará de licença de construção de infra-estrutura hidráulica; taxa pela realização de inquérito público e taxa pela apreciação do estudo de incidências ambientais ou, caso se trate de um projecto sujeito a Avaliação de Impacte Ambiental (AIA), os pagamentos das correspondentes taxas previstas na Portaria n.º 1182/2000, de 18 de Dezembro; taxas devidas à DRAOT durante a construção; taxas devidas à DRAOT durante a exploração.

Para além das taxas, o proprietário de centro electroprodutor está ainda obrigado ao pagamento de uma renda aos municípios cuja circunscrição seja atingida pela zona de influência das instalações. Também a instalação de centrais eólicas acarreta custos elevados, sendo de realçar o pagamento de uma renda de 2,5% do valor das vendas de energia eléctrica efectuadas¹⁹.

A pesada carga tributária que entre nós incide sobre o sector energético em geral e que se estende também à produção de energia eléctrica a partir de FER pode constituir um obstáculo importante à promoção destas indústrias.

5.2. Os incentivos económico-financeiros

De acordo com as directrizes impostas pela política comunitária, foram adoptadas em Portugal sucessivas medidas tendentes a apoiar financeiramente a instalação de novos centros electroprodutores a partir de FER.

Assim, logo em 1988 foi criado o Sistema de Incentivos à Utilização Racional de Energia de Base Regional (SIURE)²⁰. O SIURE, em articulação com o programa comunitário VALOREN (Regulamento (CEE) n.º 3301/86 do Conselho, de 27/10/1986), concedia incentivos, sob a forma de comparticipação financeira directa ao investimento, a projectos destinados a racionalizar os consumos de energia. Entre os tipos de projectos a financiar incluíam-se os investimentos nas áreas da produção de energia e de combustíveis a partir de recursos renováveis ou de resíduos. Em 1994, com a aprovação do PROGRAMA ENERGIA (PE) (criado pelo Decreto-Lei n.º 195/94, de 19/7), no âmbito do 2.º QCA (1994-1999), foram criados novos incentivos ao aproveitamento de recursos energéticos endógenos. Estes novos incentivos podiam revestir a forma de subsídios a fundo perdido ou subsídios reembolsáveis, remetendo o legislador para Resolução do Conselho de Ministros a definição e caracterização dos sistemas de incentivos (Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/94, de 11/8). O Programa Energia e a sua regulamentação obrigaram a uma alteração das disposições do SIURE, na medida em que o próprio diploma que criou o PE previa a possibilidade de serem beneficiárias deste programa as empresas e demais entidades previstas no SIURE.

Assim, das alterações ao SIURE resultou, entre outras coisas, a referência expressa à concessão de incentivos a projectos dos consumidores domésticos destinados ao aproveitamento do potencial endógeno por utilização de fontes renováveis, cobrindo todos os sectores de actividade e, ainda, a transformação dos incentivos para a forma de subsídios a fundo perdido ou subsídios reembolsáveis²¹.

Ainda dentro do âmbito de regulamentação do Programa Energia, foi publicado o Despacho Normativo n.º 681/94, de 26 de Setembro, que se reporta especificamente ao sistema de incentivos a conceder aos projectos de investimento na construção de centros produtores de energia eléctrica a partir de FER, que debitem toda a sua produção exclusivamente na rede pública. O âmbito dos apoios a conceder abrangia a construção de centrais mini-hídricas com potência instalada até 10 MVA, parques eólicos, centrais geotérmicas e centrais térmicas que utilizassem como combustível principal a biomassa, com potência eléctrica instalada inferior a 10 MVA. Os incentivos assumiam a forma de subsídio reembolsável à taxa nula, prevendo-se a possibilidade de atribuição de um prémio de realização, segundo o qual nos projectos considerados “excelentes” uma parte ou a totalidade do subsídio reembolsável transformar-se-ia em subsídio a fundo perdido.

O Programa Energia expirou a sua validade em 1999 e foi “substituído”, em 2000, pela Medida de Apoio ao Aproveitamento do Potencial Energético e Racionalização de Consumos (MAPE) (Portaria n.º 198/2001, de 13/3, com alterações da Portaria n.º 1219-A/2001, de 23/10), cujo período de vigência se prolonga até 2006. A MAPE prevê também a concessão de apoios a projectos que visem a produção de energia com base em fontes de energia renovável e entreguem a totalidade da sua produção à rede pública. Os incentivos a conceder podem assumir a modalidade de incentivo reembolsável ou não reembolsável, existindo, porém, uma fórmula específica para o cálculo do incentivo quando se trate de projectos de produção de energia com base em FER²². Com a posterior aprovação do Programa E₄ foram feitos alguns ajustamentos na regulamentação da MAPE, tendo em vista o apoio à produção de água quente por energia solar térmica e à optimização de sistemas de climatização em edifícios.

Em suma, pelo menos no que se refere à consagração legislativa, podemos afirmar que Portugal contempla um sistema de incentivos financeiros destinados à promoção das energias renováveis, onde se prevê expressamente o apoio à construção de centros electroprodutores²³. Fica por avaliar o efectivo contributo destes incentivos na promoção das FER. Na verdade, se tivermos em linha de conta que na maior parte dos casos estamos perante uma tecnologia muito dispendiosa à qual nem sempre correspondem índices de produtividade atractivos, concluímos que os incentivos são, talvez, a verdadeira alavanca que pode impulsionar o sector.

5.3. A simplificação dos procedimentos administrativos

Outro dos desígnios impostos pela Directiva 2001/77/CE prende-se com a simplificação e celeridade dos procedimentos de licenciamento das centrais electroprodutoras que utilizem fontes de energia renovável. De acordo com a directiva comunitária, Portugal deveria adoptar legislação que impusesse um regime de licenciamento daqueles projectos de forma mais célere. Ora, este parece ser um dos pontos mais claudicantes do nosso ordenamento jurídico.

De acordo com a análise casuística elaborada acima (cfr. ponto 4), pudemos concluir que se multiplicam as licenças e autorizações necessárias à instalação de uma central electroprodutora. Para além das cautelas impostas pela avaliação de impacte ambiental (AIA – Decreto-Lei n.º 69/2000), temos ainda de contar com a articulação entre a produção de energia eléctrica e o seu fornecimento à rede, facto que pressupõe a atribuição do ponto de recepção.

A atribuição de um ponto de recepção, regulado pelo Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de Dezembro, é um elemento essencial, pois apenas através dele é possível ao produtor independente vender a energia eléctrica produzida. O diploma prevê duas hipóteses: 1) um processo ordinário, assente numa autorização administrativa, que tem início a requerimento do interessado; 2) a realização de concurso para a atribuição do ponto de recepção nos casos específicos de concretização de projectos inseridos em programas aprovados pelo Governo e com o objectivo de otimizar a capacidade de recepção do SEP. A atribuição do ponto de recepção está sujeita à prestação de caução²⁴ e a caducidade nos casos em que o promotor do projecto não conclui as obras nos prazos indicados no diploma. Em caso de caducidade a caução é accionada e o seu montante reverte para o operador da rede do SEP.

Para além do disposto no mencionado diploma, o acesso à rede é ainda regulado pelo disposto no Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações (RARI), aprovado pela ERSE (o RARI foi aprovado pelo Despacho n.º 18 413-A/2001 da ERSE, publicado no D.R., 2.ª Série, de 1 de Setembro de 2001, p. 149 44).

A complexidade em matéria de licenciamento desta actividade resulta também da necessária articulação entre diversas entidades com competências nesta matéria: o Ministério da Economia, o Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, as autarquias locais onde os projectos e as infra-estruturas estão situados e demais organismos responsáveis pela concessão de apoios aos projectos e pela emissão de diversos pareceres a emitir por entidades externas.

Aliás, a recente Portaria n.º 295/2002, de 19 de Março, é um exemplo de como a simplificação procedimental nesta matéria está ainda longe de ser atingida. Ao estipular as regras do procedimento de obtenção das licenças necessárias para produção de energia hidroeléctrica por pequenas centrais, a referida Portaria descreve um longo e penoso procedimento que se desenrola entre as Direcções Regionais de Ambiente e Ordenamento do Território e a Direcção-Geral de Energia.

A complexidade procedimental inerente a este tipo de instalações é também reconhecida pelas entidades com competência nesta matéria. De facto, o Despacho n.º 11 091/2001 (2.ª série), de 25 de Maio, do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, tenta, de alguma forma, reduzir essa mesma complexidade, adoptando directrizes que permitem articular os regimes de Avaliação de Impacte Ambiental e da Reserva Ecológica Nacional em matéria de instalações de produção de energia eléctrica a partir de fontes de energia renovável²⁵.

Estamos certos que a simplificação procedimental preconizada pela Directiva não pretende, em momento algum, pôr em causa um cuidadoso estudo dos projectos, quer a nível da segurança das centrais e do funcionamento do sector eléctrico no que se refere ao transporte e distribuição, quer a nível das repercussões ambientais e urbanísticas. Questionamo-nos

apenas se não existirá a possibilidade de conceber um sistema de licença única a emitir por uma entidade, que, salvaguardando e acautelando todos os aspectos necessários, possa gerir o procedimento (tornando-o mais célere) e fazer uma avaliação global final do mesmo, onde ponderaria as desvantagens e debilidades apresentadas e os benefícios que o mesmo representaria em termos de desenvolvimento sustentável. Este tipo de procedimento, único e centralizado, permitia que um projecto fosse analisado no seu todo e evitaria, muitas vezes, o indeferimento por razões meramente formais ou com fundamento em problemas menores que não põe em causa o núcleo substancial das propostas.



Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Juan de la Cruz Ferrer, *La Liberalización de los Servicios Públicos y el Sector Eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p.52.

² COM (96) 576 de 20/11/1996, “Energia para o futuro: fontes renováveis de energia”.

³ Magdalena AK Muir, *European Energy Liberalisation and Emissions Trading*, *Utilities Law Review*, 12, 2001, pp. 15-28.

⁴ Sobre a transposição para a ordem jurídica interna do conteúdo da Directiva n.º 96/92/CE vide os sete diplomas que regulam o Sistema Eléctrico Nacional, Decretos-Leis n.ºs 182/95 a 188/95, todos de 27 de Julho, e as actualizações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março.

⁵ No que respeita às exigências em matéria de regulamentos de construção vide: Directiva 93/76/CEE do Conselho, de 13 de Setembro de 1993; Directiva 89/106/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros no que respeita aos produtos de construção. Entre nós, a regulamentação da energia térmica nos edifícios é levada a efeito pelo Regulamento dos Sistemas Energéticos de Climatização em Edifícios (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 118/98, de 7 de Maio) e pelo Regulamento das Características de Comportamento Térmico dos Edifícios (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 40/90, de 6 de Fevereiro).

⁶ Os objectivos definidos pelo Tratado Euratom de 1957 estão hoje seriamente comprometidos. Os acidentes de Three Miles Island (1979) e Chernobil (1986), levaram alguns Estados a adoptar moratórias (Suécia, Espanha, Países Baixos, Alemanha e Bélgica) e outros a prometerem o encerramento da indústria de produção nuclear (França, Grã-Bretanha e Finlândia).

⁷ Será curioso sublinhar, como faz a Comissão, que “no início do desenvolvimento da energia nuclear as populações não tenham podido opor-se à instalação de reactores nucleares e estejam hoje em condições de obstruir o desenvolvimento de instalações destinadas às energias renováveis”, in *Livro Verde*, COM (2000) 769, de 29/11/2000, p. 52.

⁸ Portugal é um dos países signatários da Convenção Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, estabelecida em 1992 na Conferência do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, bem como do Protocolo de Quioto, fixado em 1997 na 3.ª Conferência das Partes aderentes à Convenção. Neste contexto, aprovou a estratégia para as alterações climáticas através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 59/2001, publicada no D.R. n.º 125, de 30 de Maio de 2001.

⁹ Este programa foi antecedido da criação do SIURE que também já contemplava um sistema de incentivos à FER, conforme teremos oportunidade de referir mais à frente neste trabalho.

¹⁰ Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, de 11 de Outubro. Neste documento podemos encontrar as

orientações do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território no sentido de promover a produção de electricidade a partir de FER, mediante a salvaguarda dos valores ambientais. Orientações que surgem conjugadas com um sistema de incentivos a adoptar pelo Ministério da Economia, como instrumentos decisivos para alcançar a meta comunitária para 2010 – dispor de um parque produtor de energia a partir de FER com uma potência de 3000 MW, para o qual hão-de contribuir os parques eólicos e as mini-hídricas, bem como a energia solar fotovoltaica, centrais de biomassa e a energia das ondas do mar.

¹¹ Regulamento Tarifário, Regulamento de Relações Comerciais, Regulamento do Despacho e Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações, todos aprovados pelo Despacho n.º 18 413-A/2001, publicados no D.R., 2.ª série, de 1 de Setembro de 2001.

¹² A base XVI do Decreto n.º 12 559 é particularmente elucidativa da importância do aproveitamento energético hidráulico, ao traçar um esquema das linhas de transporte e distribuição de energia eléctrica a partir dos aproveitamentos hidroeléctricos existentes ou projectados e das zonas carboníferas existentes no território nacional.

¹³ De sublinhar que o Decreto-Lei n.º 85/2002, de 6 de Abril, alterando o Decreto-Lei n.º 182/95 na sua redacção mais actualizada, veio clarificar o regime jurídico aplicável aos aproveitamentos hidroeléctricos de potência instalada inferior ou igual a 10 MW pertencentes a empresas vinculadas de distribuição eléctrica integradas no SEP. De facto, segundo aquele diploma, estas pequenas centrais, muitas vezes de produção apenas sazonal, deveriam ficar sujeitas ao regime aplicável às demais centrais congêneres, reguladas por um regime especial e integradas no SEI.

¹⁴ O estudo de avaliação de impacte ambiental é exigível, nos termos do disposto no n.º 15 do anexo I do Decreto-Lei n.º 69/2000, sempre que se trate de “barragens ou outras instalações concebidas para retenção ou armazenagem permanente de água em que um novo volume ou um volume adicional de água retida ou armazenada seja superior a 10 milhões de m³” e na alínea h), do ponto 3 do anexo II, no caso de instalações para a produção de energia hidroeléctrica igual ou superior a 20 MW.

¹⁵ Informação recolhida no site <http://www.dge.pt> (13/01/2003)

¹⁶ Veja-se, a título de exemplo, alguns dos últimos despachos conjuntos dos Ministros da Economia e do Ambiente e Ordenamento do Território a reconhecer o interesse público à instalação de parques eólicos: Despacho Conjunto n.º 1005/2001, de 17 de Novembro (Parque Eólico do Alto da Vaca); Despacho Conjunto n.º 269/2002 (Parque Eólico de Arruda dos Vinhos).

¹⁷ Veja-se, a este propósito, o Decreto Legislativo Regional n.º 29/2001/m, de 20 de Dezembro, que aprovou um sistema de incentivos à energia solar térmica para o sector residencial, constituído por um subsídio a fundo perdido.

¹⁸ De acordo com o disposto no Livro Branco sobre fontes de energia renováveis a biomassa é “um recurso com vasta distribuição que inclui, para além da biomassa lenhosa e dos resíduos da indústria da madeira, as culturas energéticas, os resíduos agrícolas e efluentes agro-alimentares, os estrumes e a fracção orgânica dos resíduos sólidos municipais, os resíduos domésticos triados e as lamas de esgotos”.

¹⁹ A “renda de produção eólica foi criada pelo Decreto-Lei n.º 339-C/2001, que aditou o n.º 33 ao anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88.

²⁰ O SIURE foi criado pelo Decreto-Lei n.º 188/88, de 27 de Maio, e as respectivas participações a conceder foram regulamentadas pela Portaria n.º 334/88, de 27 de Maio. O montante do incentivo para os projectos relativos às FER poderia ir até um montante máximo de 100.000 contos (cfr. art. 7.º/4 a) da Portaria n.º 334/88).

²¹ A articulação entre o conteúdo dos dois programas que culminou com a alteração das normas do SIURE foi levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 35/95, de 11 de Fevereiro. O tipo de incentivos e o procedimento conducente à sua atribuição, no respeitante ao domínio de intervenção relativo ao aproveitamento do potencial endógeno por utilização de energias renováveis, foram posteriormente regulamentados pelo Despacho Normativo n.º 11-B/95, de 6 de Março. De sublinhar que os incentivos concedidos ao abrigo do disposto no referido Despacho Normativo n.º 11-B/95 não eram susceptíveis de ser cumulados com outros que viessem a ser criados no âmbito dos restantes domínios de intervenção previstos no Decreto-Lei n.º 35/95.

²² Os limites máximos de investimento elegível para os projectos de investimento respeitantes à produção de energia eléctrica com base em FER foi divulgado através do anúncio n.º 65/2001, publicado no D.R., 2.ª série, de 14 de Maio.

²³ Para além do apoio directo à construção de centros electroprodutores podemos ainda referir outro tipo de

incentivos, como é o caso do regime de apoio à utilização de energias renováveis pela actividade aquícola exercida no continente, previsto e regulado pelo Despacho Normativo n.º 30/2002, de 26 de Abril de 2002.

²⁴ As cauções devidas no âmbito do procedimento de atribuição de um ponto de interligação, previstas no Decreto-Lei n.º 312/2001, estão reguladas na Portaria n.º 62/2002, de 16 de Janeiro, onde se estipula o montante de cada caução, bem como as entidades a favor de quem as mesmas são estabelecidas.

²⁵ No mesmo sentido, mas relativo apenas à instalação de parques eólicos, veja-se o já referido anteriormente Despacho n.º 12 006/2001 (2.ª série), de 6 de Junho.

Il Mutamento di Destinazione d'Uso degli Immobili*

Resumo

A questão da alteração de utilização de edifícios ou das suas fracções assume acentuado relevo urbanístico, em especial a partir do momento em que se reconheceu que o direito do urbanismo se deveria ocupar, igualmente, da distribuição das funções humanas pelo território, delineando quais os usos imperativos, admissíveis ou vedados no espaço de referência. No direito italiano, as respostas legislativas e jurisprudenciais têm-se sucedido quanto à definição de quais as alterações de uso dos imóveis que implicam um controlo administrativo prévio. O autor, ao longo deste artigo, descreve a linha de evolução e os aspectos críticos do quadro normativo relativo a esta temática, formulando, igualmente, algumas propostas para a determinação do seu âmbito.

1. Cenni introduttivi

L'annoso problema del "mutamento di destinazione d'uso degli immobili" ancora una volta viene dal nostro legislatore accuratamente *"by-passato"* o, si mi perdoni l'espressione *"scaricato sulle regioni"*.

Si è tentato con la Legge 23 dicembre 1996, n. 662¹, modificativa dell'art. 25, comma ultimo, della Legge 27 febbraio 1985, n. 47², di dare un nuovo indirizzo all'originario testo del comma ultimo, dell'art. 25, della Legge 27 febbraio 1985, n. 47.

Infatti, l'art. 2, comma 60, della Legge 23 dicembre 1996, n. 662, sancisce che *"le leggi regionali stabiliscono quali mutamenti connessi o non connessi a trasformazioni fisiche dell'uso degli immobili o di loro parti, subordinate a concessione (edilizia), e quali, mutamenti, connessi o non connessi a trasformazione fisica, dell'uso degli immobili o di loro parti siano subordinate ad autorizzazione (edilizia)"*.³

Rispetto alla formulazione precedente si nota subito che nella attuale disposizione normativa del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, c.d. *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*, la situazione rimane sostanzialmente inalterata con la sola differenza che il richiamo non è fatto al diverso regime concessorio o autorizzatorio, ma al nuovo regime del *"permesso di costruire"* o della *"denuncia di inizio attività (D.I.A.)"*.⁴

In ogni caso l'intera materia della disciplina della *"destinazione d'uso"* è rimessa alle indicazioni che dovranno dare le regioni non essendo più richiamati ad attività di sorta i comuni per cui non vi è più il passaggio all'ulteriore recepimento da parte degli enti locali della norma regionale da emanarsi.⁵

Quali saranno gli *"usi"* o le *"variazioni d'uso"* sottoposte a *"denuncia di inizio attività (D.I.A.)"* e quali a *"permesso di costruire"* sarà la legge regionale a dirlo che siano o meno accompagnate da opere.⁶

Ancora una volta occorrerà quindi attendere che le regioni si attivino e non vi è alcuna indicazione o norma transitoria che indirizzi gli operatori in attesa delle norme regionali. Pur essendo però scomparso dal testo legislativo il riferimento ai comuni ciò non di meno non sembra che ad essi sia del tutto sottratta una certa capacità di intervenire sul tema. La pianificazione urbanistica comunale resta pur sempre tra le prerogative dell'ente comunale, il quale, a giudizio di chi scrive, pur nel rispetto delle norme regionali, avrà sempre la facoltà di individuare le *"destinazioni di zona"* e, per ciascuna zona, le *"destinazioni d'uso consentite"* e quelle che ritiene di *"dover vietare perchè incompatibili o pericolose"*



o perchè intende “privilegiare in certe zone alcuni usi scoraggiandone altri”⁷. Di certo la regione altro non potrà che fornire delle linee guida, sicchè malgrado la nuova formulazione dell’art. 25, comma ultimo, della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, il problema è rimasto sostanzialmente identico a quello previgente non solo alla modifica dell’art. 25, comma ultimo, ma alla stessa Legge 28 febbraio 1985, n. 47.⁸

Il problema è a Voi tutti noto e mi permetto di richiamarlo alla Vostra attenzione perchè nella mia esperienza professionale ho avuto modo di verificare quanto esso sia sentito dai proprietari di immobili per le loro esigenze anche mutevoli “di disporre liberamente dei propri beni adibendoli agli usi più disparati” e quanto invece “sia loro avverso l’orientamento delle pubbliche amministrazioni comunali” che sfocia “in provvedimenti repressivi” e spesso anche “l’orientamento dei magistrati in sede penale che non di rado li sanzionano”.

2. Il mutamento di destinazione d’uso senza opere – Aspetti sanzionatori

La Legge 28 febbraio 1985, n. 47, attribuisce al giudice penale tra le altre funzioni anche quella di ordinare la demolizione delle opere abusive quando siano effettuate in totale difformità o in assenza della concessione edilizia o quando esse proseguono malgrado l’ordine di sospensione.

Ovviamente, per quanto ci riguarda, l’abuso può coinvolgere con le opere anche il “mutamento della destinazione d’uso originariamente prevista principalmente per l’ipotesi di lavori effettuati in totale difformità dalla concessione edilizia”.

L’ordine di demolizione, quindi, ove non emesso dall’autorità amministrativa, ma emesso dal giudice penale ha natura giurisdizionale e, come tale, posto in esecuzione dal pubblico ministero (P.M.) a norma degli artt. 655 e s.s. c.p.p., e, 666 e s.s. c.p.p.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha infatti ritenuto (Cass. Sez. Unite., 19 giugno 1996, n. 15, in *Riv. pen. ec.*, 1996, nota di Angelillis, Ventura; e in *Riv. giur. ed.*, 1997) che l’ordine di demolizione emesso dal giudice penale è correlato all’esercizio della potestà giurisdizionale e, compreso nella sentenza passata in giudicato, è assoggettato all’esecuzione al pari delle altre statuizioni della sentenza.⁹

Il problema vero si è posto allorché si è osservato che rapportando l’art. 7 della L. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 31¹⁰, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, “*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*” agli artt. 444 e 445 c.p.p. ove si chieda il patteggiamento della pena, non potrebbe essere applicato l’ordine di demolizione perchè l’art. 445 c.p.p. esclude l’applicazione di pene accessorie quale è appunto ritenuto l’ordine di demolizione.¹¹

La Cassazione penale però, con numerose sentenze (Cass. pen., Sez. II, 16 novembre 1995, n. 3123, in *Giust. Pen.*, 1996, e in *Riv. Trim. dir. pen. economia*, 1996; Cass. pen., Sez. III, 11 febbraio 1994, n. 2279) ha ritenuto, invece, che l’ordine di demolizione debba essere obbligatoriamente inserito nella sentenza di patteggiamento e ciò perchè esso è sanzione formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativa di tipo ablatario che il giudice deve disporre non trattandosi di pena accessoria, a nulla rilevando che l’ordine medesimo non abbia formato oggetto di accordo in quanto esso è atto dovuto, non suscettibile di valutazione discrezionale, sottratto alla disponibilità delle parti e del quale l’imputato deve tenere conto nell’operare la scelta del patteggiamento della pena. Sostanzialmente, quindi, malgrado il “*nomen juris*”, l’ordine di demolizione ha natura di sanzione amministrativa e come tale non di pena.

Orbene, nell’analisi della fattispecie che ci riguarda, si è accennato alle “sanzioni legate ai mutamenti d’uso degli immobili urbanisticamente rilevanti attuati senza la preventiva autorizzazione edilizia o concessione edilizia”¹² e sommariamente si è evidenziato come a volte “non sia neppure semplice qualificare come reato il mutare l’uso di un immobile”.

Particolarmente, “non sempre è possibile o agevole ritenere non consentito il nuovo uso quando non sia accompagnato da opere rilevanti, essendo, detto mutamento, rilevante ai fini urbanistici e penali solo quando esso comporti una variazione nella dotazione di *standards urbanistici*”.

Eziologicamente, quindi, la verifica *degli standards* urbanistici dovrebbe preludere alla contestazione del reato.

Si comprende che ciò non è sempre agevole perchè nel tessuto urbano molte sono le componenti che concorrono a determinare la dotazione di *standard* urbanistici e molti sono i fatti che sconvolgono tali dotazioni spesso non addebitabili all'autore del mutamento d'uso. Si sa che i nostri centri abitati, specie quelli storici, non rispettano certamente le norme e le dotazioni di *standards urbanistici* che l'urbanistica moderna richiede per le nuove edificazioni e si è detto che la gran parte di tali vecchi immobili sono stati edificati prima della entrata in vigore delle vigenti normative “senza specificazione delle destinazioni d'uso”. Ciò detto, la norma fondamentale cui fare riferimento per sanzionare gli abusi in tale materia è la L. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 44¹³, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, “*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*”¹⁴.

Questa prevede l'ammenda fino a £.20.000.000. milioni per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dalla stessa legge nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire. Secondo alcuni giudici penali tale disposizione normativa è applicabile anche ai “mutamenti di destinazione d'uso senza opere c.d. funzionale” allorquando, appunto, essi non siano consentiti dai regolamenti edilizi dagli strumenti urbanistici e nel titolo concessorio sia stato dichiarato l'uso cui l'immobile era destinato. Occorre però, ad avviso di chi scrive, richiamare l'attenzione sulla circostanza che tale orientamento non è univoco.

Infatti altra parte della giurisprudenza non ritiene sanzionabile il mutamento d'uso senza opere ove non sia intervenuta la legge regionale a disciplinare la materia o manchi un'apposita disciplina comunale degli usi degli immobili¹⁵.

A tutto concedere, non può però non rilevarsi che l'uso diverso, sanzionabile, deve necessariamente rientrare tra quelli “incompatibili” dal punto di vista “urbanistico ed edilizio”. La trasformazione ad esempio di un sottotetto da destinazione non abitativo a destinazione abitativa costituisce mutamento della destinazione d'uso dell'immobile legittimante l'emissione di un provvedimento di sequestro preventivo (Cass. pen., Sez. III, 25 novembre 1996, n. 4021, in *Cass. Pen.*, 1998). Deve cioè, comportare variazione della categoria edilizia e variazione in difetto degli *standards urbanistici*. Orbene secondo parte della giurisprudenza anche tale evenienza, per essere sanzionata, dovrebbe essere considerata dalla legge regionale come una variazione essenziale al progetto approvato (Cass. pen., 3 marzo 1987 — 9 marzo 1988, in *Giust. Pen.*, 1988). Quando poi il mutamento attiene ad immobili sottoposti a vincolo dalle L. 1 giugno 1939, n. 1089 e L. 29 giugno 1939, n. 1497, recepite dal D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1, della Legge 8 ottobre 1997, n. 352*, secondo alcuni autori il mutamento comporterebbe la sanzione di cui all'art. 20 lett. b), ora art. 44, lett. b)¹⁶, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, perchè viene considerato in totale difformità dal titolo concessorio.¹⁷

Orbene tra le diverse tesi sembra preferibile quella che muove i passi da un concetto fondamentale, sulla scorta di orientamenti della Cassazione penale. Questa (Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 1989, in *Riv. giur. ed.*, 1991 e Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio — 1 ottobre 1992) ha rilevato che non è possibile concepire il “mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante senza la esecuzione di opere edilizi perchè l'art. 8 della L. 28 febbraio 1985, n. 47, inserito nell'art. 32¹⁸, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, “*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*” presuppone l'esistenza di

un progetto approvato e demanda alle regioni di determinare quali debbano intendersi, come essenziali, le variazioni al progetto, sicchè in mancanza di tali determinazioni non è possibile definire il mutamento d'uso come una variazione essenziale al progetto che dovrebbe essere predeterminata in modo perentorio.

D'altro canto la nuova formulazione dell'art. 25, comma ultimo, della L. 28 febbraio 1985, n. 47, introdotta, nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sembra ribadire tale concetto.

Evidenziata "la difficoltà penale di configurare come reato il mutamento d'uso senza opere", va rilevato che "non meno difficoltosa è la sanzione amministrativa del mutamento". Sostanzialmente le ragioni delle difficoltà sono le stesse mancando i criteri che le regioni devono dettare perchè sia qualificato come "variazione essenziale", rispetto al progetto approvato, l'adibire l'immobile ad un uso diverso dal precedente. Secondo alcuni andrebbe emanata la sanzione prevista dall'art. 10 della L. 28 febbraio 1985, n. 47¹⁹, introdotto nell'art. 37²⁰, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ritenendo il mutamento eseguito senza apposita autorizzazione edilizia, oggi "denuncia di inizio attività" ex art. 22²¹, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ma altra parte della dottrina rileva che anche in tal caso la norma è riferita pur sempre alla realizzazione di opere che invece nel caso specifico mancano. Altro poi è il problema se il nuovo uso dato all'immobile possa avere quei requisiti "igienico-sanitari di abitabilità o agibilità" che la legge richiede. Certamente le regioni dovrebbero farsi carico del problema che non è da sottovalutare essendo i cittadini esposti a sanzioni penali anche rilevanti convinti invece di agire in perfetta legalità a seconda dell'orientamento dottrinario o giurisprudenziale che viene loro rappresentato al momento della trasformazione d'uso degli immobili.

Poichè allo stato delle cose ancora le regioni omettono di affrontare lo spinoso problema, altro non può tentarsi di risolverlo interpretando l'art. 8 della L. 28 febbraio 1985, n. 47, inserito nell'art. 32²², del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ossia la definizione di "variazione essenziale".

Questa ricorre in linea di principio esclusivamente quando il mutamento della destinazione d'uso implichi la variazione degli *standards* urbanistici previsti dal D.M. 2 aprile 1968, n. 1444²³. In tal caso la sanzione non potrà essere che quella di cui agli artt. 7 e 8 della L. 28 febbraio 1985, n. 47, introdotti rispettivamente negli artt. 31²⁴ e 32²⁵, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ossia la ingiunzione ed in caso di inottemperanza l'acquisizione gratuita del bene al patrimonio della pubblica amministrazione comunale²⁶.

Appare evidente che detta sanzione è spropositata rispetto all'abuso perchè punita allo stesso modo di chi "costruisce abusivamente" mentre nel caso di specie il bene è stato assentito regolarmente ma viene solo adibito ad una utilizzazione diversa.

Molti studiosi, ritenendo iniqua la norma si erano adoperati per una sua modifica diretta principalmente ad ottenere la sanzione connessa con il maggior valore acquisito dal bene a seguito del mutato uso. Lo stesso Senato della Repubblica in sede di approvazione del D.L. 23 aprile 1985, n. 146 aveva modificato la disciplina sanzionatoria prevista dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, rapportando i mutamenti d'uso alla disciplina prevista dall'art. 12 della stessa legge, introdotto nell'art. 34²⁷, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ma la Camera dei deputati ha poi soppresso la modifica per cui la disciplina sanzionatoria è poi rimasta immutata. Svanita la modifica sperata ha ripreso vigore la interpretazione della sentenza della Cassazione penale (Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 1982, in *Riv. giur. ed.*, 1982, e in Cass. pen., 1982) che aveva posto linee guida di interpretazione dei "mutamenti d'uso rispetto al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, e alle varie categorie edilizie" distinguendo tra quelle "trasformazioni funzionali che non davano luogo a fabbisogno di *standard* urbanistico dalle altre"²⁸. Dalla lettura della sentenza emergono punti di riferimento e di discernimento importanti.

Pregevole, certamente, è la parte in cui si chiarisce che sono sottratti a regime concessorio quei mutamenti di destinazione d'uso attuati senza opere su costruzioni legittimamente eseguite prima che venisse imposto l'obbligo della "licenza" con la Legge 6 agosto 1967, n. 765²⁹. Infatti, motiva la Suprema Corte, in mancanza della specificazione di una destinazione d'uso

attribuita dagli organi amministrativi della pubblica amministrazione comunale deve logicamente ritenersi che l'immobile stesso sia a destinazione libera. Una tale interpretazione che, come abbiamo più volte accennato, è condivisa da buona parte della dottrina e della giurisprudenza contrasta però in definitiva con le attese delle pubbliche amministrazioni comunali che vorrebbero aver maggior controllo e con la “ratio” stessa della norma che è diretta alla disciplina delle attività umane in genere e delle trasformazioni edilizie. Il problema si pone particolarmente per i centri storici non solo di tutte le città quanto più sentitamente delle città d'arte, quali ad esempio, Venezia, Firenze, Assisi, Roma, e così via, nelle quali si vorrebbero evitare attività contrastanti con il loro “humus” culturale storico ed artistico. Un tale orientamento vanifica le aspettative degli amministratori locali anche in mancanza di norme regionali specifiche. In certo qualmodo sembra soccorrere a tali problematiche la Corte Costituzionale che con sentenza n. 73 (Corte Cost. 11 febbraio 1991, n. 73, in *Riv. giur. ed.*, 1991) ha ritenuto comunque possibile il controllo da parte delle pubbliche amministrazioni comunali dei “mutamenti di destinazione d'uso senza opere” purchè il loro divieto sia suffragato da un apprezzamento di insieme del territorio che dia conto della situazione di incompatibilità che la nuova destinazione assumerebbe con il tessuto urbano. Tale valutazione, aggiunge la sentenza, può essere fatta anche in sede di pianificazione urbanistica ancorando le “destinazioni d'uso vietate e quelle ammesse alle diverse situazioni ambientali del territorio comunale anche con parametri predeterminati”³⁰. Il conseguente regime sanzionatorio, per i mutamenti non autorizzati, avrebbe dovuto essere comunque disciplinato dalla legge regionale alla quale spettava il compito di dettare solo i criteri generali di disciplina. Alcune regioni, in effetti, quasi anticipando la interpretazione della Suprema Corte, si erano già spinte a sanzionare con proprie norme i mutamenti non autorizzati. La regione Piemonte, ad esempio, prevede una sanzione da £ 500.000 mila a £ 1.000.000.000.

In definitiva, quindi, secondo la interpretazione e l'indirizzo della Corte costituzionale, le regioni devono limitarsi a creare le norme di indirizzo per l'esercizio da parte della pubblica amministrazione comunale del potere di regolamentazione, ponendo l'accento sulla circostanza che le “trasformazioni d'uso c.d. funzionali” debbono essere assoggettate solo ad un regime autorizzatorio (ora denuncia di inizio attività D.I.A.) mentre quelle che danno luogo a variazioni essenziali comportanti variazioni degli standards urbanistici abbisognano di concessione edilizia (ora permesso di costruire)³¹.

Ritengo, che il “mutamento della destinazione d'uso senza opere c.d. funzionale” o “con opere di adattamento” vada inquadrato facendo riferimento alle “categorie edilizie” introdotte dal D.M. 2 aprile 1968, n. 1444.

In altri termini ogni qualvolta, indipendentemente dalla esecuzione di opere che faranno capo al regime loro proprio, si passa da una “categoria edilizia ad un'altra”, va verificata la “compatibilità dell'uso ed eventualmente la dotazione di standards urbanistici”.

Sicchè, pur “senza opere”, trasformare l'uso di un immobile abitativo ad esempio, in ristorante, comporta “cambio di categoria edilizia non compatibile con l'uso precedente” e potrebbe dar luogo “a verifica degli standards urbanistici” ossia ad esempio della “dotazione di parcheggio”³².

E' intuitivo che diversa cosa sarebbe “adibire lo stesso immobile abitativo a studio professionale”³³.

In questo caso “non vi sarebbe mutamento della categoria edilizia e l'uso è compatibile con quello abitativo”.

Abbiamo, quindi, “una prima linea guida” che pur nel silenzio della nuova norma — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ci fa ritenere che nel “primo caso”, quello del “ristorante” occorra “munirsi della concessione edilizia o permesso di costruire” nella sua nuova dizione, mentre, “nel secondo caso” ben può parlarsi di “mutamento libero” stante “la compatibilità, il mantenimento della categoria edilizia e l'assenza di opere”.



E' chiaro che nel caso di eventuali opere occorrerà che queste siano assentite.

Nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, *"Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*, a ben vedere, tali differenze si colgono, pur non senza difficoltà.

Infatti, l'art. 22³⁴, sottopone a semplice "denuncia di inizio attività (D.I.A.)" le "varianti ai permessi di costruire che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia", sicchè occorre ritenere che ove "muti la categoria edilizia occorra il permesso di costruire" e, va da se, che la modificazione dell'uso sia solo quella che "comporti sbilanciamento negli standards urbanistici, ex D.M. 2 aprile 1968, n. 1444".³⁵

La giurisprudenza amministrativa, ormai costante, ha sempre sostenuto che *"il mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante è solo quello tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, posto che nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistico-contributivi stante le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria"* (Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 1992, n. 1005, in *Foro amm.*, 1992; Cons. St., Sez. V 2 febbraio 1995, n. 180, in *Foro amm.*, 1995; Cons. st., 1995; e in *Foro it.*, 1995; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, 14 maggio 1996, n. 664; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 4 settembre 2001, n. 767; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 4 settembre 2001, n. 768)

Tale linea guida non risolve, però, il problema perché occorre considerare che la gran parte del "patrimonio edilizio" è sorto ben prima del D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, e quindi ben prima della Legge 28 gennaio 1977, n. 10³⁶, e della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, e addirittura ben prima della legge urbanistica fondamentale, Legge 17 agosto 1942, n. 1150³⁷.

Neppure il *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, all'art. 44³⁸, relativo agli aspetti sanzionatori introduce elementi di novità o di spunto facendo riferimento alla difformità dal "permesso di costruire" e ben si sa che la gran parte del patrimonio edilizio è sorto "senza indicazione della destinazione d'uso degli immobili".

Oltretutto, nella legislazione precedente al 1942 gli stessi piani urbanistici non avevano effettivi poteri conformativi della proprietà essendo indirizzati maggiormente a disciplinare l'ampliamento dell'aggregato urbano e condizioni minimali di convivenza civile.³⁹

Tali immobili venivano al più "accatastati con l'indicazione dell'uso" al quale si intendeva adibirli e per quei "locali terranei" che sono poi divenuti prevalentemente ad "uso commerciale" spesso, per un risparmio di imposta⁴⁰, si attribuiva la "semplice destinazione di magazzino o deposito" intendendosi per tale il locale di conservazione o immagazzinamento della merce.

Inutile dire che "l'accatastamento non è preso in alcuna considerazione ai fini del mutamento" e copiosa giurisprudenza amministrativa ha ritenuto "non applicabile le norme sopravvenute in siffatta materia agli immobili edificati prima della emanazione delle norme predette" perché ovviamente la "legge dispone per il futuro e non è retroattiva !!!".

La Corte di Cassazione a Sezione Unite con sentenza del 29 maggio 1982, in *Riv. giur. ed.*, 1982, ha ritenuto che sono sottratti a regime concessorio quei mutamenti di destinazione d'uso attuati senza opere su costruzioni legittimamente eseguite prima che venisse imposto l'obbligo della "licenza edilizia" con la Legge 6 agosto 1967, n. 765.⁴¹

Infatti, motiva la Suprema Corte, in mancanza della specificazione di una destinazione d'uso attribuita dagli organi amministrativi della pubblica amministrazione comunale deve logicamente ritenersi che l'immobile stesso sia a destinazione libera, e il Consiglio di Stato Sez. IV, con sentenza del 1 ottobre 1993, n. 818, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1182, ha stabilito che *"nel regime antecedente all'entrata in vigore della Legge 28 febbraio 1985, n. 47, va escluso che il mutamento di destinazione d'uso degli immobili, non accompagnato da lavori edilizi rientri tra le attività assoggettabili a regolamentazione urbanistica e richiedenti concessione edilizia o anche semplice autorizzazione"*.

Il vero problema è, quindi, quello “di ricondurre questa parte del patrimonio edilizio in una disciplina normativa” che ritengo “effettivamente manchi”.

Particolarmente per i “locali terranei”, infatti, “gli usi sono i più disparati”.

Si pensi ai “bassi napoletani” ossia ad abitazioni in locali che oltre ad essere del tutto inadeguati all’uso “sarebbero dovuti essere destinati a depositi, o in genere ad attività commerciali o di piccolo artigianato”⁴².

Nessuna norma “può vietare” a costoro “l’uso al quale hanno adibito l’immobile perché tutte le norme sono successive ed inapplicabili”.

Allo stesso modo e con le stesse conseguenze si pensi a “quei locali commerciali che siamo soliti vedere nei centri storici delle nostre città, di pochi metri quadrati, che originariamente erano piccoli ripostigli dell’abitazione e che oggi sono adibiti ad attività commerciali”.

L’elenco sarebbe lungo!!!⁴³

Non credo che l’intervento del “legislatore regionale” possa modificare una simile situazione di fatto perché, ovviamente, anche questa norma sarebbe “successiva” e “non retroattiva”.

In altri termini non può negarsi che vi siano “due regimi” uno “precedente” al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, ed uno “successivo”.⁴⁴

La disparità del trattamento è evidente perché nel primo caso gli immobili vengono adibiti “liberamente all’uso prescelto”, mentre nell’altro i proprietari devono “assoggettarsi alle regole del diritto”.

Ricondurre, quindi, nello stesso ambito normativo tutti gli immobili è “questione di giustizia sostanziale”!!!

Personalmente credo che una scelta che il “legislatore” possa fare in simile situazione sia quella di richiamarsi “all’uso impresso all’immobile all’atto dell’accatastamento”⁴⁵.

3. La zonizzazione e le categorie edilizie

Le categorie edilizie sono quelle definite dal D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, e attengono alla zona di piano regolatore generale (P.R.G.).⁴⁶

Questo, è noto, divide il proprio territorio nelle seguenti zone omogenee: la zona “A” o “centro storico” è quella parte di territorio comunale interessato da agglomerato urbano di vecchia data che perciò riveste particolare carattere storico-artistico o di pregio ambientale-paesaggistico; la zona “B” o “zona di completamento” che è quella parte del territorio diversa dalla zona “A” anche edificata o parzialmente edificata; la zona “C” o “zona di espansione” destinata a nuovi complessi insediativi o parti di territorio comunale inedificate ove il tessuto urbanistico preesistente non raggiunge lo stesso limite di cui alla zona “B”; la zona “D” sono quelle parti di territorio comunale ove si prevede lo sviluppo industriale che è la parte del territorio destinata agli impianti produttivi; la zona “E” o “agricola” che è il territorio adibito ai soli usi agricoli e, per ultimo, la zona “F” o “zone di pubblico interesse” che è quella parte di territorio comunale destinata ad ospitare le attrezzature e gli impianti di interesse generale.⁴⁷

Ciò detto, la normativa in vigore non fornisce oltre alle categorie edilizie principali della residenza, dell’industria, del commercio e delle attività terziarie altre indicazioni ai fini della “c.d. zonizzazione funzionale” sicché la pianificazione funzionale del territorio comunale diretta cioè a disciplinare le possibili destinazioni d’uso si è sempre fatta individuando piuttosto che gli usi consentiti per singola zona, gli usi vietati⁴⁸.

Ne è così derivato la “inesistenza di un limite ai possibili usi” ammettendo per determinate zone quali la “A, B e C” una generale promiscuità di usi comunque rientranti nella previsione generale di quella speciale zona omogenea limitandosi a vietare solo quegli usi previsti nelle speciali zone “D ed E” ossia al divieto di esercitare attività industriale e agricole, nelle zone “A, B e C”.



Di tal fatta la “zonizzazione funzionale” si è ridotta alla semplice verifica e differenziazione tra “usi compatibili e usi incompatibili per ciascuna zona”. Seguendo tale logica, quindi, al fine di individuare gli “usi incompatibili” bisogna riferirsi a quelli possibili nelle sole “c.d. zone speciali” quali ad esempio zona “E agricola”.⁴⁹

Questa, infatti, oltre la tipica funzione di area coltivabile e quindi “vincolata all’agricoltura” ha indiscutibile valore ambientale.

In tali zone l’edificazione consentita è precipuamente solo quella destinata all’uso agricolo sicchè le strutture da edificare devono essere in funzione della destinazione agricola. Ciò non di meno attività e funzioni compatibili con la originaria destinazione degli immobili in zona agricola sono possibili sicchè anche in detta zona per detti immobili possono verificarsi mutamenti di destinazione d’uso. L’uso agricolo, poi, di tale territorio comunale non è del tutto esclusivo potendo, determinate attività umane, essere necessariamente allocate in zone non edificate e, quindi, necessariamente agricole; si pensi ad esempio alle attività che comportano manipolazione di esplosivi quali il confezionamento di petardi o a industrie particolarmente insalubri o pericolose. Le zone “D industriali”, sono anch’esse considerate speciali e quindi per così dire monofunzionali in esse pertanto altro non potrebbe che svolgersi l’attività industriale. Pur tuttavia anche per tali zone sono ammessi usi diversi.⁵⁰ L’uso residenziale, ad esempio, è ammesso, sia pure limitatamente, ai fini di servizio dell’attività produttiva. Siffatto modo di operare, ossia per esclusione delle attività vietate, è però, a giudizio di chi scrive, fuorviante e, per certo verso, elusivo della norma.

Il “mutamento di destinazione d’uso”, si è detto, ancorchè “senza opere”, può liberamente avvenire quando “non muti la categoria edilizia”.

La dizione e la stessa ripartizione riportate nel D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, è però estremamente vaga.

4. Rapporto tra categorie edilizie e catastali

Le quattro categorie edilizie individuate in: residenziale, commerciale, industriale e terziario non danno il senso degli usi o dei possibili usi degli immobili e di cosa significhi la compatibilità dell’uso con altro uso e quando rilevi una pretesa incompatibilità.

Meglio sarebbe, a giudizio di chi scrive, rapportarsi alle “categorie catastali” le quali, come si vedrà, finiscono per coincidere con quelle edilizie ma meglio spiegano cosa significhi per un immobile ricadere in una categoria edilizia piuttosto che in un’altra e quali siano in particolare le destinazioni degli immobili.

Le categorie catastali meglio evidenziano la incompatibilità tra destinazioni ben rapportandosi alle categorie edilizie. Sia l’una che l’altra consistono nella individuazione delle unità immobiliari simili per caratteristiche intrinseche che determinano la destinazione ordinaria e permanente di ciascuna unità immobiliare. Tali caratteristiche ai fini catastali sono essenzialmente riunite in tre grandi suddivisioni o raggruppamenti.⁵¹

Nel primo, rientrano gli immobili a “*destinazione ordinaria*” che a loro volta si suddividono in tre altri gruppi ossia gruppo: “A” in cui rientrano: abitazioni di tipo signorile, abitazioni di tipo economico, abitazioni di tipo popolare, abitazioni di tipo ultrapopolare, abitazione in villini, abitazioni in ville, castelli, palazzi di eminenti pregi artistici o storici, uffici o studi privati, abitazioni ed alloggi tipici dei luoghi o (rifugi di montagna, trulli, sassi, baite, e così via); gruppo “B” in cui rientrano: collegi, convitti e conventi, educandi, ricoveri, orfanotrofi, ospizi, seminari, caserme, case di cura e ospedali, prigioni e riformatori, uffici pubblici, scuole, laboratori scientifici, biblioteche, pinacoteche, musei gallerie, accademie, cappelle ed oratori non destinati all’esercizio pubblico dei culti, magazzini sotterranei per depositi di derrate; gruppo “C” comprendente gli immobili destinati alle ordinarie attività commerciali quali: negozi e botteghe, magazzini e locali di deposito, laboratori per arti e

mestieri, fabbricati e locali per esercizi sportivi, stabilimenti balneari e di acque curative, stalle, scuderie, rimesse, autorimesse, tettoie chiuse od aperte⁵².

Nel secondo raggruppamento rientrano gli immobili a “*destinazione speciale*” ossia ricompresi nel gruppo “D” destinati ad attività industriale o commerciale non suscettibili di altra destinazione se non con particolari opere di trasformazione edilizia, essi sono: opifici, alberghi e pensioni, teatri, cinematografi, sale per concerti e spettacoli *et similia*, case di cura ed ospedali, istituti di credito, cambio ed assicurazione, fabbricati e locali per esercizi sportivi, fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un’attività industriale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni, fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di una attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni, edifici galleggianti o sospesi a punti fissi del suolo nonchè i ponti privati soggetti a pedaggio, che ai sensi dell’art. 15, della L. 26 gennaio 1865, n. 2136, e dell’art. 3, del Reg. 22 agosto 1877, n. 4024, sono considerati opifici⁵³.

Al terzo raggruppamento appartengono gli immobili a “*destinazione particolare*” ossia ricompresi nel gruppo “E” per loro caratteristiche non rientrano negli altri due raggruppamenti, quali: stazioni per servizi di trasporto, terrestri, marittimi ed aerei, ponti comunali e provinciali soggetti a pedaggio, costruzioni e fabbricati per speciali esigenze pubbliche (edicole per giornali, chioschi per bar, rifornimenti di auto e così via) fabbricati costituenti fortificazioni e loro dipendenze, fari, fabbricati destinati all’esercizio pubblico dei culti, fabbricati e costruzioni nei cimiteri, altri edifici a destinazione particolare, diversi da quelli precedenti⁵⁴.

Chiarite così le “categorie edilizie degli immobili ai fini del mutamento d’uso urbanisticamente rilevante” non sarebbe sufficiente che esso avvenisse nell’ambito delle stesse categorie edilizie, ma occorrerebbe “che non vi fosse incompatibilità”.

Detta incompatibilità emerge, di fatto, a ben vedere, allorché si passi “dall’uso previsto in un raggruppamento a quello previsto in altro raggruppamento”.

Lasciando da parte le personali tesi di chi scrive e ritornando alla realtà delle cose, da ultimo, non può dimenticarsi che “mutare la destinazione d’uso di un immobile può comportare la rideeterminazione degli oneri concessori corrisposti all’atto del rilascio della concessione edilizia”⁵⁵. Gli oneri concessori, infatti, vengono determinati in relazione all’uso dichiarato del costruendo immobile e non di rado è prevista “la gratuità della concessione edilizia o il pagamento in misura ridotta”, sicchè il “mutamento può comportare il conguaglio o la debenza ex novo degli oneri concessori”.

Anche su tale aspetto, “debenza *ex novo* o conguaglio”, dottrina e giurisprudenza si sono divisi. Pur tuttavia la prevalenza delle tesi è orientata al solo conguaglio. Ovviamente se la concessione edilizia è stata gratuita e il mutamento attiene ad un uso che la legge prevede soggetto a contributo, occorrerà la determinazione ex novo degli oneri contributivi con riferimento alla data del mutamento d’uso e non a quello della costruzione dell’immobile o rilascio della concessione edilizia.

Rapportare l’uso dell’immobile all’originario accatastamento, ovviamente, non lederebbe alcun principio giuridico ed obbligherebbe tutti indistintamente ad adeguarsi alla disciplina normativa attribuendo o meglio richiedendo, ove necessario, alla pubblica amministrazione comunale la “destinazione d’uso dell’immobile”.

Sarà, poi, compito del “legislatore regionale” disciplinare i “vari mutamenti con o senza opere e se essi richiedano o meno la semplice “denuncia di inizio attività (D.I.A.)” ovvero il “permesso di costruire”⁵⁶.



Pasquale Rago

Cattedra di Diritto Urbanistico — Università degli Studi del Molise

* Relazione tenuta al "Convegno Nazionale A.I.D.U. — Ancona 16-17 novembre 2001"

¹ L. 23 dicembre 1996, n. 662, "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica".

² "Omissis": "Le leggi regionali stabiliscono quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, subordinare a concessione, e quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti siano subordinati ad autorizzazione". Art. 25, comma ultimo, della Legge 28 febbraio 1985, n. 47: "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico — edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie".

³ P. Rago, *Il Mutamento di destinazione d'uso degli immobili. Attuale disciplina e regime sanzionatorio*, Milano, 2000; P. Urbani — S. Civitarese M., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2000; P. Falcone, *L'edilizia, in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), Milano, 2000; P. Stella Richter, *Il controllo delle iniziative edilizie*, Torino, 1997; N. Assini — P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997; G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997; E. Codini — A. Fossati, *Il Mutamento di destinazione d'uso degli immobili*, Milano, 1997; P. Marzaro Gamba., *La riforma dell'art. 25, ultimo comma, della l. 28 febbraio 1985, n. 47: sulla nuova disciplina del mutamento di destinazione d'uso*, in *Riv. Giur. urbanistica*, 1997

⁴ V. Mazzarelli., *Il Testo unico in materia edilizia: Quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale dir. amm.*, Torino, 2001; P. Rago, *op. cit.*

⁵ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; N. Assini — P. Mantini, *op. cit.*; G.C. Mengoli, *op. cit.*

⁶ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago., *op. cit.*; P. Falcone, *op. cit.*; P. Falcone, *Denuncia di inizio attività: prime note*, in *Urb. Appalti*, Torino, 1998; P. Stella Richter, *op. cit.*; N. Assini — P. Mantini, *op. cit.*; P. Rago, *Il nuovo regime della denuncia di inizio attività*, in *Progetto, Riv. Ord. Arch.*, Salerno, 1997; P. Rago, *La denuncia di inizio attività alla luce dell'art. 11, D.L. n. 67/97*, in *Progetto, Riv. Ord. Arch.*, Salerno, 1997.

⁷ S. Amoroso., *Le destinazioni d'uso e l'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *R.G.U., Rimini*, 2000; P. Rago, *op. cit.*; S. Amoroso., *Spunti in tema di disciplina giuridico — urbanistica delle modificazioni di destinazione d'uso degli immobili*, in *Riv. Amm. R.I.*, Roma, 1983.

⁸ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*; N. Assini — P. Mantini, *op. cit.*; V. Mazzarelli, *op. cit.*

⁹ G. Toscano — A. Toscano, *Mutamento di destinazione d'uso degli immobili e rilevanza penale*, Napoli, 1997.

¹⁰ 1. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

2. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'art. 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del co. 3.

3. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al co. 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente.

5. L'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali.

6. Per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune.

7. Il segretario comunale redige e pubblica mensilmente, mediante affissione nell'albo comunale, i dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente, oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e

delle relative ordinanze di sospensione e trasmette i dati anzidetti all'autorità giudiziaria competente, al presidente della giunta regionale e, tramite l'ufficio territoriale del governo, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

8. In caso d'inerzia, protrattasi per quindici giorni dalla data di constatazione della inosservanza delle disposizioni di cui al co. 1 dell'art. 27, ovvero protrattasi oltre il termine stabilito dal co. 3 del medesimo art. 27, il competente organo regionale, nei successivi trenta giorni, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

9. Per le opere abusive di cui al presente art., il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita. Art. 31 (L) *"Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali"* (L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 7; D.-L. 23 aprile 1985, n. 146, art. 2, convertito, con modificazioni, in L. 21 giugno 1985, n. 298; d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 107 e 109) articolo estratto dal: *"Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 -"*

¹¹ P. Rago, *op. cit.*; M. Bresciano — A. Padalino M., *I Reati urbanistici*, Milano, 2000 G. Toscano — A. Toscano, *op. cit.*

¹² P. Falcone, *L'Edilizia*, in Trattato di diritto amministrativo, (a cura di S. Cassese), Milano, 2000; L. Mazzarolli, *Concessione e autorizzazione edilizia (ad vocem)* in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1987.

¹³ 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:

a) l'ammenda fino a lire 20 milioni per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;
b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da lire 10 milioni a lire 100 milioni nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;
c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da lire 30 milioni a lire 100 milioni nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo co. dell'art. 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso.

2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari. Art. 44 (L) *"Sanzioni penali"* (L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 19 e 20; D.-L. 23 aprile 1985, n. 146, art. 3, convertito, con modificazioni, in L. 21 giugno 1985, n. 298) articolo estratto dal: *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380"*.

¹⁴ F. Pagano, *Le sanzioni urbanistico — edilizie*, Milano, 1992.

¹⁵ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*; N. Assini — P. Mantini, *op. cit.*; P. Stella Richter, *op. cit.*

¹⁶ *"Omissis"* b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da lire 10 milioni a lire 100 milioni nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione. *"Omissis"*, estratto dall'art. 44, comma primo, del: *"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380"*.

¹⁷ T. Alibrandi — P. Ferri, *I Beni culturali e ambientali*, Milano, 2001; P. Rago, *T.U. sui beni culturali e ambientali — D.lgs. 29. 10. 1999, n. 490* (Commentato articolo per articolo), Napoli, 2001; AA.VV., *Il Testo unico sui beni culturali e ambientali* (a cura di G. Caia), Milano, 2000.

¹⁸ 1. Fermo restando quanto disposto dal co. 1 dell'art. 31, le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, tenuto conto che l'essentialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal d.m. 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;
b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;
c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;
d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;
e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali.

2. Non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

3. Gli interventi di cui al co. 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali,

sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli art. 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali. Art. 32 (L) *“Determinazione delle variazioni essenziali”* (L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 8), *articolo estratto dal: “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*

¹⁹ A. Travi, *Repressione dell'abusivismo edilizio e condono nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, aspetti costituzionali e amministrativi*, Milano, 1986.

²⁰ 1. La realizzazione di interventi edilizi di cui all'art. 22, in assenza della o in difformità dalla denuncia di inizio attività comporta la sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile conseguente alla realizzazione degli interventi stessi e comunque in misura non inferiore a lire un milione.

2. Quando le opere realizzate in assenza di denuncia di inizio attività consistono in interventi di restauro e di risanamento conservativo, di cui alla lettera c) dell'art. 3, eseguiti su immobili comunque vincolati in base a leggi statali e regionali, nonché dalle altre norme urbanistiche vigenti, l'autorità competente a vigilare sull'osservanza del vincolo, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti, può ordinare la restituzione in pristino a cura e spese del responsabile ed irroga una sanzione pecuniaria da lire un milione a lire venti milioni.

3. Qualora gli interventi di cui al co. 2 sono eseguiti su immobili, anche non vincolati, compresi nelle zone indicate nella lettera A dell'art. 2 del d.m. 2 aprile 1968, il dirigente o il responsabile dell'ufficio richiede al Ministero per i beni e le attività culturali apposito parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al co. 1. Se il parere non viene reso entro sessanta giorni dalla richiesta, il dirigente o il responsabile dell'ufficio provvede autonomamente. In tali casi non trova applicazione la sanzione pecuniaria da lire un milione a lire venti milioni di cui al co. 2.

4. Ove l'intervento realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della presentazione della domanda, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono ottenere la sanatoria dell'intervento versando la somma, non superiore a lire dieci milioni e non inferiore a lire un milione, stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile valutato dall'agenzia del territorio.

5. Fermo restando quanto previsto dall'art. 23, co. 6, la denuncia di inizio di attività spontaneamente effettuata quando l'intervento è in corso di esecuzione, comporta il pagamento, a titolo di sanzione, della somma di lire un milione.

6. La mancata denuncia di inizio dell'attività non comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 44. Resta comunque salva, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'intervento realizzato, l'applicazione delle sanzioni di cui agli art. 31, 33, 34, 35 e 44 e dell'accertamento di conformità di cui all'art. 36. Art. 37 (L) *“Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla denuncia di inizio attività e accertamento di conformità”* (art. 4, co. 13 del D.-L. n. 398 del 1993; art. 10 della L. n. 47 del 1985), *articolo estratto dal: “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.*

²¹ 1. Sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'art. 10 e all'art. 6.

2. Sono altresì sottoposte a denuncia di inizio attività le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alterano la sagoma dell'edificio e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire. Ai fini dell'attività di vigilanza urbanistica ed edilizia, nonché ai fini del rilascio del certificato di agibilità tali denunce di inizio attività costituiscono parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale.

3. La realizzazione degli interventi di cui ai co. 1 e 2 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistica-ambientale, è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle relative previsioni normative. Nell'ambito delle norme di tutela rientrano, in particolare, le disposizioni di cui al d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490.

4. Le regioni individuano con legge le tipologie di intervento assoggettate a contributo di costruzione, definendo criteri e parametri per la relativa determinazione.

5. È comunque salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi di cui al co. 1. In questo caso la violazione della disciplina urbanistico-edilizia non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 44. *“Capo III Denuncia di inizio attività”*. Art. 22 (L) *“Interventi subordinati a denuncia di inizio attività”* (D.-L. 5 ottobre 1993, n. 398, art. 4, co. 7, 8, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 1993, n. 493, come modificato dall'art. 2, comma 60, della L. 23 dicembre 1996, n. 662, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 10 del D.-L. 31 dicembre 1996, n. 669; D.-L. 25 marzo 1997, n. 67, art. 11, convertito, con modifiche, dalla L. 23 maggio 1997, n. 135; d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, in part. art. 34 ss, e 149), *articolo estratto dal “Capo III Denuncia di inizio attività”, del: “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380”.*

²² Per il testo della norma si rinvia alla nota 18.

²³ *“D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti*

massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della Legge 6 agosto 1967, n. 765".

²⁴ Per il testo della norma si rinvia alla nota 10.

²⁵ Per il testo della norma si rinvia alla nota 18.

²⁶ P. Stella Richter, *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 1997.

²⁷ 1. Gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso entro il termine congruo fissato dalla relativa ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio. Decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso.

2. Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla L. 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale. Art. 34 (L. "Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire" (L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 12; d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 107 e 109) articolo estratto dal: "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. — D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380".

²⁸ P. Rago, *op. cit.*; M. Bresciano — A. Padalino M, *op. cit.*; G.C. Mengoli, *op. cit.*; E. Codini — A. Fossati, *op. cit.*; F. Pagano, *op. cit.*

²⁹ P. Rago, *op. cit.*; A. Fiale, *Concessione, autorizzazione gratuita e denuncia di inizio attività*, Napoli, 1999; G. Morbidelli, *Sulla disciplina urbanistica — edilizia della destinazione d'uso degli immobili*, in *Riv. Giur. Ed.*, Milano, 1982.

³⁰ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*

³¹ P. Rago, *op. cit.*; P. Falcone, *op. cit.*; A. Albamonte, *op. cit.*; D. Viva, *La concessione edilizia. Legge 662/96 e Legge 135/97*, Milano, 1997; A. Predieri, *La legge 28 gennaio 1977, n. 10, sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; A. Cutrera, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977; A. Gambaro — P. Schelsinger, *Norme sulla edificabilità dei suoli* (commento a cura di P. Schelsinger), in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1978;

³² A. Predieri, *op. cit.*; A. Cutrera, *op. cit.*

³³ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*

³⁴ Per il testo della norma si rinvia alla nota 21.

³⁵ P. Bonaccorsi, *Norme in materia di controllo dell'attività urbanistica — edilizia. Sanzioni amministrative e penali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1985.

³⁶ L. 28 gennaio 1977, n. 10, "Norme per la edificabilità dei suoli".

³⁷ P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; G. Morbidelli, *op. cit.*

³⁸ Per il testo della norma si rinvia alla nota 13.

³⁹ P. Urbani, *op. cit.*; A. Guizzi, *Il Mutamento della destinazione d'uso*, in *Riv. Giur. Ed.*, Milano, 1994; R. Caccin, *Il Mutamento di destinazione: Aspetti amministrativi e penali*, in *Riv. Giur. Ed.*, Milano, 1984.

⁴⁰ F. Petrucci, *Catasto (ad vocem)* in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1980; G. Lambert, *Riflessioni sul nuovo catasto edilizio urbano*, in *Boll. Trib. Imp.*, 1977; Tucci, *Utilizzazione ai fini civili dei nuovi catasti italiani*, in *Riv. Cat.*, Roma 1943.

⁴¹ P. Rago, *op. cit.*; G. Toscano — A. Toscano, *op. cit.*

⁴² P. Rago, *op. cit.*; F. Scoca — D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, in AA.VV., *La tutela dei centri storici* (a cura di G. Caia — G. Ghetti), Torino, 1997; N. Aicardi, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, in AA.VV., *La tutela dei centri storici* (a cura di G. Caia — G. Ghetti), Torino, 1997; AA.VV., *Centri storici e politiche di recupero*, Chieti, 1990.

⁴³ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*; P. Urbani, *Vincoli recessivi alla libertà di iniziativa economica e tutela delle attività nelle aree d'interesse storico — artistico*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1993.

⁴⁴ R. Caccin, *Riflessioni sul mutamento di destinazione d'uso degli immobili esistenti*, in *Giust. Pen.*, Milano, 1979; AA.VV., *Il Nuovo regime dei suoli*, Firenze, 1977; P.G. Torrani, *Le Trasformazioni del territorio e la partecipazione agli oneri relativi nella legge sui suoli*, in AA.VV., *La Nuova legge sui suoli*, Milano, 1977.

⁴⁵ G. Lambert, *Riflessioni sul nuovo catasto edilizio urbano*, in *Boll. Trib. Imp.*, 1977; Tiraboschi, *Catasto e trascrizione*, Roma.

⁴⁶ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; L. Falco, *I nuovi standard urbanistici*, Roma, 1993; F. Salvia — F. Teresi, *Diritto urbanistico*, Padova, 1992; V. Mazzarelli, *Fondamenti di diritto urbanistico*, Roma, 1996; E. Picozza, *Il Piano regolatore urbanistico comunale*, Padova, 1983; A. Predieri — A.M. Bartoli, *Piano regolatore (ad vocem)* in *E.D.*, Milano, 1983; L. Mazzarolli, *I Piani regolatori generali nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962.

⁴⁷ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*

⁴⁸ P. Rago, *op. cit.*; G.C. Mengoli, *op. cit.*; L. Falco, *op. cit.*

⁴⁹ G.C. Mengoli, *op. cit.*

⁵⁰ S. Amorosino, *op. cit.*; G.C. Mengoli, *op. cit.*

⁵¹ P. Rago, *op. cit.*; F. Del Giudice, *Catasto (ad vocem)* in *Nuovo dizionario enciclopedico del diritto*, Napoli, 2000; T. Rumboldt, *Catasto, (ad vocem)*, Vol. III, in *Dig. It.*, Torino, 1959; F. Petrucci, *Catasto (ad vocem)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1980.

⁵² P. Rago, *op. cit.*; T. Rumboldt, *op. cit.*

⁵³ P. Rago, *op. cit.*; T. Rumboldt, *op. cit.*

⁵⁴ P. Rago, *op. cit.*; T. Rumboldt, *op. cit.*

⁵⁵ P. Rago, *op. cit.*; A. Predieri, *op. cit.*; A. Cutrera, *op. cit.*

⁵⁶ P. Urbani — S. Civitarese M., *op. cit.*; P. Rago, *op. cit.*

RevCEDÖUA



Jurisprudência

Resíduos, Subprodutos e Aterros: a justiça ambiental enredada na sua própria teia

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

18 de Abril de 2002

«Aproximação das legislações — Directivas 75/442/CEE e 91/156/CEE — Conceito de ‘resíduo — Resíduo de produção — Pedreira — Armazenagem — Utilização de resíduos — Inexistência de risco para a saúde e para o ambiente — Possibilidade de valorização»

No processo C-9/00, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, pelo Korkein hallinto-oikeus (Finlândia), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Palin Granit Oy

e

Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1 p. 129), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991 (JO L 78, p. 32),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: F. Macken, presidente de secção, J.-P. Puissochet (relator), R. Schintgen, V. Skouris e J. N. Cunha Rodrigues, juízes,
advogado-geral: F. G. Jacobs,
secretário: R. Grass,

vistas as observações escritas apresentadas:

- em representação da Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus, por J. Keskitalo, director da inspecção sanitária, e L. Suonkanta, chefe dos Assuntos Económicos,
- em representação do Governo finlandês, por E. Bygglin, na qualidade de agente,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por H. Støvlbaek, na qualidade de agente, assistido por E. Savia, avocat,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 17 de Janeiro de 2002, profere o presente

Acórdão

1. Por despacho de 31 de Dezembro de 1999, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 13 de Janeiro de 2000, o Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo da Finlândia) submeteu, nos termos do artigo 234.º CE, uma questão prejudicial e quatro questões subordinadas sobre a interpretação da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos (JO L 194, p. 39; EE 15 F1 p. 129), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991 (JO L 78, p. 32, a seguir «Directiva 75/442»).

2. Estas questões foram suscitadas num recurso interposto numa autorização em matéria de meio ambiente emitida pela Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus (associação de municípios no sector da saúde pública de Vehmassalo, a seguir «associação de municípios») à empresa Palin Granit Oy (a seguir «Palin Granit») para a exploração de uma pedreira de granito.

Com efeito, resulta da legislação finlandesa que a emissão da autorização em matéria de ambiente respeitante a um aterro não é da competência das autoridades municipais, de forma que a solução do processo principal depende de ser ou não qualificada como resíduo a pedra residual resultante da exploração de uma pedreira.

Regulamentação comunitária

3. O artigo 1.º, alínea a), primeiro parágrafo, da Directiva 75/442, define o resíduo como «quaisquer substâncias ou objectos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer».

4. O artigo 1.º, alínea c), da mesma directiva define o «detentor» como o «produtor dos resíduos ou a pessoa singular ou colectiva que tem os resíduos na sua posse».

5. O anexo I da Directiva 75/442, intitulado «Categorias de resíduos», menciona, no seu ponto Q 11, os «[r]esíduos de extracção e de preparação de matérias-primas (por exemplo, resíduos de exploração mineira ou petrolífera, etc.)» e, no seu ponto Q 16, «[q]ualquer substância, matéria ou produto que não esteja abrangido pelas categorias acima referidas».

6. O artigo 1.º, alínea a), segundo parágrafo, da Directiva 75/442, confia à Comissão o encargo de elaborar «uma lista dos resíduos pertencentes às categorias constantes do anexo I». Nos termos dessa disposição, a Comissão, pela Decisão 94/3/CE, de 20 de Dezembro de 1993, que estabelece uma lista de resíduos em conformidade com a alínea a) do artigo 1.º da Directiva 75/442 (JO 1994, L 5, p. 15), estabeleceu um «catálogo europeu de resíduos» (a seguir «CER»), do qual constam, nomeadamente, os «resíduos da prospecção e exploração de minas e pedreiras e dos tratamentos posteriores das matérias extraídas». A nota introdutória do anexo da Decisão 94/3 precisa que esta lista «abrange todos os resíduos, independentemente de se destinarem a eliminação ou a operações de recuperação» e que é «[uma lista] harmonizada, não exaustiva, de resíduos que será reapreciada e, se necessário, revista periodicamente», mas que, no entanto «uma determinada matéria que figure [no catálogo] não constituirá um resíduo em todas as situações» mas apenas «quando satisfizer a definição de resíduo».

7. Os artigos 9.º e 10.º da Directiva 75/442 precisam que qualquer estabelecimento ou empresa que efectue as operações referidas no anexo II A ou operações de que resulta uma possibilidade de aproveitamento referidas no anexo II B deverá obter uma autorização da autoridade competente.

8. Entre as operações de eliminação previstas no anexo II A da Directiva 75/442 figuram, no ponto D 1, o «[d]epósito à superfície ou no subsolo (por exemplo, depósito em aterro, etc.)», no ponto D 12, o «[a]rmazenamento permanente (por exemplo, colocação de contentores em minas, etc.)» e, no ponto D 15, o «[a]rmazenamento antes de uma das operações referidas no presente anexo, com exclusão do armazenamento temporário, antes da recolha, no local onde esta é efectuada». Entre as operações de aproveitamento referidas no anexo II B da directiva consta, no ponto R 13, a «[a]cumulação de materiais para serem submetidos a uma das operações referidas no presente anexo, com exclusão do armazenamento temporário, antes da recolha, no local onde esta é efectuada».

9. Prevê-se, no entanto, a dispensa de autorização no artigo 11.º da Directiva 75/442, cujo n.º 1 tem a seguinte redacção:

«[...] podem ser dispensados das autorizações referidas no artigo 9.º ou no artigo 10.º:

- a) Os estabelecimentos ou empresas que procedam eles próprios à eliminação dos seus próprios resíduos no local de produção e
- b) Os estabelecimentos ou empresas que procedam ao aproveitamento de resíduos.

Esta dispensa só será aplicável:

- se as autoridades competentes tiverem adoptado regras gerais para cada tipo de actividade, fixando os tipos e quantidades de resíduos e as condições em que a actividade pode ser dispensada da autorização e
- se os tipos ou as quantidades de resíduos e os modos de eliminação ou aproveitamento respeitarem as condições do artigo 4.º»

10. Estas «condições do artigo 4.º» da Directiva 75/442 são a inexistência de perigo para a saúde humana e a inexistência de agressão ao ambiente.

Regulamentação nacional

11. A Directiva 75/442 foi transposta para o direito finlandês pela Lei dos resíduos (1072/1993), que tem por objectivo prevenir a sua formação, reduzir as suas propriedades perigosas ou nocivas e favorecer a valorização dos mesmos.

12. O artigo 3.º, primeiro parágrafo, n.º 1, desta lei define os resíduos como «qualquer substâncias de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer». Esta definição é completada por uma lista das substâncias e produtos classificados como resíduos, constante do anexo I do Decreto (1390/1993) relativo aos resíduos. Entre as 16 categorias constantes dessa lista, a categoria Q 11 inclui os produtos residuais de extracção e de preparação de matérias-primas, tais como os resíduos resultantes da exploração mineira ou das lamas da exploração petrolífera.

13. O artigo 3.º, primeiro parágrafo, n.ºs 10 e 11, da Lei (1072/1993) define a valorização como «qualquer acção que tenha por objecto recuperar e utilizar a substância ou a energia que os resíduos contêm» e o tratamento como «qualquer actividade que tenha por objecto neutralizar e armazenar definitivamente os resíduos».

14. Segundo o artigo 1.º do Decreto (1390/1993), as normas da Lei (1072/1993) referentes à autorização de depósito de resíduos não são aplicáveis à exploração ou ao tratamento, no local da extracção, dos resíduos naturais não perigosos resultantes da extracção de solo e constituídos por substâncias do próprio solo.

15. A Decisão (867/1996) do Ministro do Meio Ambiente, tomada com base na Lei (1072/1993) e que enumera os resíduos mais comuns e os resíduos nocivos, inclui os resíduos resultantes da prospecção, extracção, preparação e outros tratamentos de minerais, bem como os resíduos gerados pela laboração da pedra ou da extracção de cascalhos. De acordo com a introdução dessa enumeração, a nomenclatura utilizada baseia-se no CER e trata-se de uma lista com valor meramente indicativo. Os produtos e substâncias aí enumerados só são resíduos quando apresentam as características estabelecidas no artigo 3.º, primeiro parágrafo, n.º 1, da Lei (1072/1993).

16. Nos termos do artigo 5.º da Lei (735/1991) relativa ao processo de autorizações em matéria de meio ambiente, na redacção que lhe foi dada pela Lei (61/1995), a entidade competente para dar uma autorização em matéria de meio ambiente é a autoridade municipal ou o Centro Regional do Meio Ambiente. O artigo 1.º, n.º 1, do Decreto (772/1992), que regula o processo de autorizações em matéria de meio ambiente, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto (62/1995), que enumera os processos abrangidos pela competência do Centro Regional do Meio Ambiente, visa, no seu ponto 14, os processos de autorização em matéria de meio ambiente respeitantes a aterros.

Litígio no processo principal

17. Em 25 de Novembro de 1994, a Palin Granit pediu à associação de municípios uma autorização em matéria de meio ambiente para instalar uma pedreira de granito. Este pedido incluía um plano de gestão dos resíduos de pedra e indicava a possibilidade de os valorizar utilizando-os como gravilha ou material de enchimento. Explicava também que a pedra residual resultante da extracção e que se calculava em cerca de 50 000 m³ por ano, ou seja, 65% a 80% do volume de pedra extraída, seria armazenada num local confinante. A associação de municípios concedeu-lhe uma autorização provisória em matéria de meio ambiente, sujeita a várias condições que reforçavam a exigência de que a exploração tivesse fraco impacto prejudicial sobre a população e sobre o ambiente.

18. Na sequência de recurso interposto pela Turun ja Porin lääninhallitus (Administração Municipal de Turku e Pori), o Turun ja Porin lääninoikeus (Tribunal administrativo dos municípios de Turku e Pori) considerou que a pedra residual era um resíduo na acepção da Lei (1072/1993) e que o local em que estava a ser depositada era um aterro na acepção da Decisão (861/1997) do Conselho de Ministros relativa aos aterros. Concluindo que a legislação finlandesa atribuía a competência para conceder uma autorização de meio ambiente no que respeita a um aterro ao Lounais-Suomen ympäristökeskus (Centro Regional do Meio Ambiente do Sudoeste da Finlândia, a seguir «Centro do Meio Ambiente»), o lääninoikeus anulou a decisão da associação de municípios por vício de incompetência.

19. Contestando a qualificação como resíduo dada à pedra residual, a Palin Granit e a associação de municípios interpuseram recurso para o Korkein hallinto-oikeus. A Palin Granit sublinhou que a pedra residual, cuja composição mineral era idêntica à da rocha de onde a mesma provinha, estava armazenada por curtos períodos com a intenção de utilização posterior, sem ser necessária qualquer medida de valorização, e que não representava qualquer risco para a saúde humana ou para o ambiente. Por isso se distinguia dos subprodutos da exploração mineira que não foram qualificados como resíduos pela legislação e pela jurisprudência nacionais, apesar do seu carácter nocivo. Além disso, segundo o artigo 1.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Decreto (1390/1993), os resíduos não perigosos resultantes da extracção de solo e tratados no local da extracção relevam da Lei (555/1981) relativa às substâncias do solo e não da regulamentação dos resíduos.

20. Pelo contrário, o Centro do Meio Ambiente, aderindo a um parecer do Ministro do Meio Ambiente, alegou que a pedra residual devia ser qualificada como resíduo enquanto se não fizesse prova da sua reutilização.

21. A fim de determinar qual a autoridade competente para conceder a autorização em matéria de meio ambiente solicitada pela Palin Granit, o Korkein hallinto-oikeus decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«Deve a pedra residual liberta na extracção da pedra útil ser considerada resíduo na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, tendo em conta os critérios que adiante se questionam nas letras a) a d)?

a) Para efeitos da questão que acima se coloca, que importância tem o facto de a pedra residual ser armazenada numa área confinante com a área de extracção, aguardando utilização posterior? Em geral, é importante o facto de a pedra residual ser armazenada na própria área de extracção, numa área confinante com a mesma, ou mais longe?

b) Que importância têm para essa apreciação os factos de a pedra residual ser, quanto à sua composição, igual à rocha da qual foi liberta e de essa composição não sofrer alteração, independentemente do tempo ou do modo de armazenagem?

c) Que importância tem para essa apreciação o facto de a pedra residual não ser perigosa para a saúde humana nem para o meio ambiente? Para se decidir se a pedra residual é um resíduo, que importância se deve atribuir, em geral, aos efeitos que a pedra residual pode ter, se os tiver, na saúde e no meio ambiente?

d) Nessa apreciação, que importância se deve atribuir ao facto de existir a intenção de retirar a pedra residual, total ou parcialmente, da zona de armazenagem para o seu aproveitamento, por exemplo, em terraplenagem ou diques, e o facto de a pedra residual poder ser valorizada, tal como se encontra, sem necessidade de ser submetida a operações de transformação ou outras equivalentes? A esse respeito, em que medida se deve levar em conta o grau de exactidão dos planos do detentor da pedra residual relativos a esse aproveitamento e a rapidez da verificação desse facto depois de depositada a pedra residual na zona de armazenagem?»

Quanto à questão principal

22. O artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442 define os resíduos como «quaisquer substâncias ou objectos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer.» O referido anexo e o CER precisam e concretizam esta definição propondo listas de substâncias e de objectos que podem ser qualificados como resíduos. Estas listas têm, porém, carácter meramente indicativo e a qualificação como resíduos resulta, antes de mais, como sublinha com razão a Comissão, do comportamento do detentor, consoante pretenda ou não desfazer-se das substâncias consideradas. Por isso, o âmbito de aplicação do conceito de resíduo depende do significado da expressão «se desfazer» (acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 26).

23. A expressão «se desfazer» deve ser interpretada tendo em conta o objectivo da directiva que, nos termos do seu terceiro considerando, é a protecção da saúde humana e do ambiente contra os efeitos nocivos da recolha, transporte, tratamento, armazenamento e depósito dos resíduos, bem como à luz do artigo 174.º, n.º 2, CE, que dispõe que a política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado e se baseia, nomeadamente, nos princípios da precaução e da acção preventiva. Daqui resulta que o conceito de resíduo não pode ser interpretado de modo restritivo (v. acórdão de 15 de Junho de 2000, ARCO Chemie Nederland e o., C-418/97 e C-419/97, Colect. p. I-4475, n.ºs 36 a 40).

24. Mais especialmente, a questão de saber se determinada substância é um resíduo deve ser apreciada à luz de todas as circunstâncias, tendo em conta o objectivo da Directiva 75/442 e garantindo que a sua eficácia não é posta em causa (acórdão ARCO Chemie Nederland e o., já referido, n.ºs 73, 88 e 97).

25. Nenhum critério determinante é proposto pela Directiva 75/442 para descobrir a vontade do detentor de se desfazer de uma substância ou de um objecto determinados. Todavia, o Tribunal de Justiça, a quem foram colocadas várias vezes questões sobre a qualificação ou não como resíduos de diversas substâncias, forneceu certas indicações susceptíveis de possibilitarem a interpretação da vontade do detentor. É tendo em conta esses elementos e à luz dos objectivos da Directiva 75/442 que se deve analisar a qualificação da pedra residual e apreciar se a mesma é abrangida pela categoria de resíduos de extracção de matérias-primas, a que se refere o ponto Q 11 do anexo I da referida directiva.

26. A Comissão analisa as operações de eliminação e de valorização de uma substância ou de um objecto como uma manifestação da vontade de «se desfazer» deles na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442. Os artigos 4.º, 8.º, 9.º, 10.º e 12.º desta directiva descrevem estas operações, na sua opinião, como o modo de tratamento dos resíduos. Entre estas operações, constam a deposição sobre o solo ou no seu interior, designadamente o aterro sanitário (ponto D 1 do anexo II A), a armazenagem enquanto se aguarda a execução de uma das operações de eliminação (ponto D 15 do anexo II A) e a acumulação de resíduos destinados a uma das operações de valorização (ponto R 13 do anexo II B). A pedra residual armazenada no local de extracção ou no local de deposição transitória é, pois, objecto de uma operação de eliminação ou de valorização.

27. A distinção entre operações de eliminação ou de valorização dos resíduos e o tratamento de outros produtos é, porém, muitas vezes difícil de apreender. Assim, o Tribunal de Justiça já decidiu que o facto de uma substância ser sujeita a uma operação mencionada no anexo II B da Directiva 75/442 não permite concluir que se trata de se desfazer dessa substância e considerar, portanto, que essa substância é um resíduo (acórdão ARCO Chemie Nederland e o., já referido, n.º 82). A execução de uma operação mencionada no anexo II A ou no anexo II B da mesma directiva não permite, pois, por si só, qualificar uma substância como resíduo.

28. A associação de municípios e a Palin Granit afirmam que o lugar de armazenagem da pedra residual que resulta da exploração de uma pedreira não constitui um aterro, mas um depósito provisório de materiais reutilizáveis, na medida em que estes detritos são susceptíveis de ser utilizados para trabalhos de enchimento ou para a construção de portos e de diques.

29. Este argumento não basta para excluir a pedra residual da qualificação como resíduo. Com efeito, no seu acórdão de 28 de Março de 1990, Vessoso e Zanetti (C-206/88 e C-207/88, Colect. p. I-1461, n.º 9), o Tribunal definiu o conceito de resíduo no sentido de que o mesmo não exclui substâncias e objectos susceptíveis de reutilização económica. No seu acórdão de 25 de Junho de 1997, Tombesi e o. (C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, Colect. p. I-3561, n.º 52), o Tribunal de Justiça precisou também que o sistema de fiscalização e de gestão estabelecido pela Directiva 75/442 pretende abranger todos os objectos e substâncias de que o proprietário se desfça, mesmo que tenham valor comercial e sejam recolhidos a título comercial para efeitos de reciclagem, recuperação ou reutilização.

30. Nem o facto de esta pedra residual ser objecto de uma operação de tratamento referida pela Directiva 75/442 nem o facto de ser reutilizável permitem, por isso, afirmar se esta é ou não um resíduo na acepção da Directiva 75/442.

31. Há, pelo contrário, outras considerações mais determinantes.

32. Nos n.ºs 83 a 87 do acórdão ARCO Chemie Nederland e o., já referido, o Tribunal de Justiça sublinhou a importância do indício que consiste em saber se a substância é um resíduo de produção, ou seja, um produto que não se pretendeu produzir como tal com vista à sua utilização posterior. Como observa a Comissão, no processo principal, a produção de pedra residual não é o objecto principal da Palin Granit. Essa pedra residual só acessoriamente é produzida e a empresa procura limitar a sua quantidade. Ora, de acordo com o senso comum, um resíduo é o que cai quando se trabalha um material ou um objecto e que não é o resultado directamente procurado pelo processo de fabrico.

33. Por conseguinte, é evidente que os detritos da extracção, que não são a produção principalmente procurada pelo explorador de uma pedreira de granito, são abrangidos, em princípio, pela categoria dos «[r]esíduos de extracção e de preparação de matérias-primas» que consta no ponto Q 11 do anexo I da Directiva 75/442.

34. Pode contrapor-se a esta análise um argumento que consiste em afirmar que um objecto, um material ou uma matéria-prima que resultam de um processo de fabrico de extracção que não são destinados essencialmente a produzi-lo podem constituir não um resíduo, mas um subproduto, do qual a empresa não deseja «[desfazer-se]», na acepção do artigo 1.º, alínea a), primeiro parágrafo, da Directiva 75/442, mas que tem a intenção de explorar ou comercializar em condições vantajosas para ela, num processo posterior, sem qualquer operação de transformação prévia.

35. Tal análise não seria contrária aos objectivos da Directiva 75/442. Com efeito, não há qualquer justificação para sujeitar às disposições desta directiva, que se destinam a prever a eliminação e valorização dos resíduos, bens, materiais ou matérias-primas que têm economicamente o valor de produtos, independentemente de qualquer transformação, e que, por si mesmos, estão sujeitos à legislação aplicável a estes produtos.

36. Todavia, tendo em conta a obrigação de interpretar de forma ampla o conceito de resíduo para limitar os inconvenientes ou prejuízos inerentes à sua natureza, obrigação recordada no n.º 23 do presente acórdão, deve circunscrever-se esta argumentação relativa aos subprodutos às situações em que a reutilização de um bem, de um material ou de uma matéria-prima não seja meramente eventual, mas certa, sem transformação prévia, e na continuidade do processo de produção.

37. Verifica-se, por isso, que, para além do critério que se baseia na natureza ou não de resíduo de produção de uma substância, o grau de probabilidade de reutilização dessa substância, sem operação de transformação prévia, constitui um segundo critério pertinente para apreciar se essa substância é ou não um resíduo na acepção da Directiva 75/442. Se, para além da simples possibilidade de reutilizar essa substância, existir um benefício económico para o detentor em fazê-lo, a probabilidade de tal reutilização é forte. Em tal hipótese, a substância em questão não pode ser analisada como um incómodo de que o detentor procura «[desfazer-se]», mas como um autêntico produto.

38. Ora, no processo principal, o Governo finlandês sublinha, com razão, que as únicas reutilizações imagináveis da pedra residual na forma presente, por exemplo, por ocasião de trabalhos de enchimento ou de construção de portos e de diques, necessitam, na maior parte das hipóteses, de operações de armazenagem que podem ser duráveis, que constituem um encargo para o explorador e estão potencialmente na origem de danos ambientais que a Directiva 75/442 procura precisamente limitar. A reutilização só é, por isso, segura e só é concebível a mais ou menos longo prazo, de forma que a pedra residual não pode ser considerada senão como «resíduos de extracção», de que o explorador tem «a intenção ou a obrigação de se desfazer», na acepção da Directiva 75/442, e, por conseguinte, está abrangida pela categoria referida no ponto Q 11 do anexo I da referida directiva.

39. Deve, pois, responder-se à questão principal do órgão jurisdicional de reenvio que o detentor da pedra residual libertada na extracção de pedra, armazenada no local por tempo indeterminado enquanto aguarda uma eventual utilização, se desfez ou tem intenção de se desfazer dela, pelo que a mesma deve ser qualificada como resíduo na acepção da Directiva 75/442.

Quanto às questões subordinadas a) a d)

40. Quanto à questão subordinada d), deve observar-se que o Tribunal de Justiça já lhe respondeu no âmbito da análise da questão principal. Com efeito, a incerteza que incide sobre os projectos de utilização da pedra residual e a impossibilidade de a reutilizar na sua totalidade permitem concluir pela qualificação como resíduos de todos estes detritos e não apenas dos que não são objecto de tais projectos.

41. Em todo o caso, em conformidade com o artigo 11.º da Directiva 75/442, as autoridades nacionais continuam a poder adoptar regras que prevejam as dispensas de autorização e a conceder essas dispensas relativamente às operações de eliminação e de valorização de certos resíduos e os órgãos jurisdicionais nacionais podem continuar a assegurar o respeito destas regras, em conformidade com os objectivos da Directiva 75/442.

42. No que respeita à questão subordinada a), convém observar que, tendo em conta a resposta que acabamos de dar à questão principal, o lugar de armazenagem da pedra residual, que se encontra no lugar de extracção, no terreno situado na proximidade ou mais longe, não tem qualquer influência quanto à qualificação desta como resíduo. Da mesma forma, as condições de armazenagem e a duração da armazenagem temporária de materiais não fornecem por si mesmas qualquer indicação quanto ao valor que a empresa lhes atribui nem quanto às vantagens que deles poderá retirar. Não permitem determinar se o detentor dos materiais deseja ou não desfazer-se deles.

43. No que respeita à questão subordinada b), deve recordar-se que, no n.º 87 do acórdão ARCO Chemie Nederland e o., já referido, o Tribunal de Justiça considerou que constituía um indício da existência de uma acção, de uma intenção ou de uma obrigação de se desfazer de uma substância, na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442, o facto de essa substância ser um resíduo cuja composição não é adaptada à utilização que dela é feita ou ainda quando essa utilização deve fazer-se em condições especiais de precaução em razão da perigosidade da sua composição para o ambiente.

44. No que respeita à pedra residual, a circunstância de ter a mesma composição que os blocos de pedra extraídos da pedreira e não mudar de estado físico poderia, portanto, torná-la adaptada para a utilização que dela pode ser feita. Todavia, este argumento só seria determinante se todos os detritos fossem reutilizados. Ora, não se contesta que o valor comercial dos blocos de pedra depende do seu tamanho, da sua forma, da possibilidade da sua utilização no sector da construção,

qualidades que, apesar da identidade da sua composição, não apresenta a pedra residual. Por isso, estes detritos não deixam de ser resíduos de produção.

45. Além disso, o risco de danos para o ambiente induzido pela pedra residual não utilizada não é atenuado por essa identidade de composição mineral, na medida em que esta não exclui as operações de armazenagem destes materiais, que têm efeitos sobre o ambiente.

46. Em todo o caso, mesmo que uma substância seja objecto de uma operação de valorização completa e adquira assim as mesmas propriedades e características que uma matéria-prima, pode todavia ser considerada como resíduo se, em conformidade com a definição do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442, o seu detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer dela.

47. No que respeita à questão subordinada c), deve sublinhar-se que o facto de a pedra residual não implicar um dano para a saúde humana ou para o ambiente também não constitui um elemento que permita afastar a qualificação de resíduo.

48. Com efeito, há que reconhecer, em primeiro lugar, que a Directiva 75/442, relativa aos resíduos, é completada pela Directiva 91/689/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa aos resíduos perigosos (JO L 377, p. 20), o que implica que o conceito de resíduo não se deduz da perigosidade das substâncias.

49. Em seguida, mesmo supondo que a pedra residual não implica, pela sua composição, qualquer risco para a saúde humana ou para o ambiente, a sua acumulação é necessariamente fonte de inconvenientes e de danos para o ambiente, uma vez que a sua reutilização completa não é nem imediata nem sequer sempre concebível.

50. Finalmente, a inexistência de perigosidade da substância em causa não é um critério determinante para apreciar a intenção do seu detentor relativamente a ela.

51. Por isso, deve responder-se às questões subordinadas do órgão jurisdicional de reenvio que o lugar de armazenagem da pedra residual, a sua composição e o facto, ainda que se considere provado, de não implicar um verdadeiro risco para a saúde humana ou para o ambiente não são critérios pertinentes para se concluir ou não relativamente a ela pela qualificação de resíduo.

Quanto às despesas

52. As despesas efectuadas pelo Governo finlandês e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pelo Korkein hallinto-oikeus, por despacho de 31 de Dezembro de 1999, declara:

1. O detentor da pedra residual libertada na extracção de pedra, armazenada no local por tempo indeterminado enquanto aguarda uma eventual utilização, desfaz-se ou tem intenção de se desfazer dela, pelo que a mesma deve ser qualificada como resíduo na acepção da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos.

2. O lugar de armazenagem da pedra residual, a sua composição e o facto, ainda que se considere provado, de não implicar um verdadeiro risco para a saúde humana ou para o ambiente não são critérios pertinentes para se concluir ou não relativamente a ela pela qualificação de resíduo.

Macken

Puissochet

Schintgen

Skouris

Cunha Rodrigues

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Abril de 2002.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

F. Macken

Língua do processo: finlandês.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 17 de Janeiro de 2002

Processo C-9/00

Palin Granit Oy e Vehmassalo kansanterveystön

kuntayhtymän hallitu

contra

South West Finland Environment Centre

(pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Korkein hallinto-oikeus)

1. No caso presente, o Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo, Finlândia) pediu ao Tribunal de Justiça que indicasse os critérios relevantes para determinar se, numa série de circunstâncias determinadas, a pedra residual libertada na extracção de granito deve ser considerada resíduo na acepção da Directiva 75/442 relativa aos resíduos.

Directiva relativa aos resíduos

2. O terceiro considerando do preâmbulo da Directiva 75/442 determina que «qualquer regulamentação em matéria de eliminação dos resíduos deve ter como objectivo essencial a protecção da saúde humana e do ambiente contra os efeitos nocivos da recolha, transporte, tratamento, armazenamento e depósito dos resíduos».

3. O primeiro considerando do preâmbulo da Directiva 91/156, que altera a Directiva 75/442 e substitui as suas disposições essenciais, determina que «as alterações tomem como base um nível elevado de protecção do ambiente».

4. O artigo 1.º, alínea a), da directiva, na versão alterada (a seguir «directiva relativa aos resíduos»), define «resíduo» como «quaisquer substâncias ou objectos abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer».

5. O artigo 1.º, alínea c), define «detentor» como «o produtor dos resíduos ou a pessoa singular ou colectiva que tem os resíduos na sua posse».

6. O anexo I da directiva, intitulado «Categorias de resíduos», inclui, sob o título Q11, os «Resíduos de extracção e de preparação de matérias-primas (por exemplo, resíduos de exploração mineira ou petrolífera, etc.)». O título final, Q16, menciona «Qualquer substância, matéria ou produto que não esteja abrangido pelas categorias acima referidas».

7. O artigo 1.º, alínea a), determina igualmente que a Comissão elabore uma lista dos resíduos pertencentes às categorias constantes do anexo I. Em conformidade com esta disposição, foi adoptada uma lista pormenorizada de resíduos, designada Catálogo Europeu de Resíduos, através da Decisão 94/3/CE. Embora se determine no catálogo que o facto de uma determinada matéria figurar no catálogo não significa que essa matéria constitui um resíduo em todas as situações mas apenas quando satisfizer a definição de resíduo, observe-se que a primeira categoria, 01 00 00, intitula-se «Resíduos da prospecção e exploração de minas e pedreiras e dos tratamentos posteriores das matérias extraídas».

8. O artigo 4.º da directiva determina:

«Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que os resíduos sejam aproveitados ou eliminados sem pôr em perigo a saúde humana e sem utilizar processos ou métodos susceptíveis de agredir o ambiente e, nomeadamente:

- sem criar riscos para a água, o ar, o solo, a fauna ou a flora,
- sem causar perturbações sonoras ou por cheiros,
- sem danificar os locais de interesse e a paisagem.

Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para proibir o abandono, a descarga e a eliminação não controlada de resíduos.»

9. A directiva define «eliminação» como «qualquer das operações previstas no anexo II A» e «aproveita-mento» como «qualquer das operações previstas no anexo IIB».

10. Os anexos II A e II B da directiva intitulam-se, respectivamente, «Operações de eliminação» e «Operações de valorização».

11. O anexo II A inclui, sob o título D1, a «Deposição sobre o solo ou no seu interior (por exemplo, aterro sanitário, etc.)», sob o título D12, a «Armazenagem permanente (por exemplo, armazenagem de

contentores numa mina, etc.)» e, sob o título D15, a «Armazenagem enquanto se aguarda a execução de uma das operações enumeradas de D1 a D14 (com exclusão do armazenamento temporário, antes da recolha, no local onde esta é efectuada)».

12. O anexo II B inclui, sob o título R5, a «Reciclagem/recuperação de outras matérias inorgânicas» e, sob o título R13, a «Acumulação de resíduos destinados a uma das operações enumeradas de R1 a R12 (com exclusão do armazenamento temporário, antes da recolha, no local onde esta é efectuada)».

13. Nos termos da directiva, os Estados-Membros devem garantir que qualquer detentor de resíduos confie a sua manipulação a um serviço de recolha ou a uma empresa que efectue as operações referidas nos anexos II A ou II B, ou proceda ele próprio ao respectivo aproveitamento ou eliminação, em conformidade com o disposto na directiva. Qualquer estabelecimento ou empresa que elimine ou recupere resíduos deve obter uma autorização. As autorizações para eliminação «podem ser concedidas por um período determinado, ser renovadas, vir acompanhadas de condições e obrigações ou [...] nos casos em que o método de eliminação previsto não seja aceitável do ponto de vista da protecção do ambiente, ser recusadas».

Processo principal e questões prejudiciais

14. Nos termos da legislação finlandesa, é exigida uma autorização em matéria de meio ambiente para determinados projectos. A Palin Granit Oy, uma sociedade finlandesa, pediu à Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus (associação de municípios no sector da saúde pública de Vehmassalo, a seguir «associação de municípios») uma autorização em matéria de meio ambiente para exploração de uma pedreira. Nos termos do pedido, a pedra residual resultante da extracção — cerca de 50 000 metros cúbicos por ano, que representava 65-80% da quantidade total de pedra extraída — seria armazenada num vazadouro confinante. Dos documentos apresentados no Tribunal de Justiça resulta que a pedra residual não tem as dimensões ou a forma adequadas para ser utilizada do mesmo modo que a pedra que é vendida depois da extracção.

15. Segundo o pedido, o local de depósito, com 7,2 hectares de área, já estava a ser utilizado mas ainda havia espaço para o armazenamento de 700 000 metros cúbicos de material. A pedra residual seria utilizada em terraplenagens confinantes com a área de exploração, no enchimento de taludes e recuperação da paisagem e noutros fins como aglomerados e material de aterro.

16. Na sequência de recurso interposto pela Turun ja Porin lääninhallitus (Administração Municipal de Turku e Pori), o Turun ja Porin lääninoikeus (Tribunal de Contencioso administrativo dos municípios de Turku e Pori) anulou a decisão da associação de municípios que concedeu a autorização em matéria de meio ambiente. O lääninoikeus declarou que a pedra residual devia ser considerada um resíduo, de forma que o que estava a ser construído no local era um aterro para resíduos industriais. A competência para conhecer do pedido cabia, portanto, nos termos da legislação nacional, ao Centro Regional do Meio Ambiente e não às autoridades municipais. Desta forma, o lääninoikeus transferiu o pedido de autorização para o Lounais-Suomen Ympäristökeskus (Centro do Meio Ambiente da Região Sudoeste da Finlândia, a seguir «centro do meio ambiente»).

17. Quer a Palin Granit quer a associação de municípios recorreram da decisão do lääninoikeus para o Korkein hallinto-oikeus, pedindo que a decisão fosse anulada, alegando que, uma vez que a pedra residual não constitui um resíduo na acepção da legislação nacional de execução da directiva, o seu armazenamento não constitui um local de aterro, pelo que a competência para conhecer do pedido é da associação de municípios.

18. A questão que se coloca ao Korkein hallinto-oikeus é, consequentemente, a de saber qual a autoridade administrativa competente para conhecer do pedido de autorização. O Korkein hallinto-oikeus explica no despacho de reenvio que a resposta a esta questão depende de saber se a pedra residual resultante da extracção da pedreira deve, nas circunstâncias do caso presente, ser considerada resíduo na acepção da directiva relativa aos resíduos. A Palin Granit apresentou no Korkein hallinto-oikeus três argumentos em apoio da sua tese de que a pedra residual não deve ser considerada resíduo.

19. Em primeiro lugar, salientou que a pedra residual é constituída por vários tipos de granito. A sua composição mineral é a mesma que a da rocha originária da qual é extraída. O seu estado físico não se altera independentemente do tempo e do modo de armazenamento e é inofensiva para o meio ambiente.

20. Em segundo lugar, a Palin Granit observou que a pedra residual — contrariamente aos subprodutos da actividade mineira — pode ser reutilizada directamente sem ter que ser submetida a operações de recuperação especiais, por exemplo, em terraplenagens e diques.



21. Em terceiro lugar, afirmou que a pedra residual era armazenada nas imediações do local de extracção, num local confinante, para utilização posterior.

22. O Korkein hallinto-oikeus considera que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não resolve directamente a questão de saber se, tendo estes factores em conta, a pedra residual é um resíduo e, consequentemente, colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«Deve a pedra residual liberta na extracção da pedra útil ser considerada resíduo na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991, tendo em conta os critérios que adiante se questionam nas letras a) a d)?

a) Para efeitos da questão que acima se coloca, que importância tem o facto de a pedra residual ser armazenada numa área confinante com a área de extracção, aguardando utilização posterior? Em geral, é importante o facto de a pedra residual ser armazenada na própria área de extracção, numa área confinante com a mesma, ou mais longe?

b) Que importância têm para essa apreciação os factos de a pedra residual ser, quanto à sua composição, igual à rocha da qual foi liberta e de essa composição não sofrer alteração, independentemente do tempo ou do modo de armazenagem?

c) Que importância tem para essa apreciação o facto de a pedra residual não ser perigosa para a saúde humana nem para o meio ambiente? Para se decidir se a pedra residual é um resíduo, que importância se deve atribuir, em geral, aos efeitos que a pedra residual pode ter, se os tiver, na saúde e no meio ambiente?

d) Nessa apreciação, que importância se deve atribuir ao facto de existir a intenção de retirar a pedra residual, total ou parcialmente, da zona de armazenagem para o seu aproveitamento, por exemplo, em terraplenagem ou diques, e o facto de a pedra residual poder ser valorizada tal como se encontra, sem necessidade de ser submetida a operações de transformação ou outras equivalentes? A esse respeito, em que medida se deve levar em conta o grau de exactidão dos planos do detentor da pedra residual relativos a esse aproveitamento e a rapidez da verificação desse facto depois de depositada a pedra residual na zona de armazenagem?»

23. A associação de municípios, o Governo finlandês e a Comissão apresentaram observações escritas. Não houve lugar a audiência.

Análise

24. Embora o «resíduo» seja definido no artigo 1.º, alínea a), da directiva relativa aos resíduos como «quaisquer substâncias ou objectos [...] de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer», esta definição não é completa mas depende, por sua vez, do significado de «desfazer», que não é objecto de definição. Os conceitos de «resíduo», em geral, e de «desfazer», em especial, já foram analisados pelo Tribunal de Justiça em várias decisões. Embora o Tribunal de Justiça não tenha dado uma definição extensiva de resíduo, podem ser extraídos da jurisprudência os seguintes princípios.

25. Em primeiro lugar, a expressão «desfazer» deve ser interpretada à luz da finalidade da directiva, que consiste na protecção da saúde humana e do meio ambiente dos efeitos nocivos causados pela recolha, transporte, tratamento, armazenagem e descarga de resíduos, e do artigo 174.º, n.º 2, CE, nos termos do qual a política da Comunidade no domínio do ambiente tem por objectivo atingir um nível de protecção elevado e deverá basear-se, inter alia, nos princípios da precaução e da acção preventiva. Consequentemente, o conceito de «resíduo» não pode ser objecto de interpretação restritiva. Mais especialmente, a questão de saber se determinada substância é um resíduo deve ser determinada à luz de todas as circunstâncias, tendo em conta o objectivo da directiva e a necessidade de garantir que a sua eficácia não é posta em causa.

26. Em segundo lugar, embora a expressão «desfazer» englobe a eliminação e o aproveitamento de uma substância ou de um objecto, o facto de essa substância ser sujeita a uma operação mencionada no anexo II B da directiva não permite concluir que se trata de se desfazer dessa substância e considerar, portanto, que se está perante um resíduo. Todavia, certas circunstâncias podem constituir indícios de que o detentor se desfaz da substância ou tem intenção ou obrigação de se desfazer dela na acepção do artigo 1.º, alínea a), da directiva. Isso acontecerá, nomeadamente, quando a substância utilizada é um resíduo de produção.

27. Em terceiro lugar, o conceito de resíduo pode englobar substâncias e objectos susceptíveis de reutilização económica. Pode englobar igualmente as substâncias e objectos susceptíveis de

aproveitamento responsável para o ambiente e sem tratamento radical: o impacto do tratamento desta substância sobre o ambiente não tem incidência determinante sobre a sua qualificação como resíduo. Em termos mais gerais, o método de tratamento ou de utilização de uma substância não é decisivo para determinar se deve ser qualificado ou não como resíduo que, em conformidade com o artigo 1.º, alínea a), da directiva, é definido por referência ao facto de o detentor se desfazer do resíduo ou à sua intenção ou obrigação de dele se desfazer.

28. Finalmente, o facto de uma substância ser qualificada resíduo reutilizável sem certeza alguma de reutilização não subtrai essa substância ao objectivo da directiva.

29. O presente processo refere-se aos resíduos resultantes da extracção de granito que são armazenados num local até serem utilizados — a curto prazo, para reforçar e recuperar a paisagem da área de exploração, ou a longo prazo, se e quando necessário, como aglomerado e como aterro — ou (como se pode deduzir dos termos da questão colocada) indefinidamente, se essa utilização não se concretizar.

30. O Governo finlandês alega essencialmente que a pedra residual resultante da extracção de pedra não constitui resíduo na acepção da directiva quando a sua utilização é parte integrante da produção e é utilizada directamente sem ser submetida a operações de recuperação ou de eliminação.

31. A Comissão considera que, com base nos factos, a pedra residual constitui um resíduo na acepção da directiva na medida em que tem que ser submetida a operações de eliminação e de recuperação nos termos dos anexos II A e II B da directiva e constitui um subproduto que não é imediatamente utilizável.

32. De notar que as observações foram apresentadas antes de o Tribunal de Justiça se ter pronunciado no processo ARCO, pelo que não reflectem inteiramente a jurisprudência relevante.

33. Em minha opinião deve, de qualquer forma, concluir-se, quanto aos resíduos que permanecem indefinidamente no local, que se trata de se desfazer deles, pelo que constituem resíduos. O depósito e o armazenamento de quantidades consideráveis de pedra residual implica manifestamente — como observa o Governo finlandês — o risco de poluição, através de ruídos e de poeiras e de danificar de forma chocante a paisagem rural. Ora, é precisamente este tipo de situações que a directiva procura evitar.

34. Pode objectar-se que não se pode considerar correctamente que o acto de depositar a pedra residual significa desfazer-se dela, uma vez que nesse momento o produtor dos resíduos desconhece se os mesmos serão utilizados ou não. Todavia, há que ter presente que a definição de resíduo que consta do artigo 1.º, alínea a), da directiva inclui substâncias ou objectos de que o detentor tem intenção de se desfazer. Deve considerar-se que o detentor que tem intenção de deixar indefinidamente armazenada no local a pedra residual que não venha a utilizar de outro modo preenche a definição, mesmo que no momento em questão não possa identificar a pedra que ficará e aquela que será utilizada. Qualquer outra interpretação seria manifestamente contrária à finalidade da directiva e aos objectivos da política comunitária do ambiente, definida no artigo 174.º, n.º 2, CE, e poderia pôr em causa a eficácia da directiva.

35. Concluo, assim, que a pedra residual indefinidamente depositada deve ser considerada resíduo na acepção da directiva. Mais concretamente, tal depósito pode ser considerado operação de eliminação nos termos quer do título D1 do anexo II A da directiva, «Deposição sobre o solo ou no seu interior (por exemplo, aterro sanitário, etc.)», quer do título D12, «Armazenagem permanente (por exemplo, armazenagem de contentores numa mina, etc.)», e, consequentemente, sujeitos ao requisito da autorização na acepção do artigo 9.º da directiva.

36. Quanto aos resíduos armazenados enquanto se aguarda a sua utilização final, parece-me que o objectivo da directiva impõe que também eles devem ser considerados substâncias ou objectos de que o detentor se desfaz ou tem intenção de se desfazer. Em especial, como a Comissão observa, a inexistência de garantias de que tais resíduos serão utilizados determina que os mesmos sejam abrangidos pelo objectivo da legislação comunitária relativa aos resíduos. Além disso, mesmo que fossem finalmente utilizados, o seu depósito enquanto se aguarda a sua utilização final pode claramente provocar o mesmo tipo de danos para o meio ambiente, incluindo poluição através de ruídos e poeiras e o risco de «danificar a paisagem» na acepção do artigo 4.º da directiva, como se estivessem depositados indefinidamente.

37. Daqui resulta que a utilização potencial a que pode ser destinada a pedra residual inclui teraplenagens confinantes com a área de exploração, o enchimento de taludes e recuperação da paisagem e outros fins como aglomerados (utilizados, por exemplo, na construção de portos e diques) e material de aterro. Estas utilizações podem constituir eliminação ou recuperação, dependendo



do objectivo principal da operação e, especialmente, do facto de saber se, caso os resíduos não existissem, seria necessário utilizar outra substância para a mesma operação por razões que não estão ligadas à armazenagem de resíduos.

38. A armazenagem da pedra residual no local enquanto se aguarda a sua utilização futura é, em si, equivalente a uma operação de eliminação ou de recuperação na acepção do título D15 do anexo II A ou do título R13 do anexo II B.

39. O órgão jurisdicional de reenvio refere uma série de pontos que reflectem as circunstâncias do processo principal e pergunta se tais pontos são efectivamente pertinentes para a questão de saber se a pedra residual resultante da extracção de pedra deve ser considerada resíduo na acepção da directiva.

40. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se é relevante o facto de a pedra residual ser armazenada num local confinante à área de exploração enquanto aguarda posterior utilização e, em geral, se é relevante o facto de ser armazenada no local de exploração, num local próximo ou num local distante da exploração.

41. Já indiquei que considero que o facto de a pedra residual ser armazenada enquanto aguarda posterior utilização não impede a sua classificação como resíduo. O Governo finlandês e a Comissão são da mesma opinião.

42. Quanto à situação do local de armazenagem, nada na directiva permite supor que é relevante para a classificação da pedra residual como resíduo saber se a pedra está armazenada no local da exploração ou noutro local, adjacente ou mais distante. A questão de saber se a pedra residual é um resíduo depende exclusivamente de saber se se pretende desfazer-se dela. Seria claramente contrário aos objectivos da directiva, como sublinha o Governo finlandês, que o produtor de resíduos pudesse subtrair as suas operações ao âmbito de aplicação da legislação relativa aos resíduos através da simples armazenagem de resíduos num local em vez de noutro.

43. Mas a situação do local de armazenagem pode, em determinadas circunstâncias, como observa o Governo finlandês, determinar se é exigida uma autorização, uma vez que poderia deduzir-se da formulação dos títulos D15 do anexo II A e R13 do anexo II B que a armazenagem temporária no local onde os resíduos são produzidos enquanto não são recolhidos para eliminação ou recuperação não é uma operação de eliminação ou recuperação e, consequentemente, não está sujeita ao requisito da autorização na acepção dos artigos 9.º, n.º 1, e 10.º da directiva.

44. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se é relevante que a composição dos resíduos (i) seja a mesma que a da rocha originária da qual foram extraídos e (ii) que o seu estado físico não se altere independentemente do tempo e do modo de armazenamento.

45. Mais uma vez, em minha opinião, estas características da pedra residual são irrelevantes para efeitos da sua classificação como resíduo, embora em termos mais gerais, como observam a Comissão e o Governo finlandês, a composição de uma substância possa determinar se se trata de resíduos perigosos na acepção da Directiva 91/689/CEE do Conselho, de 12 de Dezembro de 1991, relativa aos resíduos perigosos. De modo semelhante, podem existir circunstâncias em que a composição de uma substância pode ser decisiva para determinar se o detentor se desfez — ou se existe intenção ou obrigação de se desfazer — da substância: como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão ARCO, o facto de essa substância ser um resíduo cuja composição não é adaptada à utilização que dela é feita ou de deverem ser tomadas precauções especiais quando essa utilização é feita, em razão da natureza perigosa da sua composição para o ambiente, pode considerar-se um indício de que o utilizador se desfez da substância.

46. Contudo, nada na directiva permite pensar que a composição de uma substância determina em termos mais gerais se se trata de um resíduo. A definição de resíduo contida no artigo 1.º, alínea a), da directiva refere-se a *quaisquer substâncias ou objectos* abrangidos pelas categorias fixadas no anexo I; o próprio anexo contém uma categoria residual que se refere a *quaisquer materiais, substâncias ou produtos*. Além disso, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o conceito de resíduo deve ser objecto de interpretação restritiva. Concretamente, algumas das categorias de resíduos especificadas no anexo I da directiva demonstram que os resíduos que tenham a mesma composição que a sua matéria de origem podem constituir resíduos: veja-se, por exemplo, o título Q10, que inclui resíduos de maquinaria/acabamento, e o título Q11, que inclui resíduos provenientes da extracção e da preparação de matérias-primas. Esta conclusão é confirmada igualmente por algumas categorias de resíduos que figuram no Catálogo Europeu de Resíduos: ver, por exemplo, alguns dos resíduos que constam da lista sob os títulos 01 01 00 (resíduos de extracção de minérios), 01 04

01 (gravilha e fragmentos de rocha), 01 04 06 (resíduos do corte e serragem de pedra), 03 01 00 (resíduos do processamento de madeiras e produção de painéis e mobiliário), 04 00 00 (resíduos das indústrias do couro e produtos de couro e têxtil), 10 11 00 (resíduos do fabrico do vidro e de produtos de vidro), 12 01 00 [resíduos de moldagem (fundição, soldadura, prensagem, estampagem, torneamento, corte e fresagem)] e 17 00 00 [resíduos de construção e demolição (incluindo construção de estradas)]. Acrescente-se que no acórdão Tombesi o Tribunal de Justiça estava claramente na disposição de admitir que os fragmentos de mármore são resíduos na acepção da directiva.

47. Do mesmo modo, nada permite pensar que o facto de uma substância ser estável significa que a mesma não pode ser um resíduo: com efeito, como observa a Comissão, pode ser ainda mais importante garantir que os resíduos que subsistem por tempo indefinido sejam recuperados ou eliminados. Mais uma vez, esta interpretação é apoiada quer pela definição lata de resíduos dada pela directiva conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça quer por algumas categorias que constam do Catálogo Europeu de Resíduos, por exemplo, sob o título 01 00 00 (resíduos da prospecção e exploração de minas e pedreiras e dos tratamentos posteriores das matérias extraídas), que abrange vários tipos de rochas e pedras, e sob o título 10 11 02 (resíduos de vidro).

48. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se é relevante o facto de a pedra residual não ser perigosa para a saúde humana e que importância se deve atribuir, em geral, aos possíveis efeitos que a pedra residual pode ter na saúde e no meio ambiente a fim de determinar se se trata de um resíduo.

49. Parece-nos claro que estes factores são igualmente irrelevantes para a questão de saber se a pedra residual é abrangida pela definição de resíduo. Sublinho uma vez mais a natureza exaustiva da definição de resíduo que figura no artigo 1.º, alínea a), e no anexo I da directiva. Mesmo que o tribunal de reenvio tenha razão quando afirma que os resíduos em questão são inofensivos para a saúde humana e para o meio ambiente (mas ver n.º 33, *supra*), tal facto é irrelevante para determinar se se trata de resíduos. Esta questão, como já sublinhei, depende unicamente de saber se o seu detentor se desfaz — ou se tem intenção ou obrigação de se desfazer — deles.

50. Além disso, a posição do tribunal de reenvio e do Governo finlandês parece assentar no pressuposto de que um produto, pelo simples facto de ser «natural» (por oposição, suponho, ao fabricado pelo homem), não constitui um resíduo. Esta suposição é claramente errada: muitos produtos naturais são, como é previsível, enumerados no Catálogo Europeu de Resíduos [v., em especial, muitos dos produtos que constam do título 02 00 00 (resíduos de produção primária da agricultura, horticultura, caça, pesca e aquacultura, e da preparação e processamento de produtos alimentares)].

51. Porém, se determinados resíduos forem inofensivos, será obviamente mais fácil preencher o requisito do artigo 4.º da directiva de que os resíduos, uma vez rejeitados, sejam aproveitados ou eliminados «sem pôr em perigo a saúde humana e sem utilizar processos ou métodos susceptíveis de agredir o ambiente».

52. Finalmente, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se tem importância o facto de existir a intenção de transferir a pedra residual, total ou parcialmente, da zona de armazenagem para o seu aproveitamento, por exemplo, em terraplenagem ou diques, e o facto de a pedra residual poder ser recuperada no estado em que se encontra, sem necessidade de ser submetida a operações de transformação ou a outras operações equivalentes e, mais especificamente, em que medida tem importância o facto de o detentor ter planos definidos para essa utilização e o lapso de tempo decorrido entre o depósito no local de armazenagem e a utilização da pedra residual.

53. Já dei resposta negativa a grande parte da questão. Ainda não abordei, porém, a importância da alegada falta de transformação.

54. Mesmo que a afirmação de que a pedra residual pode ser recuperada sem ser necessário submetê-la a operações de transformação ou a operações equivalentes (e observe-se que o Governo finlandês defende que é possível que os resíduos tenham que ser partidos em fragmentos mais pequenos dependendo da utilização prevista), não vejo de que forma este facto pode afectar a sua classificação como resíduo, que depende, repito, de saber se o detentor se desfaz, se tem intenção ou obrigação de se desfazer dos resíduos. De qualquer forma, resulta claramente do acórdão ARCO que nem o grau de transformação a que é submetida a substância ao ser recuperada nem o impacto no meio ambiente desse tratamento têm qualquer influência na sua classificação como resíduo. Admitindo — como parece ter acontecido — que o detentor da pedra residual se desfaz realmente dela ou pelo menos tinha intenção de desfazer-se, a sua utilização futura que não exija transformação constitui ainda recuperação na acepção do título R5 do anexo II B da directiva, «Reciclagem/recuperação de outras matérias inorgânicas».

Conclusão

55. Com base nas considerações precedentes, proponho que às questões colocadas pelo Korkein hallinto-oikeus seja dada a seguinte resposta:

- 1) Deve considerar-se que o detentor da pedra residual libertada na extracção de pedra armazenada no local enquanto aguarda possível utilização posterior se desfez ou tem intenção de se desfazer dela e, consequentemente, deve ser classificada como resíduo na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de Março de 1991.
- 2) É irrelevante para a classificação da pedra residual como resíduo o facto de a) a mesma estar armazenada no local de extracção, numa área confinante com o mesmo ou afastada; b) a sua composição ser idêntica à da rocha da qual foi extraída e de a sua composição não se alterar independentemente do tempo ou do modo de conservação; c) não ser perigosa para a saúde humana e para o meio ambiente ou d) poder ser recuperada no estado em que se encontra sem necessidade de ser submetida a operações de transformação ou a operações equivalentes.

Comentário

1. O Tribunal de Justiça, os resíduos e os subprodutos

Esta é a segunda vez que comentamos um Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia relativo ao conceito comunitário de resíduo.

Há quatro anos, no n.º 2 de 1998 da RevCEDOUA, debruçámo-nos sobre o processo C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*. Neste processo, com Acórdão de 18 de Dezembro de 1997, o Tribunal pronunciou-se sobre a legitimidade de a lei belga isentar, de forma genérica, de qualquer autorização prévia, todas as operações de gestão de resíduos, desde que estivessem «integradas num processo de produção industrial». Após uma longa argumentação, o Tribunal concluiu que mesmo as operações, que se destinavam ao re-aproveitamento material ou energético de certas substâncias, são operações de gestão de resíduos e, portanto, devem estar sujeitas a uma autorização prévia.

Numa análise de conjunto da jurisprudência comunitária sobre o conceito comunitário de resíduo, verificamos que o elemento comum a todos os casos é a relutância do Tribunal de Justiça em aceitar quaisquer dos critérios avançados para a caracterização dos resíduos. Curiosamente, a esta relutância tem correspondido uma paralela insistência, da parte dos Estados e dos operadores económicos, em propor novos sinais distintivos de *resíduos* e *matérias-primas secundárias*.

Deste modo, a primeira questão que devemos colocar é a da legitimidade do problema: será legítimo, à luz do direito comunitário, que os Estados membros procurem formas de distinguir resíduos de matérias-primas secundárias?

A resposta é, sem dúvida, afirmativa.

No acórdão *ARCO Chemie*, de 2000, o Tribunal admitiu expressamente a possibilidade de os Estados estabelecerem esses critérios, desde que tal não tenha por efeito restringir o âmbito de aplicação da directiva: «na falta de disposições comunitárias, os Estados-Membros têm liberdade para escolher os modos de prova dos diferentes elementos definidos nas directivas¹ que transpõem, desde que isso não ponha em causa a eficácia do direito comunitário»². De forma ainda mais clara, no acórdão *Inter-Environnement Wallonie*, o Tribunal de Justiça apressava-se a esclarecer que a sua decisão não prejudicava «(...) a distinção que deve ser operada (...) entre o aproveitamento de resíduos (...) e o tratamento industrial normal de produtos que não sejam resíduos, *seja qual for (...) a dificuldade de tal distinção*».

Apesar desta grande abertura jurisprudencial, ainda não foi esta a primeira vez que aquele Tribunal aceitou qualquer dos critérios oferecidos pelas partes no processo sub judice para provar que um determinado subproduto industrial não é um resíduo.

2. Os clássicos argumentos anti-residuais

O acórdão *Palin Granit* representa o culminar de uma teia crescente de argumentos em que o Tribunal se tem vindo a enredar para fundar, por razões estritamente ambientais, um conceito muito amplo de resíduo.

Porém, o Tribunal de Justiça e o Advogado-Geral F.G. Jacobs encarregaram-se de refutar rapidamente todos estes argumentos (em muitos casos mediante simples remissão para anteriores arestos).

A argumentação unânime, pela empresa de exploração de massas minerais *Palin Granit Oy* e pela Associação de Municípios de Vehmassalo (a *Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus*), visava fundamentar o carácter não residual dos 50 000 m³ de pedra de granito de pequena dimensão anualmente produzidos e armazenados temporariamente no local da extracção.

Em favor desta posição concorreram os argumentos *anti-residuais* mais clássicos:

1. A *intenção declarada*: a gravilha de granito era vista como um subproduto do processo de produção principal e a intenção subjacente à sua produção era a comercialização. Logo, o destino pretendido para aquelas substâncias era a *valorização* e não a eliminação. Portanto, o armazenamento era considerado como *temporário*, com vista à posterior colocação no mercado;
2. A *natureza da substância*: relativamente à natureza da substância, invocou-se a) a *identidade físico-química* da gravilha, tanto relativamente ao produto principal da empresa (pedras ornamentais), como relativamente ao local de onde foi extraído (a pedreira); b) a natureza humanamente *não transformada* da substância (a gravilha é uma substância natural); c) o carácter *reciclável* sem necessidade de transformação prévia (a gravilha pode ser utilizada para construção de diques e a sua utilização como material de enchimento para recuperação ambiental da pedreira estava prevista no próprio plano de gestão da pedreira); d) os *inexistentes perigos* para a saúde e para o ambiente (o granito é um material mineral inerte: estável e não reactivo).
3. A *utilidade comercial* da substância: o facto de a substância ter algum valor económico é um forte indício de que irá, efectivamente, ser reciclada; pelo contrário, a ausência de valor económico é indício de que se trata de um resíduo.
4. A *operação de gestão* a que a substância é sujeita: no caso concreto que estamos a analisar, a operação consistia num armazenamento temporário previamente a outra operação de gestão que tanto poderia ser de eliminação (operação D15 do anexo I da Directiva 75/442) ou de valorização (operação R13 do anexo II da Directiva 75/442).

Toda a argumentação pode ser assim esquematizada:



3. O granito de Vehmassalo

No presente processo, o Advogado-Geral começou por se descartar do argumento da identidade físico-química da pedra, demonstrando, como exemplos retirados do Catálogo Europeu de Resíduos (CER), que mesmo substâncias, que tenham a mesma natureza da substância de origem, não deixam de constituir resíduos (caso dos resíduos do processamento de madeiras e produção de painéis e mobiliário, dos resíduos das indústrias do couro e produtos de couro e têxtil, dos resíduos do fabrico do vidro e de produtos de vidro, dos resíduos de moldagem (fundição, soldadura, prensagem, estampagem, torneamento, corte e fresagem) e dos resíduos de construção e demolição).

Depois, afastou a *ausência de transformação* como característica relevante, mais uma vez recorrendo a exemplos do CER: também os resíduos de produção primária da agricultura, horticultura, caça, pesca e aquacultura, e da preparação e processamento de produtos alimentares são resíduos «naturais» e, mesmo assim, resíduos.

Quanto à operação de gestão declarada, *maxime* se for de valorização, é um argumento que várias vezes foi esgrimido perante o Tribunal do Luxemburgo como critério distintivo dos resíduos, mas que tem sido sistematicamente rejeitado pela esterilidade do chamado «factor circular»: «saber se há “aproveitamento” depende de saber se há “resíduos”, que por sua vez depende de saber se há “aproveitamento”»³. A este propósito é o acórdão *Abfall service*⁴ que dá a resposta: há valorização, se os resíduos puderem «preencher uma função útil, substituindo-se à utilização de outros materiais que deveriam ser utilizados para preencher essa função, o que permite preservar os recursos naturais».

Finalmente, dos acórdãos Zanetti⁵, *Inter-Environnement Wallonie*⁶ e Tombesi⁷, decorreu a fundamentação da irrelevância do carácter reciclável do resíduo; do acórdão *Resíduos da Valónia*⁸ a irrelevância do valor económico do resíduo; do acórdão *Abfall service* a irrelevância da *intenção declarada*; do acórdão *ARCO Chemie*⁹ a irrelevância da *inexistência de perigos para a saúde ou o ambiente*.

Mas então, se nenhum destes critérios é determinante, como poderemos saber se estamos perante um resíduo ou um produto? Restam-nos os indícios positivos de residualidade.

Foi também no acórdão *ARCO Chemie* que o Tribunal encontrou um critério positivo de residualidade aceitável: a *intenção subjacente* à produção da substância. A substância é um *resultado directamente procurado* pelo seu produtor? Assim, se a substância fosse um *resultado directamente procurado pelo seu produtor*, seria um subproduto, se a substância não fosse um *resultado directamente procurado pelo seu produtor*, seria um resíduo.

Estranhamente, não ocorreu ao Tribunal que a razão explicativa para a Palin Granit limitar a sua produção de gravilha pode ser o facto de o produto principal — blocos de rocha granítica de grandes dimensões — lhe proporcionar margens de lucro substancialmente maiores. Neste caso era perfeitamente compreensível que o produtor pretendesse rentabilizar o produto principal e, inversamente, minimizar a produção de outros produtos acessórios menos rentáveis.

Acresce que, infelizmente, a realidade da vida escapa a esta simples lógica binária e este critério não pode ser auto-suficiente. Se uma mesma unidade de produção tiver, além do produto principal, um ou mais produtos acessórios, teremos que procurar mais pistas de residualidade.

E a segunda pista encontrou-a o Tribunal de Justiça na existência ou ausência de «*benefício económico*» resultante da reutilização da substância. Em contradição com posições anteriormente defendidas, aquela instância judicial reconheceu a relevância, para este efeito, do valor comercial intrínseco da substância!

No célebre caso *Resíduos da Valónia*, o Tribunal de Justiça argumentava da seguinte forma, contra a consideração do valor económico positivo dos resíduos: se o valor de mercado de uma substância residual depende de um conjunto de factores extrínsecos e incontrolláveis (como a disponibilidade das matérias-primas que os resíduos vão substituir ou os próprios custos de eliminação, *maxime*, em aterro ou por incineração), esta enorme variabilidade do valor de mercado dos resíduos é contrária à segurança jurídica e à previsibilidade exigidas pelas relações comerciais e mesmo pela protecção do ambiente.

No presente caso, ao arrepio deste entendimento, o mesmo Tribunal não teve qualquer pejo em considerar que o benefício económico é um importante reforço da elevada «probabilidade de reutilização» de uma substância em vez de uma mera «eventual utilização».

Aplicando agora estes dois indícios ao caso concreto da gravilha granítica, concluiu-se que «a produção de pedra residual não é o objecto principal da Palin Granit (...) e a empresa procura limitar a sua quantidade» e que «as únicas reutilizações imagináveis da pedra residual na forma presente, por exemplo, por ocasião de trabalhos de enchimento ou de construção de portos e de diques, necessitam, na maior parte das hipóteses, de operações de armazenagem que podem ser duráveis (...)». Em suma: «a pedra residual não pode ser considerada senão como “resíduos de extracção”»

4. Apreciação crítica

A falha mais grave, cometida pelo Tribunal de Justiça no presente caso, foi não ter respondido à questão principal, uma questão não formulada pela jurisdição nacional, mas implícita e obviamente fundamental para a resolução da questão controvertida: *estamos ou não na presença de um aterro de resíduos industriais?*

Impõe-se recordar aqui o raciocínio do tribunal recorrido. O Tribunal de Contencioso Administrativo dos Municípios de Turku e Pori (o *Turun ja Porin lääninoikeus*) declarou que «a pedra residual devia ser considerada um resíduo, de forma que o que estava a ser construído no local era um aterro para resíduos industriais» e daqui decorreu, como efeito natural da sentença, a anulação da autorização concedida pela Associação de Municípios à Palin Granit Oy, por vício de incompetência.

Mas será assim tão evidente que, se a pedra for um resíduo, então o local de deposição é um aterro? Pensamos que não.

A suposta relação biunívoca *entre resíduo e aterro* está bem patente na formulação inicial da questão pelo Tribunal: «com efeito, resulta da legislação finlandesa que a emissão da autorização, em matéria de ambiente, respeitante a um aterro, não é da competência das autoridades municipais, de forma que a solução do processo principal depende de ser ou não qualificada como resíduo a pedra residual resultante da exploração de uma pedreira». Este foi, sem dúvida, o maior erro do tribunal europeu.

Como procuraremos demonstrar, a relação entre os conceitos *resíduo e aterro* só é verdadeira num sentido.

«Se é um aterro, o que lá for depositado é um resíduo». Esta é a proposição verdadeira. «Se é resíduo e está armazenado, então esse local é um aterro». Esta afirmação não é necessariamente verdade, embora tenha sido justamente o que o Tribunal de Justiça concluiu no presente processo.

Há, portanto, situações em que um local, onde se depositam temporariamente resíduos, não é um aterro. Não podemos esquecer que, para produtos não perecíveis, o armazenamento temporário é uma técnica comercial admissível, como qualquer outra, em alternativa à liquidação total a preços de saldo. E não seriam estas as verdadeiras intenções da Palin Granit Oy?

Ora, quando o Tribunal apreciou, de relance, o argumento da identidade físico-química, limitou-se a considerar a relação entre o hipotético resíduo e a matéria de onde era retirado, esquecendo-se de considerar a *identidade físico-química entre o hipotético resíduo e o local onde ele era armazenado*.

Esta, sim, era a questão determinante e, no entanto, o Tribunal praticamente ignorou-a, de tal modo estava obcecado com a questão da natureza residual ou não do granito. É certo, como afirma o Tribunal, que «o lugar de armazenagem da pedra residual, que se encontra no lugar de extracção, no terreno situado na proximidade ou mais longe, não tem qualquer influência quanto à qualificação desta como resíduo», mas o lugar de armazenamento da pedra residual já pode ter uma influência determinante na qualificação da *operação de gestão, enquanto operação de eliminação por aterro*.

É com facilidade que encontramos o fundamento jurídico para esta afirmação: a Directiva 1999/31, relativa à deposição de resíduos em aterro, não deixa dúvidas quanto ao regime aplicável a casos como este. Primeiro, quanto às deposições temporárias de resíduos para valorização: até três anos é o limite temporal máximo após o qual um local de deposição de resíduos passa a ser considerado como local de deposição definitiva, sujeito portanto ao regime dos aterros. Segundo, quanto à deposição definitiva de resíduos de exploração de pedreiras: desde que se trate de «resíduos inertes não perigosos», os locais de deposição não são considerados como aterros¹⁰. Note-se que não estamos a insinuar que o Tribunal de Justiça devesse ter aplicado uma directiva que não estava em vigor no momento da instauração da acção no tribunal

nacional e cujo prazo de transposição decorria até meados de Julho de 2001. Estamos simplesmente a socorrer-nos de uma norma jurídica que nos parece bem fundada, e cujo processo de formação até já se tinha iniciado, em apoio de um entendimento que julgamos consonante com as mais elementares regras de bem senso e contra a emaranhada teia jurisprudencial que o Tribunal de Justiça, desde 1988, tem vindo minuciosamente a tecer. Com isto queremos apenas provar que, se o Tribunal tivesse querido procurar, não teria sentido qualquer dificuldade em encontrar apoio para a resolução da questão de saber se aquele monte de pedra era ou não um aterro.

De facto, a aprovação da directiva sobre a deposição de resíduos em aterros, datada de 26 de Abril de 1999, mas em preparação no espaço comunitário desde 1997, veio provar, retroactivamente, que a deposição temporária de resíduos de pedra na pedreira de Vehmasalo afinal não era um aterro. E muito menos seria um aterro de resíduos industriais ¹¹.

Acreditamos no bom fundamento da solução legal. Vejamos porquê.

Pensamos que a justificação do regime legal está precisamente em evitar que um eventual excesso de rigor acabe por conduzir à eliminação de resíduos com francas potencialidades de valorização. E esta preocupação está presente no parecer do Comité das Regiões: «o Comité das Regiões (...) congratula-se, especialmente, com a limitação das possíveis exclusões do âmbito de aplicação da directiva (...) chama, no entanto, a atenção para o facto de, actualmente, se proceder já a uma valorização ecológica e apropriada de uma série de produtos residuais inorgânicos sem que daí advenham danos para o meio ambiente. O CR é de opinião que a proposta de directiva em exame não deverá obstar a uma reciclagem responsável do ponto de vista ambiental, o que teria como consequência a deposição em aterro de produtos reutilizáveis» ¹².

Seriam este receio e este perigo que poderiam vir a concretizar-se se a jurisprudência Palin Granit vingasse.

Com efeito, a preocupação em alargar de tal modo o conceito de resíduo que passe a caber lá tudo (atendendo à irrelevância judicial dos vários critérios *anti-residuais*) e o empenhamento em considerar como aterro a simples deposição, no local de extracção, de materiais inertes e não perigosos ainda que por tempo indeterminado (provavelmente menos do que 3 anos, o que já seria uma razão para não o considerar como um aterro) pode levar à promoção da eliminação em detrimento da valorização, em detrimento de uma correcta aplicação da hierarquia da gestão de resíduos.

5. Conclusão

Em todo este processo, não foi a decisão do Tribunal de Justiça, decretando que simples pedrinhas de granito são resíduos, que nos surpreendeu. Aquilo que verdadeiramente nos surpreendeu foi o facto de o Tribunal ter deixado intacta a questão de saber se o armazenamento de uma substância inerte, por tempo indeterminado, sobre o solo, no local de onde foi extraída é ou não um aterro.

A partir de agora, os operadores económicos correm o risco de estar a construir aterros sem o saber, quando edificam um armazém para depositar alguma da sua produção. É que se não se encarregarem de a colocar rapidamente no mercado, e, sobretudo, se não tiverem um horizonte temporal muito concreto para esse efeito, arriscam-se a que algum tribunal considere que estão a guardar lixo.

Aquilo que desde sempre fora manifestado pela indústria, sentido pelas autoridades nacionais e pressentido pelas instituições comunitárias, torna-se, deste modo, patente: as ordens jurídicas não podem ser indiferentes ao *destino* das matérias, tratando de modo igual, sempre como resíduos, tanto as substâncias que se destinam a ser eliminadas, como as que se destinam a ser valorizadas.

E esta é a teia argumentativa em que está actualmente enredado o Tribunal de Justiça. Não pretendemos, por agora, dar respostas, mas apenas equacionar um conjunto de questões que terão que ser necessariamente abordadas em futuros processos judiciais, a decorrer perante os tribunais nacionais ou europeus.

Cabe agora à doutrina a interpretação da legislação vigente, designadamente da directiva relativa à deposição de resíduos em aterros e dos diplomas nacionais de transposição, de forma a encontrar respostas às candentes questões que o Tribunal de Justiça deixou em aberto.

Maria Alexandra Aragão

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Sobre a relativa liberdade dos Estados na transposição das directivas comunitárias, ainda que fora do contexto dos resíduos, são citados, no mesmo sentido, os acórdãos *Deutsche Milchkontor* —de 21 de Setembro de 1983—, *Johnston* —de 15 de Maio de 1986— e *FMC* —de 8 de Fevereiro de 1996.

² Acórdão de 15 de Junho de 2000, emitido no âmbito dos processos apensos C-418/97 e C-419/97.

³ Acórdãos *Tombesi*, de 25 de Junho de 1997, proferido nos processos apensos C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95 e *Inter-Environnement Wallonie*, de 18 de Dezembro de 1997, proferido no processo C-129/96.

⁴ Processo C-6/00, como acórdão de 27 de Fevereiro de 2002. Os resíduos eram 7000 toneladas de cinzas resultantes do processo de incineração de resíduos austríacos para enchimento de galerias (atilhamento) de minas de sal alemãs desactivadas.

⁵ Processos apensos C-206/88 e C-207/88, como acórdão de 28 de Março de 1990. O resíduo em causa era ácido clorídrico.

⁶ Processo C-129/96, como acórdão de 18 de Dezembro de 1997. Em causa estava uma lei que parecia dispensar de autorização as operações de gestão de resíduos «integradas num processo de produção industrial».

⁷ Processos apensos C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, como acórdão de 25 de Junho de 1997. Os resíduos em causa eram entulho de mármore, alcatrão de filtros de fornos eléctricos, bagaço de azeitona e metais ferrosos e não ferrosos.

⁸ Processo C-2/90, como acórdão de 9 de Julho de 1992. Em causa estavam resíduos provenientes de outro Estado membro ou de outras regiões belgas que não a Valónia.

⁹ Processos apensos C-418/97 e C-419/97, como acórdão de 15 de Junho de 2000. Os resíduos considerados eram aparas de madeira resultantes da trituração de resíduos de demolição e molibdénio com elevado poder calorífico (denominado LUWA buttons).

¹⁰ A Directiva exclui do seu âmbito de aplicação: «a armazenagem de resíduos previamente à sua valorização ou tratamento por um período geralmente inferior a três anos, e a armazenagem de resíduos previamente à sua eliminação por um período inferior a um ano» [artigo 2.º g)]. Exclui ainda: «a deposição de terra não poluída ou de resíduos inertes não perigosos resultantes da prospecção e extracção, tratamento e armazenagem de recursos minerais bem como da exploração de pedreiras». (artigo 3.º n.º2).

¹¹ De acordo com a classificação adoptada pela Directiva tratava-se, quando muito, de um aterro do tipo C: aterro para resíduos inertes.

¹² Parecer n.º 97/C 244/03 sobre a «proposta de directiva do Conselho relativa à deposição de resíduos em aterros».

As Providências cautelares na acção popular civil ambiental e o relevo do princípio da proporcionalidade

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.09.99

Processo n.º 98B1090 (n.º convencional: JSTJ00036627)

Relator: Exm.º Senhor Conselheiro Ferreira de Almeida

Descritores: ambiente; interesses difusos; acção popular; procedimentos cautelares

Sumário

I — A Lei 83/95, de 31 de Agosto, que regula o direito de acção popular destinada a prevenir ou a fazer cessar as infracções contra a saúde pública e contra a prevenção do ambiente e qualidade de vida conferido pelo n.º 3 do artigo 52.º da Constituição a todos, pessoalmente ou através de associações, não contempla quaisquer procedimentos cautelares especiais.

Daí que hajam de ser utilizados os procedimentos comuns, em consequência do princípio da adequação entre o direito e a acção destinada a fazê-lo reconhecer — artigo 2.º, n.º 2, do C. P. Civil.

II — Pretendendo-se com a providência tutelar interesses difusos ligados ao ambiente e qualidade de vida, não podem os requerentes aspirar a uma tutela egoísta e exclusiva das suas situações jurídicas individuais, uma vez que os interesses a tutelar se perfilam como pertença genérica da comunidade em que se inserem.

III — Só em casos limite de grave e intolerável degradação do ambiente e da qualidade de vida, devidamente comprovados, e sem prescindir do sentimento dominante na comunidade social, será de admitir a exercitação de providências de carácter preventivo e repressivo com custos sociais exorbitantes.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

1. A, B e outros requereram providência cautelar não especificada contra “C”, “D”, “E”, “F”, “G”, “H”, “I”, “J”, “L”, “M”, “N” e “O”, pedindo que seja ordenado às requeridas que se abstenham de utilizar a antiga estação de recolha de eléctricos do Arco do Cego, em Lisboa, para aí desenvolverem a sua actividade comercial e de nela depositarem autocarros, bem como produtos combustíveis ou similares.

2. Alegam, em suma, que a actividade que as requeridas iriam desenvolver naquele terminal do Arco de Cego provocaria uma degradação ambiental e na qualidade de vida dos requerentes que têm, por isso, todo o interesse e todo o direito de a ela se oporem.

3. A providência cautelar acabou por ser indeferida na 1ª instância, e no agravo entretanto interposto foi proferido acórdão que confirmou aquela decisão de indeferimento.

4. De novo inconformados, os A.A. agravaram para este Tribunal, concluindo as suas alegações pela forma seguinte:

1.º) o litígio dos autos envolve os moradores da zona do Arco do Cego e as empresas rodoviárias, ora recorridas, que pretendem utilizar a antiga estação de recolha de carros eléctricos da Carris, situada na mesma zona, e como terminal de carreiras “expresso”;

2.º) os agravantes pretendem defender os seus interesses difusos referentes ao ambiente, saúde e qualidade de vida contra aquela utilização do terminal para carreiras “expresso”; e isto porque esta utilização, com a poluição de todo o nível que lhe está associada, afectará aqueles direitos dos moradores da zona do Arco do Cego;

3.º) há, pois, um conflito entre os direitos destes moradores e o interesses das requeridas em melhorarem a sua exploração comercial já que os transportes que efectuem constituem actos tipicamente comerciais (art. 366.º do Cód. Comercial);

4.º) neste conflito, os direitos em confronto são desiguais já que os dos agravantes são direitos que se connexionam com a sua personalidade moral, enquanto os das requeridas se connexionam com a sua actividade económica lucrativa;

5.^o) daí que se devesse ter dado prevalência aos direitos e interesses dos agravantes nos termos do art. 335.^o n.^o 2, do C. Civil; ao não fazê-lo o acórdão recorrido violou o disposto no art. 66.^o n.^o 1, da Constituição.

6.^o) não há qualquer conflito de direitos e interesses entre os moradores da zona do Arco do Cego e os moradores da Av. Casal Ribeiro onde se encontrava o terminal daquelas empresas — recorridas, até porque esta providência cautelar não se dirige sequer contra os moradores da zona da Av. Casal Ribeiro que até nem são parte nestes autos;

7.^o) mas mesmo que esse conflito existisse, há que considerar que a zona do Arco do Cego é uma zona habitacional por excelência ao contrário da Av. Casal Ribeiro que, como é público e notório, tem uma ocupação predominantemente do terciário;

8.^o) daí que a lesão do ambiente e da qualidade de vida dos moradores seja mais intensa no Arco do Cego do que na Av. Casal Ribeiro “zona despovoada em termos habitacionais” o que confere prevalência aos interesses e direitos dos agravantes, moradores do Arco do Cego;

9.^o) os interesses dos utentes do terminal rodoviário de “expressos” também não tem grande relevo já que esses utentes são-no esporadicamente;

10.^o) o mesmo se passa com os interesses dos 38 trabalhadores do terminal da Av. Casal Ribeiro já que não são esses interesses que, aqui, se debatem e estão em causa;

11.^o) a transferência do terminal rodoviário da Casal Ribeiro para a área do Arco do Cego vai provocar uma enorme poluição sonora e atmosférica por força da sobrecarga de autocarros que irão ser depositados no terminal e que circularão nas artérias de toda aquela zona;

12.^o) é por força disto que irá ser violado o ambiente, a saúde e a qualidade de vida dos moradores do Arco do Cego, a tal ponto que se justifica o deferimento da presente providência;

13.^o) assim, o acórdão recorrido violou os arts. 1.^o, 36.^o, n.^o 1, 65.^o, n.^o 1, 66.^o e 67.^o, n.^o 1, da Constituição da República Portuguesa, o art. 335.^o, do CCIV, e o art. 3.^o, al. a) da Lei n.^o 11/87, de 7/4.

Pedem a revogação do acórdão recorrido, e o deferimento da providência cautelar nos termos em que esta foi requerida.

5. Contra-alegou tão-só a “C” que — defendendo que não é parte substantiva neste conflito — pediu a confirmação do acórdão recorrido quanto a si.

6. Os factos dados como provados, nas instâncias, são os seguintes:

a) a requerida “D” suscitou junto da Câmara Municipal de Lisboa a necessidade de desactivar o seu terminal da Av. Casal Ribeiro em Lisboa;

b) em fins de 1995, a Carris decidiu concentrar a sua frota de “eléctricos” na Estação de Santo Amaro por razões de funcionalidade e economia de exploração, disponibilizando a Estação do Arco do Cego;

c) a C.M.L. propôs então à “D” que, a título provisório, fosse transferido o terminal para a Estação da Carris do Arco do Cego;

d) a deslocação do terminal para o Arco do Cego implicará um significativo aumento de circulação na zona envolvente;

e) tal aumento de circulação determinará o aumento correspondente de poluição sonora dela emergente;

f) e aumentará significativamente também a poluição atmosférica;

g) a poluição sonora e atmosférica são susceptíveis de afectar a qualidade de vida dos residentes da zona e, em casos clínicos pontuais, afectar-lhes-á também a saúde;

h) a zona do Arco do Cego é fundamentalmente uma área residencial;

i) a zona onde actualmente opera a “D” — Av. Casal Ribeiro — apresenta níveis de poluição atmosférica superiores aos legalmente permitidos;

j) a requerida “D”, com a mudança, visa melhorar as condições de operacionalidade dos seus serviços;

l) a “D” recebe no seu terminal da Av. Casal Ribeiro cerca de 150 a 160 autocarros diários, número que sobe significativamente às 6.^{as} feiras e às 2.^{as} feiras e durante a época de Verão;

m) para o terminal do Arco do Cego apenas transitam os autocarros de serviço expresso que actualmente utilizam o terminal da Av. Casal Ribeiro que assim ficará desactivado;

n) no terminal do Arco do Cego está previsto que o acesso se faça por uma das ruas circundantes e a saída pela rua oposta (Av. Duque de Ávila) através do corredor próprio a implantar no espaço do próprio terminal;

o) neste terminal em construção está previsto o estacionamento de 50 viaturas, sensivelmente o triplo das que cabem no terminal da Av. Casal Ribeiro;

- p) o actual congestionamento da Av. Casal Ribeiro é agravado pelo esforço dos veículos em fila, em movimentos repetitivos de pára/arranca, para vencer o declive acentuado da via, aumentando a poluição local;
- q) e nessa avenida a via é sufocada pelo menor espaço e pela altura das construções existentes, não havendo espaço para estacionamento;
- r) tal situação é constante e repercute-se também no trânsito local da Praça de Saldanha e no escoamento das vias circundantes;
- s) o terminal do Arco do Cego dispõe de maior espaço, o qual desde há décadas está reservado aos transportes públicos;
- t) em 1995 o Conselho de Administração da Carris, pela razão referida em b), decidiu passar a utilizar apenas uma parte da Estação do Arco do Cego;
- u) continuando ali apenas a fazer o abastecimento de combustível e a recolher alguns autocarros, tendo aí mantido as funções de apoio logístico para o pessoal tripulante;
- v) e pretende continuar a utilizar a Estação eventualmente com mais intensidade no quadro de uma possível instalação de uma rede de carros eléctricos modernos na cidade de Lisboa;
- x) por isso, a utilização, por si acordada com a C.M.L., pela rede expressos da “D”, seria limitada a 5 anos;
- z) as carreiras efectuadas pela “C” não são de longo curso nem de marcha rápida;
- aa) a “C” continua, no âmbito do acordo referido em x), a exercer no locado a actividade da recolha de eléctricos e autocarros, seu abastecimento e manutenção;
- bb) a estação do Arco do Cego está marginada por quatro arruamentos e nela é possível dispor de uma porta de entrada e outra de saída, em arruamentos distintos.

7. Nos termos do n.º 3 do art. 52.º da CRP é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações, o direito de acção popular destinada a prevenir ou a fazer cessar as infracções contra a saúde pública e contra a preservação do ambiente e da qualidade de vida.

Tal acção foi regulamentada pela L 83/95, de 31/8, a qual, no seu art. 2.º, confere titularidade procedimental a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos.

Não contempla essa Lei quaisquer procedimentos cautelares especiais, défice que já lhe tem valido algumas críticas (conf., v.g., o Dr. J.E. Figueiredo Dias, in “Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo” — *Studia Juridica* — n.º 29 — BFDC, pág. 312), pelo que haveria que utilizar o procedimento cautelar comum regulado nos arts. 381.º a 392.º do CPC, “ex-vi” do n.º 2 do art. 2.º do mesmo diploma — princípio da adequação entre o direito e a acção destinada a fazê-lo reconhecer em juízo — como aliás bem fizeram as instâncias.

Vejam os poréns se se encontram ou não preenchidos, para o acolhimento favorável da providência, o requisito positivo do n.º 1 do art. 381.º e o requisito negativo do n.º 2 do art. 387.º desse Código. Movemo-nos no âmbito de relações jurídicas de carácter multipolar ou poligonal, nas quais não relevam interesses meramente genéricos ou difusos de ordem ambiental ou de qualidade de vida, mas também e sobretudo interesses concretos e diferenciados, quer de natureza pública atinentes a um correcto planeamento de transportes e a uma equilibrada ordenação e gestão urbanística, quer de natureza sócio-económica relativos à circulação de pessoas e bens, à actividade de livre empresa e à propriedade privada, à estabilidade do emprego dos trabalhadores e sua prestação em condições de saúde e segurança, direitos e interesses esses com idêntica dignidade constitucional — conf. arts. 53.º, 59.º, n.º 1, al. c), 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da CRP.

Pretende-se, com a presente providência, tutelar interesses difusos ligados ao ambiente e qualidade de vida alegadamente degradados pela actuação das empresas requeridas. Ora, os particulares requerentes, agindo como uma espécie de “ministério público especial”, jamais poderiam aspirar a uma tutela egoísta e exclusiva das suas situações jurídicas individuais, uma vez que os interesses a tutelar se perfilam como pertença genérica da comunidade cidadina em que se inserem.

Não vem, de resto, suficientemente demonstrada a especial qualificação dos interesses dos requerentes — ora agravantes — merecedora de uma tutela especial diferenciada da dos restantes munícipes. Falar-se tão-simplesmente em “moradores da zona do Arco do Cego”, é demasiado vago para se aquilatar, de modo minimamente seguro, do particular ónus ou dos especiais custos em termos ambientais dos ora requerentes relativamente aos demais residentes ou utilizadores do local.

É sabido existirem hoje meios técnicos dotados de fiabilidade para medição dos níveis de poluição sonora e da qualidade do ar; ora, da prova perfunctória inserta nos presentes autos não resulta, também com um mínimo de certeza e credibilidade, qualquer ultrapassagem significativa, atentatória

dos níveis médios exigíveis e toleráveis, emergentes da transferência do terminal de camionagem para o local ora em utilização pelas empresas concessionárias requeridas e ora agravadas. E não só para essa zona específica, como também para a comunidade citadina em geral em que tal zona se integra.

Torna-se mister não olvidar que tal transferência — aliás de carácter provisório e transitório (por um período máximo de 5 anos) — se destinou precisamente a aliviar a “pressão ambiental” negativa incidente sobre o primitivo local sito na Av. Casal Ribeiro, localização essa reconhecidamente não recomendável em termos de concentração poluidora e de acessibilidade viária.

E que tal transferência foi operada com base em acto de licenciamento camarário só impugnável perante os tribunais administrativos, a qual subsistirá, por isso, na ordem jurídica enquanto não for objecto de anulação por decisão transitada desses tribunais.

Surge assim como meramente assertórica a afirmação de que a sobredita implantação da estação rodoviária vai necessariamente determinar um relevante agravamento do ambiente e da qualidade de vida em termos merecedores de tutela jurídica preventiva imediata; isto é, não se mostra suficientemente fundado nos autos o receio de grave lesão invocado pelos autores e a sua difícil reparabilidade — arts. 381.º, n.º 1, e 387.º, n.º 1, do CPC.

E o hipotético benefício resultante da eventual proibição do actual exercício da actividade das requeridas e ora agravadas no referido local, seria muito provavelmente excedido pelos prejuízos daí advinentes para as mesmas em resultado da paralisia ou da sensível diminuição da sua actividade transportadora, com o seu inerente cortejo de efeitos negativos. E não só para as requeridas, como também — e perversamente — para o próprio ambiente e qualidade da vida comunitária citadina pois que, também muito provavelmente, e à míngua de outro local actualmente apropriado, outro recurso talvez não restasse ao município se não fazer regressar o terminal de “expressos” à R. Casal Ribeiro, onde a “pressão ambiental” — como já se deixou dito — seria reconhecidamente mais acentuada. No fundo, tudo leva a crer que a transferência de local ora posto em crise haja claramente obedecido a uma necessidade de distribuição, minimização e repartição dos custos sociais emergentes do acesso rodoviário à grande urbe citadina, dando assim prevalência ao interesse geral ou colectivo em detrimento dos interesses particulares, v.g de ordem “bairrista”.

Neste domínio da preservação do ambiente e qualidade de vida, naturalmente recolhedor de gerais simpatias, o recurso a medidas cautelares e preventivas congêneres deve ser devidamente ponderado e sopesado, e não banalizado ao sabor de quaisquer preocupações de natureza “fundamentalista”, sob pena de o seu uso indiscriminado poder revelar-se estimulante da actividade económica e da gestão urbanística e até lesiva de outros “direitos e deveres económicos e sociais” constitucionalmente consagrados.

Só em casos-limite de grave e intolerável degradação do ambiente e da qualidade de vida, devidamente comprovados — sem prescindir é claro do sentimento dominante na comunidade social — será de admitir a exercitação de providências de carácter preventivo e repressivo com custos sociais de carácter exorbitante.

Será difícil — para não dizer impossível — conceber que qualquer transferência de local ou mesmo a criação “ex-novo” de um novo local para terminal rodoviário na periferia citadina não surtisse um qualquer impacto negativo em termos ambientais; também aí os residentes vizinhos poderiam invocar a sua indisposição para suportar a alteração do seu anterior habitat, até então poupado a tais efeitos negativos !...

Seja como for, não vem demonstrado, com um mínimo de consistência, que a implantação transitória no Arco do Cego da sobredita estação de camionagem seja determinante de um “risco anormal de vizinhança” merecedor do decretamento da presente providência. Seria, de resto, sempre vaga e aleatória a fixação do perímetro a arvorar como “área atingida e/ou a proteger”, por referência ao epicentro da presuntiva fonte poluidora.

Para além de não virem suficientemente indiciados os requisitos da gravidade da lesão e da dificuldade da respectiva reparação — art. 381.º, n.º 1 — tudo aponta, por outro lado, para que o prejuízo para os requeridos resultantes do decretamento da providência exceda consideravelmente o dano que com ela se pretende evitar ou prevenir — art. 387.º, n.º 2, ambas as disposições do CPC; custos económicos e sociais de exploração para as 12 empresas ora agravadas e seus trabalhadores e também para os utentes diariamente em demanda da capital.

Não se mostram pois no caso “sub-specie” preenchidos os requisitos do “fumus boni juris” nem do “periculum in mora”, para além de que a drástica decisão de abstenção de utilização da estação rodoviária

pelas agravadas seria abertamente violadora do princípio constitucional estruturante da proporcionalidade, na suas vertentes “princípio da adequação” — salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos — e “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” — consideração dos meios restritivos “na justa medida” relativamente aos fins a obter — conf., quanto a estes conceitos, G. Canotilho e V. Moreira in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a ed., pág. 152.

Bem andaram pois as instâncias, ao indeferirem a providência cautelar “antecipatória” sob análise.

8. Em face do exposto, decidem:

- negar provimento ao agravo;
- confirmar, em consequência, o acórdão recorrido.

Custas pelos requerentes-agravantes em partes iguais.

Lisboa, 14 de Abril de 1999.

Ferreira de Almeida,

Moura Cruz,

Noronha Nascimento. (Vencido nos seguintes termos:

1. Exigir em processo cautelar a mediação da poluição ambiental por meios técnicos formais é eliminar o efeito útil da providência e transpor para ela os meios exigentes de prova da acção definitiva.

Aliás mesmo em acções definitivas, a descrição de matéria fáctica feita de maneira similar à desta providência — sem exames técnicos — foi considerada suficiente e bastante (cfr. Ac. S.T.J. — Bol. 477, p. 406) para a procedência do pedido.

Não há prova de qualquer licenciamento camarário; há, sim, indícios vagos da violação do P.D.M. de Lisboa. Mas para além disso nenhum licenciamento administrativo tem o condão de legalizar a ofensa a direitos básicos de personalidade conforme jurisprudência deste Supremo (cfr. Bol. 477, 406; 450, 403; 448, 334) sob pena de a definição do direito ficar confiada à opção de qualquer agente administrativo; e nenhuma providência cautelar cível tem os limites exigidos da suspensão de eficácia do acto administrativo sob pena de não servir para quase nada.

2. Nesta sequência definiria integralmente a providência, excepto quanto à Carris, nos termos que se seguem.

3. Estamos perante uma providência para defesa de interesses difusos, finalmente consagrados no nosso ordenamento jurídico a partir do artigo 26.^o-A do novo Código de Processo Civil e da Lei n.^o 83/95, de 31 de Agosto (nomeadamente dos seus artigos 1.^o, 2.^o e 3.^o).

Trata-se, no fundo, da superação há muito esperada — e sempre adiada — da teoria subjectivista da relação jurídica que reconduzia todo o conflito social a uma interacção entre dois sujeitos jurídicos situados na parte oposta de uma friccionada relação jurídica; a aceitação do conceito de “interesses difusos” e até de “interesses colectivos” mais não é se não a admissão, por parte do legislador, de que o conflito social nem sempre nos aparece atomizado em termos da relação subjectiva inter-individual. De qualquer modo, a questão da legitimidade dos requerentes não é questionada.

Daí que seja altura de perguntar: há efectivamente violação dos interesses dos moradores da zona do Arco Cego com a transferência do terminal rodoviário, ou essa violação inexistente de todo ou, mesmo a existir, não é relevante?

A nossa resposta é manifestamente positiva: os requerentes têm toda a razão.

As decisões das instâncias puseram o acento tónico no conflito de interesses entre os requerentes (moradores no Arco do Cego) e os outros moradores (os da área da Av. Casal Ribeiro) que têm sofrido os efeitos ambientais nocivos do terminal aí localizado e agora transferido.

Simplemente, tal conflito não existe porque não há que comparar as duas situações tal como os agravantes sublinham. Uma violação ambiental (ou de qualidade de vida) não se supera nem se elimina com outra violação ambiental que atinja outros cidadãos, a menos que se esteja no domínio daqueles factos restritos em que a resolução de um problema social implica custos a uma certa e dada comunidade.

Daí que o conflito de interesses e direitos não tenha, aqui, qualquer aplicação a nosso ver.

4. O ambiente é a disciplina que estuda e regula a conexão entre os seres vivos e o ambiente físico e natural em que se integram; e a violentação sistemática dessa inserção dos seres no meio físico conduziu à consciencialização dos perigos que espreitam o Homem e o planeta a ponto de se tentar fixar um conjunto de regras destinadas a salvaguardá-los.

Hoje, não se trata apenas de preservar espécies (*maxime, animais*) em perigo; trata-se também de perscrutar — para além da poeira imediata do curto prazo — quais serão os problemas com que o ser humano se irá defrontar se a predação ambiental persistir.

Sabe-se quais são os principais factores de predação ambiental: o crescimento demográfico mundial a um ritmo quase geométrico (pensa-se que a população mundial ascenderá a 7,5-9,5 biliões por volta de 2025 e estabilizará em meados do século XXI a menos que a sida provoque os efeitos de destruição maciça), a eliminação das florestas tropicais húmidas, a industrialização dos países sub-desenvolvidos e o dióxido de carbono dos países desenvolvidos, este último o mais corrosivo poluente ambiental (os Estados Unidos têm, aqui, a parte de leão).

Periféricamente, outros factores associam-se para a violentação ambiental; factores que se localizam, muitas vezes, nas grandes metrópoles urbanas (como seja, o monóxido de carbono lançado pelos veículos automóveis), a ponto de, hoje, os historiadores dizerem que — salvo raras excepções — as megacidades que, antigamente, eram sinónimo de esplendor e riqueza, hoje começam a ser sinónimo de degradação ambiental e exclusão social.

A destruição da camada do ozono e o efeito de estufa são bem o exemplo do jogo de dominó ambiental que podemos estar a engendrar: é previsível que haja uma subida generalizada do nível das águas dos mares com efeitos devastadores (há países que estarão a elaborar estudos de como fazer face a isso, como os Estados Unidos e a Holanda; há países que sofrerão efeitos catastróficos como o Egipto, Bangladesh e Moçambique), é previsível que a alteração climática produza modificações estruturais na própria produção de alimentos essenciais a países de intensa densidade demográfica (como o arroz nos países orientais).

É no conjunto das preocupações deste género que se enquadram as leis de defesa ambiental e que várias Constituições (nomeadamente a portuguesa) inserem disposições que visam a defesa e a preservação do ambiente, da saúde e da qualidade de vida dos seres humanos.

Neste particular, podemos distinguir dois tipos de situações diferentes: num deles, as leis de defesa ambiental definem regras sobre a matéria, desligadas dos seus reflexos directos e imediatos para com os cidadãos (o cidadão individual beneficia indirectamente delas); o outro, essas leis prevêm violações de direitos subjectivos do cidadão como consequência directa das agressões ambientais.

5. É no contexto desta preocupação ambiental que os transportes urbanos têm que ser analisados. Estamos, aqui, no âmbito daquelas normas que não protegem direitos subjectivos “directos”, mas que estabelecem prescrições de onde emana a protecção indirecta daqueles.

A poluição rodoviária nas grandes cidades é, hoje, um dos maiores problemas ambientais. Daí que em diversas cidades europeias se estabeleçam restrições à circulação automóvel, nomeadamente em várias das suas zonas, ou haja a preocupação de evitar a entrada dos transportes colectivos privados no perímetro da cidade, terminando aqueles a sua circulação na periferia das urbes, ou haja a substituição de meios de transporte colectivos poluentes por não poluentes (ao contrário do que sucede em Portugal que terminou com uma tradição que vinha do século passado, vários países europeus mantêm os terminais dos transportes ferroviários — agora não poluentes — em pleno centro da cidade; e resolvem de forma exemplar a interligação entre o caminho de ferro e o avião, como sucede, entre outros, em Francforte — sobre o Reno — que dispõe do maior aeroporto europeu). É perante este conjunto complexo de questões urbanísticas cruzadas com a defesa ambiental que modernamente se impõe cada vez mais, que nos surge, com surpresa, a transferência do terminal rodoviário de carreiras “expresso” para o Arco do Cego; surpresa tanto maior se for verdade (coisa que para a presente decisão não tem senão um relevo de pormenor) que o Plano Director de Lisboa prevê a instalação daqueles terminais rodoviários em zonas afastadas do centro citadino e de áreas residenciais (como, aliás, a lógica impunha). Em boa verdade, no caso presente não há qualquer conflito de interesses entre os residentes da Av. Casal Ribeiro e os do Arco do Cego.

Se não faz qualquer sentido que se mantenha um terminal rodoviário na Av. Casal Ribeiro, com centenas de largadas de camionetas, com um frenesim constante de chegadas e partidas, com o encharcamento contínuo do trânsito citadino bloqueado por força da circulação de camionetas, provocando um ónus permanente sobre os residentes da área, também não faz qualquer sentido que o mesmo terminal seja transferido para o Arco do Cego ou para qualquer outra área residencial de Lisboa; ademais com a agravante — quanto ao Arco do Cego — de o peso de carreiras “expresso” rodoviárias ser profundamente aumentado já que, como vem provado, esse terminal tem uma capacidade de acomodação muito maior que o da Av. Casal Ribeiro.

A colisão de direitos a que alude o artigo 335.º do Código Civil faz sentido quando há, efectivamente, direitos em colisão. No caso, os interesses difusos dos moradores da Casal Ribeiro não colidem com os do Arco do Cego ou com os dos moradores de qualquer outra zona habitacional de Lisboa; no caso, os residentes da Casal Ribeiro têm direito a que não sejam agredidos ambientalmente e na sua qualidade de vida como quaisquer moradores das várias zonas ou bairros lisboetas.

Defender a existência de uma colisão de direitos neste pleito, implica demonstrar o indemonstrável: implica comparar a situação ambiental e de qualidade de vida dos moradores de todas as áreas residenciais de Lisboa para se concluir, afinal, que os que merecem menos tutela são os do Arco do Cego. É que, continuando nessa linha de raciocínio, bem se pode concluir que os da Graça merecem menos tutela que os do Arco do Cego (devendo, por isso, o terminal ir para lá), que os de Belém menos tutela que os da Graça (devendo o terminal ir para lá) e assim sucessivamente.

O cerne desta providência cautelar consiste tão-só em saber se há ou não violação dos interesses difusos dos agravantes com o terminal de camionagem: se há, a providência será deferida e os requeridos terão que encontrar outro local para o terminal; se não há, a providência será indeferida porque não tem razão de ser.

6. A prova indiciária trazida aos autos é inequívoca.

O terminal rodoviário instalado no Arco do cego vai ter efeitos devastadores em toda a área circundante: há um aumento de circulação com o correspondente aumento de poluição sonora e atmosférica; esta dupla poluição pode afectar a qualidade de vida, e a saúde dos moradores; no terminal da Av. Casal Ribeiro há uma média diária de 150 autocarros diários (número que sobe no Verão e aos fins-de-semana); o terminal do Arco do Cego alberga o estacionamento de 50 viaturas, ou seja, o triplo da capacidade do terminal de Casal Ribeiro.

O que este leque de factos nos dá é a dimensão da violação de direitos básicos de personalidade e cidadania que os moradores do Arco do Cego vão sentir na pele. Qualidade de vida, saúde, direito ao repouso, qualidade ambiental, tudo isto será atingido; e nessa medida a defesa que os agravantes pediram judicialmente, ao abrigo do artigo 1.º da Lei n.º 83/95, tem toda a razão de ser.

Justifica-se, por conseguinte, o deferimento da providência requerida (artigos 64.º e 66.º da Constituição da República Portuguesa).

7. Todo o raciocínio anterior é aplicável, *mutatis mutandis*, quer à situação dos utentes do terminal quer à situação dos trabalhadores das empresas rodoviárias. A melhoria da prestação de serviços aos utentes não se pode fazer à custa do sacrifício dos interesses difusos de quem reside na zona do terminal; e a melhoria das condições de trabalho de quem é assalariado das empresas de camionagem não é algo que colida ou se sobreponha aos direitos dos moradores da zona. Quer uma, quer outra coisa passam à margem das questões ambientais que estão na base da presente providência.

No mesmo cumprimento de onda, temos a própria situação das empresas de camionagem.

Neste particular — e sem ser necessário longos considerandos — há que salientar a inteira razão dos agravantes nas suas alegações: o interesse das empresas é nuclearmente económico mesmo quando pretendem melhorar os seus serviços, e, nessa medida, não pode prevalecer sobre os direitos ambientais dos recorrentes nos termos exactos do artigo 335.º, n.º 2, do Código Civil.

Para finalizar, há que referir um derradeiro pormenor: a Carris é alheia ao presente conflito que se reporta tão-só às empresas concessionárias de carreiras “expresso” (como emerge, aliás, dos autos) e, por isso, a providência peticionada não a pode atingir.

Comentário

A leitura do acórdão que vamos comentar revelou-se muito interessante, não apenas pela decisão de fundo que contém, mas sobretudo pela articulação que pressupõe e suscita entre a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, consagradora do “Direito de Participação Procedimental e Acção Popular”, o contencioso cível e as medidas ou providências cautelares. O interesse do acórdão é potenciado pela circunstância de constar do mesmo um voto de vencido, revelador de uma análise profundamente diferente dos contornos do caso *sub judice* entre os magistrados que votaram o acórdão e o que deles divergiu, tendo como consequência lavrado e justificado o respectivo voto de vencido.

Uma questão que não foi tratada de forma expressa nem pela decisão que obteve vencimento nem pelo voto de vencido mas que, em nossa opinião, tem interesse neste caso é a do *objecto da acção popular*, relacionando-a com o tema das *providências cautelares* e a sua utilização no âmbito da tutela de bens e valores ambientais. Assim, o nosso comentário debruçar-se-á sobre a utilização e concessão de *providências cautelares não especificadas* — reguladas nos artigos 381.º e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), cuja tramitação é hoje configurada como o procedimento cautelar comum do processo civil — no âmbito de uma *acção popular civil* proposta ao abrigo da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

1. Começemos pelo *objecto da acção popular civil*, isto é, pelo âmbito de aplicação da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, no que se refere à *acção popular civil* prevista no n.º 2 do seu artigo 12.º

1.1. Antes de avançar, impõe-se uma precisão: a referência, por parte da Lei n.º 83/95, à “acção popular administrativa” (n.º 1 do artigo 12.º) e à “acção popular civil” (n.º 2 do mesmo preceito) não pretende aludir a qualquer meio ou *forma de processo* específico, mas à previsão de um *direito de acção judicial* que nada tem a ver com o conceito técnico de acção. Como tal, seria tecnicamente incorrecto qualificar quem propõe uma acção ou recurso jurisdicional ao abrigo da acção popular como “autor popular”, devendo antes ser tratado como *agente da acção popular* ou *actor popular*, exercendo um “direito de acção judicial conferido a um membro do ‘povo’, a um cidadão, enquanto tal”¹.

No que respeita, em termos específicos, à Lei n.º 83/95, ela prevê uma *tramitação própria*, com algumas *especificidades* relativamente ao decurso dos processos comuns e que têm a ver, entre outros aspectos, com a maior intervenção do julgador (o qual, nos termos do artigo 13.º, deve indeferir a petição quando entender que é manifestamente improvável a procedência do pedido e que, em face do artigo 17.º, goza de iniciativa própria em sede de recolha de provas), com o regime especial de representação processual (artigos 14.º e ss.), com um papel mais activo do Ministério Público (artigo 16.º) e ainda com o regime específico de eficácia subjectiva do caso julgado (artigo 19.º). No entanto, essas regras específicas de tramitação não convertem a acção popular num *meio processual próprio*: o que está em causa é apenas um *direito de acção judicial* e não um meio ou forma de processo. Aliás, a própria lei é a esse propósito clara, ao estipular que “A acção popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”².

1.2. Como avançamos no início deste comentário, estamos aqui no âmbito do contencioso cível, pois são *relações jurídico-privadas* entre os autores e os réus da acção que estão em causa. Como se assinala no acórdão, a transferência da estação/terminal de camionagem apoia-se num acto de licenciamento camarário só impugnável perante os tribunais administrativos, cuja validade não é, como tal, discutida no caso *sub judice*.

A previsão, na Lei n.º 83/95, da acção popular civil não deixa dúvidas sobre a legitimidade dessa sua utilização. Deve até dizer-se que o expediente criado por esta lei tem sido objecto de uma utilização muito mais significativa no âmbito civil do que no contencioso administrativo, o que não deixa de ser surpreendente, face à raiz e tradição jus-publicísticas

do instituto da acção popular³ e ao facto de, pelo menos em nossa opinião, a Lei n.º 83/95 ter sido pensada, no que respeita à sua vertente processual, antes de mais para o contencioso administrativo. As raízes para a existência da acção popular civil devem ser procuradas na própria Constituição a qual prevê, desde a revisão constitucional de 1989, a possibilidade de utilizar o expediente nas relações entre sujeitos privados. Na norma actualmente contida na al. a) do n.º 3 do seu artigo 52.º confere-se a todos o direito de acção popular para promover a prevenção, cessação ou perseguição judicial das infracções contra alguns direitos e interesses — entre os quais o ambiente —, não a circunscrevendo ao contencioso administrativo. Pelo contrário, a norma “aponta claramente para uma garantia de *acção popular perante qualquer tribunal*”, sendo entre outras possível “uma acção popular cautelar de natureza civil”⁴. Assim, não podem restar dúvidas sobre a legitimidade da utilização da acção popular por quaisquer cidadãos, individualmente ou em grupo, não só contra a Administração, mas também contra quaisquer entidades públicas e *contra acções ou omissões de outros particulares*. É esta configuração da acção popular como instrumento processual de particulares contra acções ou omissões de outros particulares que justifica a alusão a um processo de horizontalização da acção popular⁵.

1.3. Tanto no âmbito do contencioso administrativo como no contencioso civil, não há dúvidas sobre a utilidade do recurso à acção popular — a qual permite a atribuição de legitimidade processual activa a qualquer elemento do *populus*, independentemente de ter ou não um interesse directo e pessoal na questão objecto do litígio — nos casos de direitos ou interesses “espalhados”, pelo menos no sentido de serem titulados por diversas pessoas.

No entanto, deve ser-se mais preciso na determinação do âmbito em que é legítimo o recurso à acção popular. Nomeadamente em face de uma figura jurídica muito desenvolvida no direito brasileiro e que vai merecendo já alguma aceitação entre nós: a dos *interesses ou direitos individuais homogêneos*⁶. De forma muito sintética, diremos que a grande diferença entre esta categoria e a dos *interesses difusos* em sentido estrito é a de que, nos direitos individuais homogêneos estamos perante verdadeiros direitos subjectivos, no seu sentido tradicional, apenas com a particularidade de serem vários os seus titulares e de eles poderem agrupar-se em virtude da *origem comum* de tais posições jurídicas ou do facto de a relação jurídica base que se estabelece entre os seus titulares e o “devedor” ser a mesma ou, pelo menos, ter um grande paralelismo. Como tal, só por razões pragmáticas é que tais posições aparecem interligadas, sendo a sua supra-individualidade, neste sentido, artificial⁷. Pelo que se refere aos interesses difusos eles são, como é sabido, interesses “sem dono” (adespoti, na terminologia italiana, que não é ocioso mencionar, porque o nascimento e desenvolvimento da categoria foi, em grande parte, produto da jurisprudência e doutrina italianas), aparecendo como “a refracção, em cada indivíduo, de *interesses unitários da comunidade*, global e complexivamente considerada”⁸.

Em nosso entender, apesar de não haver uma impossibilidade de utilizar a acção popular para a defesa de direitos individuais homogêneos, é para a tutela de interesses difusos que o instituto faz todo o sentido e que, poderemos mesmo dizer, ele está pensado. E isto porque os seus titulares não podem, em princípio, fundar a sua legitimidade num interesse *pessoal*, que não têm. Daí uma quase unanimidade, na doutrina portuguesa, sobre a circunstância de a acção popular estar pensada para a tutela de interesses difusos, ou seja, de o *objecto da acção popular ser a tutela de interesses difusos*⁹.

1.4. Por esta razão, bem andou o acórdão em apreço ao reconhecer que os autores da acção visavam a tutela de interesses difusos ligados ao ambiente e à qualidade de vida. Se bem que tal conclusão, da nossa parte, possa parecer precipitada — em virtude da exiguidade da matéria de facto a que tivemos acesso, apenas a que resultou da leitura do acórdão — dizêmo-lo não só com base em tais elementos (o grande número de queixosos, a natureza aparentemente difusa ou fluída da ofensa aos seus interesses, a circunstância

de eles aparecerem como membros de uma comunidade e de ser nessa qualidade que reclamam a tutela dos seus interesses), mas também em virtude do recurso ao expediente da acção popular, concretamente à Lei n.º 83/95.

Nesta linha, só podem merecer o nosso aplauso as afirmações dos doutos magistrados que votaram o acórdão no momento em que dizem: “(...) os particulares requerentes, agindo como uma espécie de ‘ministério público especial’, jamais poderiam aspirar a uma tutela egoística e exclusiva das suas situações jurídicas individuais, uma vez que os interesses a tutelar se perfilam como pertença genérica da comunidade cidadina em que se inserem”.

2. O grande objectivo do nosso comentário passa pela chamada de atenção para a articulação entre uma *acção popular proposta para a tutela de interesses difusos e a possibilidade de ordenar providências cautelares não especificadas* para a protecção de tais interesses. A este nível, debruçar-nos-emos, sucessivamente, sobre a justeza de tal relação, em abstracto (2.1.), justeza reforçada pelo facto de a Lei n.º 83/95 não contemplar quaisquer procedimentos cautelares especiais e pela importância do princípio da prevenção no direito do ambiente (2.2.), para terminar com a explicação da importância do princípio da proporcionalidade na decisão de decretar ou não a providência, quer enquanto princípio jurídico-constitucional da maior importância, quer em face da sua valência específica ao nível das providências cautelares (2.3.).

2.1. Como reconhecem tanto os magistrados que votaram o acórdão como o que foi vencido, estamos no caso *sub judice* perante *interesses difusos* que não devem ser confundidos com posições jurídicas substancial ou *substantivamente tuteladas* como são os direitos subjectivos. Os autores da acção não estão a exercer posições jurídicas *qualificadamente* protegidas por normas jurídicas *directamente destinadas* à tutela dessa posições, nem tão pouco se encontram numa situação *diferenciada* relativamente aos demais interessados. Pelo contrário, eles são titulares de *interesses difusos*, posições tuteladas *procedimental e processualmente* — permitindo aos seus titulares, designadamente por intermédio da acção popular, fazer desencadear os meios de tutela administrativa e jurisdicional para a sua defesa — mas que são *vazias de conteúdo*, não sendo substancialmente protegidas pela norma jurídica.

De acordo com a sentença, “não vem (...) suficientemente demonstrada a especial qualificação dos interesses dos requerentes (...) merecedora de uma tutela especial diferenciada da dos restantes munícipes”, o que confirma a catalogação dos interesses carecidos de protecção como interesses difusos.

Uma vez que, de acordo com a letra da lei, a providência cautelar em questão é destinada à *tutela de direitos subjectivos* (o n.º 1 do artigo 381.º fala em receio de lesão “ao seu direito” e no requerimento da providência adequada a assegurar a efectividade do “direito ameaçado”) poderia suscitar-se a questão de saber se a sua utilização para proteger interesses difusos não seria de negar, sem mais. No entanto, em consonância com a Lei n.º 83/95, estabelece-se no próprio CPC, desde a revisão de 1995-96, que “Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e *procedimentos cautelares* destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, *do ambiente*, da qualidade de vida (...) *qualquer cidadão* no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa (...)” (artigo 26.º-A; *itálicos nossos*).

Daí que não se possa fazer uma interpretação estrita da norma contida no n.º 1 do artigo 381.º do CPC: a alusão desta norma a *direitos* não pode levar ao seu afastamento quando os requerentes visarem evitar uma lesão grave e dificilmente reparável a interesses difusos protegidos por lei, como o ambiente. Apesar de as situações mais frequentes — e para as quais, provavelmente, o preceito foi pensado — serem relativas ao risco de lesão de *direitos subjectivos*, o âmbito da protecção concedida por estas providências cautelares não se deve circunscrever a esses direitos. Para além da previsão de tal possibilidade no artigo 26.º-A

do mesmo diploma, devemos acompanhar *Abrantes Gerald*es quando conclui: “(...) desde que estejam suficientemente apurados os requisitos das providências cautelares comuns também os referidos interesses difusos ou os interesses colectivos poderão beneficiar desta forma de defesa provisória, sendo, aliás, instrumentos dotados de elevada eficácia para efeitos de impedir a concretização dos danos ambientais (...)”¹⁰.

No contencioso civilístico, e num momento histórico em que a importância de bens jurídicos como o ambiente é tão significativa, tanto em termos jurídico-constitucionais e legais, como para os anseios, interesses e direitos dos cidadãos — sendo certo que a tutela cautelar assume aqui um papel decisivo — não se podem levantar obstáculos decorrentes de uma leitura estrita da lei ao requerimento das providências cautelares em cada caso adequadas a prevenir atentados ao ambiente, um dos interesses protegidos pela Lei n.º 83/95. No caso do ambiente é particularmente verdade que “a função instrumental das providências cautelares não especificadas tanto se ajusta à tutela de direitos subjectivos como se adapta à dos interesses difusos, interesses colectivos ou à de outros interesses juridicamente protegidos”¹¹.

2.2. O *princípio da prevenção* é, sem dúvida, um dos mais destacados princípios do direito do ambiente, razão pela qual a tutela preventiva (seja ela conservatória ou antecipatória) tem, neste domínio, um interesse particular¹². Daí que seja de lamentar o facto de a Lei n.º 83/95 não consagrar quaisquer providências cautelares especificamente destinadas à tutela dos interesses por ela protegidos, nomeadamente do ambiente¹³ — para além das possibilidades alargadas do juiz conferir efeito suspensivo ao recurso contencioso de anulação (artigo 18.º).

Esta lacuna da lei apresenta-se como uma razão mais para justificar o recurso às providências cautelares não especificadas do processo civil. Se esse recurso é defendido no âmbito do próprio contencioso administrativo mais razões existem para a sua convocação no âmbito da tutela jurídico-civil. Com o argumento suplementar de o n.º 2 do artigo 12.º estabelecer que “A acção popular civil pode revestir *qualquer das formas* previstas no Código de Processo Civil” (itálico nosso).

Num direito que deve ser baseado, antes de mais, em ideias de prevenção, a tutela judicial exige, na grande maioria dos casos, o recurso a providências céleres e eficazes na tutela de bens susceptíveis de ofensas irreversíveis, providências essas cuja configuração poderá variar muito de caso para caso. Daí o préstimo indiscutível e indispensável das providências cautelares não especificadas na protecção do ambiente.

2.3. A grande questão discutida no acórdão teve a ver com a ponderação e tentativa de harmonização feitas entre os interesses conflituantes: de um lado o direito ao ambiente e à qualidade de vida, do outro os interesses ao livre desenvolvimento de uma actividade económica privada, ambos tutelados pela Constituição.

As dificuldades nessa ponderação são claras, desde logo pelo facto de não ter havido consenso entre os magistrados. Na decisão que obteve vencimento, considerou-se que os “custos sociais” de tais providências seriam exorbitantes, que “só em casos limite de grave e intolerável degradação do ambiente e da qualidade de vida, devidamente comprovados” seria de admitir a exercitação das providências em causa — o que nos parece de um excessivo rigor no sentido de defender um bem jurídico, o ambiente, que reclama de forma muito vinculada medidas conservatórias e antecipatórias, em nome da prevenção — e que não existia um “risco anormal de vizinhança”. Em suma, considerou-se que o “prejuízo para os requeridos resultantes do decretamento da providência exced(i)a consideravelmente o dano que com ela se pretende(ia) evitar”. O magistrado vencido, por sua vez, declarou que deferiria integralmente a providência requerida, por considerar que há efectivamente uma violação dos interesses difusos ao ambiente dos moradores da zona em questão e por uma violação ambiental implicar uma “violação de direitos básicos de personalidade e cidadania”, não podendo o interesse nuclearmente económico das empresas agravadas prevalecer sobre “os direitos ambientais dos recorrentes”.

Mais do que procurar dizer a quem, em nossa opinião, assiste razão, interessa-nos pôr em evidência o inegável mérito do acórdão ao destacar o papel do *princípio da proporcionalidade*, nas suas diversas dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), na resolução do litígio. Sendo a protecção do ambiente um objectivo constitucional e o direito ao ambiente um direito fundamental com assento na Constituição, a sua tutela tem quase sempre de ser conciliada com outros valores e direitos constitucionalmente acolhidos, nomeadamente os ligados ao desenvolvimento económico, como acontece no caso presente. Essa conciliação dependerá das especificidades de cada situação concreta, no seio da qual o critério base que deve presidir à resolução dos conflitos deve ser fornecido pelo *princípio da proporcionalidade*, desde logo enquanto princípio jurídico-constitucional ¹⁴.

No entanto, o princípio da proporcionalidade não deve ser aqui visto apenas enquanto princípio geral de direito acolhido na Constituição mas também na sua valência específica no que a estas providências cautelares respeita. A ideia da proporcionalidade é logo sugerida pelo n.º 1 do artigo 381.º do CPC, quando fala na providência “concretamente adequada”; mas é sobretudo o artigo 387.º (“Deferimento e substituição da providência”) que obriga à intervenção deste princípio na decisão de decretar (ou não) a providência requerida: para além da necessidade de probabilidade séria da existência do direito e de um receio suficientemente fundado da sua lesão (n.º 1), acrescenta-se que a providência pode ser recusada pelo tribunal “quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” (n.º 2).

Consagra-se nesta norma, de forma expressa, o recurso ao princípio da proporcionalidade no juízo sobre a providência cautelar, sendo este um dos domínios “que mais reclama a interferência dos factores da ponderação, do bom senso, do equilíbrio, enfim, da justa medida que permita estabelecer a melhor composição dos interesses conflituantes, sem graves riscos de prejuízos para o requerido, mas também sem excessivos receios de proferir uma decisão total ou parcialmente favorável ao requerente” ¹⁵. E foi isso que aconteceu no caso *sub judice*: os 2 magistrados que votaram o acórdão chegaram à conclusão de que o prejuízo, para os requeridos, da outorga da providência excederia consideravelmente o dano que os requerentes pretendiam evitar, razão que os levou, com legitimidade formal indiscutível, a negar o seu decretamento.

3. Em conclusão, devemos acentuar o grande interesse deste acórdão, ao articular a *tutela de interesses difusos* por intermédio da *acção popular civil*, prevista na Lei n.º 83/95, com o recurso às *providências cautelares não especificadas* do processo civil, usando o critério geral da *proporcionalidade* para fazer a ponderação entre os interesses conflituantes em jogo. As dificuldades do resultado de tal ponderação são muitas, o que é bem reflectido pelo facto de não ter havido consenso entre os magistrados que tiraram o acórdão.

Em todo o caso, por não estarem em jogo verdadeiros *direitos subjectivos* mas simples interesses difusos, somos tentados a manifestar a nossa concordância com a decisão maioritária: não que seja de negar (pelo contrário!) o recurso a estas providências para a tutela de tais posições, mas apenas porque a prova apresentada deverá, em tais casos, ser mais concludente. Quando assim não for — como parece não ter sido, no caso em apreço — é natural que a balança da ponderação pese mais para o lado do(s) direito(s) ao desenvolvimento económico. A outorga da providência cautelar pode acarretar graves prejuízos para os direitos do requerido, prejuízos esses que foram valorizados pelo tribunal, que maioritariamente os considerou superiores aos danos que se pretendiam evitar.

José Eduardo Figueiredo Dias

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Cfr. *Robin de Andrade, A Acção Popular no Direito Administrativo Português*, Coimbra Editora, 1967, p. 2 e nota 1.

² Para uma análise do regime da acção popular civil no direito português — se bem que mais orientada para a sua comparação com os regimes das “class actions” norte-americanas e da “acção civil pública brasileira” do que para as especificidades da tramitação respectiva —, cfr. *António Payan Martins, Class Actions em Portugal*, Edições Cosmos, Lisboa, 1999, pp. 101-128.

³ Sobre essas raízes e tradição cfr., por todos, Robin de Andrade, que destaca o significado *político-social e comunitário* do direito de acção popular, tanto na sua vertente correctiva como na supletiva (*ob. cit.*, pp. 140-147).

⁴ Cfr. *Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed. revista, Coimbra Editora, 1993, anot. VIII ao art. 52.^o (p. 281).

⁵ Cfr. *Paulo Otero, “A Acção Popular: configuração e valor no actual Direito português”, Revista da Ordem dos Advogados*, ano 99, III, Novembro 1999, pp. 871-893 (p. 885).

⁶ Sobre ela cfr., entre nós, José Eduardo Dias, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, colec. Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1997, especialmente pp. 250-254; no direito brasileiro cfr., entre outros, *Ada Pelligrini Grinover*, “O processo coletivo do consumidor”, in: *Textos – Ambiente e Consumo*, Centro de Estudos Judiciários, I volume, 1996, pp. 221-230 (pp. 224 e ss.) e *Morato Leite*, “Interesses meta-individuais: conceitos-fundamentações e possibilidade de tutela”, in: *Cidadania Coletiva*, Paralelo 27, Florianópolis, 1996, pp. 27-43 (pp. 35 e ss.). Também ao nível da legislação e jurisprudência nacionais a categoria mereceu já acolhimento: na legislação, ela está consagrada na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (defesa dos consumidores), concretamente na al. f) do seu artigo 3.^o (direito do consumidor à prevenção e reparação de danos patrimoniais resultantes da ofensa de direitos individuais homogêneos), na al. c) do artigo 13.^o (legitimidade activa do Ministério Público e do Instituto do Consumidor quando estejam em causa este tipo de interesses) e ainda no artigo 20.^o (intervenção do Ministério Público); também no Decreto-Lei n.º 489/99, de 13 de Novembro (Código dos Valores Mobiliários), concretamente nos seus artigos 31.^o, n.º 1 e 34.^o, n.º 2. Quanto à jurisprudência, podem ser encontradas diversas referências à categoria em arestos recentes do nosso Supremo Tribunal de Justiça: por todos, cfr. o seu acórdão de 23.09.97 (processo 97B503).

⁷ Alguns Autores aludem, nesta sede, ao facto de os direitos individuais homogêneos serem colectivos apenas “acidentalmente”, pois o que está em causa é a necessidade de dar um tratamento colectivo à reparação de danos pessoalmente sofridos: cfr. *José Carlos Barbosa Moreira, “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro”, in: Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, São Paulo, 1984, pp. 195 e ss. (*apud António Payan Martins, ob. cit.*, p. 25).

⁸ *Gomes Canotilho/Vital Moreira, ob. cit.*, p. 282; itálico nosso.

⁹ Cfr., entre outros, *Rui Chancerelle de Machete*, “Algumas notas sobre os interesses difusos, o procedimento e o processo”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 651-662 (pp. 656 e 660); id., “Acção procedimental e acção popular – Alguns dos problemas suscitados pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto”, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada*, Porto, 1996, pp. 263-270 (p. 266); *Teixeira de Sousa*, “A Protecção Jurisdicional dos Interesses Difusos: Alguns Aspectos Processuais”, in: *Textos – Ambiente e Consumo*, cit., p. 231-245 (pp. 235, 237 e 242); *Paulo Otero, ob. cit.*, pp. 872 e 881; e, por último, *José Eduardo Dias*, “Os Efeitos da Sentença na Lei de Acção Popular”, *Revista do CEDOUA*, n.º 3 (Ano II, 1.1999), pp. 47-64 (p. 49).

¹⁰ Cfr. *Abrantes Geraldês, Temas da Reforma do Processo Civil*, III volume, 2.^a ed., 2000, Almedina, Coimbra, p. 80. O Autor chega a esta conclusão, após ter já manifestado a sua opinião (*ob. cit.*, p. 78 e seg.) de acordo com a qual “o facto de o art. 381.^o, n.º 1, se reportar apenas, expressis verbis, a ‘direitos’, não significa que devam ficar afastados do âmbito de aplicação das medidas cautelares não especificadas, outros interesses juridicamente relevantes. (...) Seria, de facto, de estranhar que desses interesses pudesse ficar arredada a tutela consentida pelas providências cautelares, numa altura em que tanto se fala na protecção eficaz (que se pressupõe célere) do ambiente ou dos recursos naturais (...)”.

¹¹ Cfr. *Abrantes Geraldês, ob. cit.*, p. 81.

¹² Sobre o princípio da prevenção como princípio específico do direito do ambiente cfr., por todos, *Cláudia Cruz Santos/José Eduardo Dias/Maria Alexandra Aragão, Introdução ao Direito do Ambiente*, coord. de José Joaquim Gomes Canotilho, Univ. Aberta, 1998, pp. 44-46.



¹³ Já tivemos ocasião de lamentar tal lacuna da Lei n.º 83/95 (cfr. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, cit., p. 312), defendendo como uma das formas de a superar ou integrar o recurso às providências cautelares não especificadas do processo civil (pp. 313 e ss.).

¹⁴ Cfr. *Carla Amado Gomes (A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente — Em Especial, os Actos Autorizativos Ambientais*, Coimbra Editora, 2000), tanto sobre a necessidade de conciliar a protecção do ambiente com outros valores e direitos constitucionalmente acolhidos (pp. 44 e ss.) — devendo, em todo o caso, o desenvolvimento económico “fazer-se com a salvaguarda dos valores ambientais, não contra eles” — como sobre o papel do princípio da proporcionalidade na resolução dos conflitos ambientais (pp. 48 e ss.).

¹⁵ Cfr. *Abrantes Geraldès, ob. cit.*, p. 219.

RevCEDÖUA

Dossier

Áreas Urbanas de Génese Ilegal, Sentido para o Caos?



1 — Da “construção clandestina” ao conceito A.U.G.I.

A transição de uma realidade rural no Território para uma outra realidade urbana desenhou-se no nosso País a partir de meados da década de sessenta. Com particular relevo nas zonas metropolitanas de Lisboa e Porto.

As grandes obras em curso na capital, o baixo rendimento da agricultura, determinaram a migração de muitos portugueses, paralelamente à emigração para os países europeus, para os locais onde podiam tentar melhorar a sua situação de vida.

A coroa envolvente a Lisboa e Porto, com terrenos tradicionalmente vocacionados para a agricultura, passaram rapidamente a ser aproveitados pelos seus proprietários para venda em “parcelas”, sem “infra-estruturas” e sem licenciamento. Consumava-se, assim, a mais-valia dos proprietários que, de terrenos sem valor comercial o passavam retalhado a quem perseguia o “sonho” de construir a sua casa.

Comprado o terreno, iniciava-se a odisseia da construção. Não podendo recorrer ao crédito bancário nem aos fundos da Previdência Social, criados pela Lei n.º 2092, de 9 de Abril de 1958, recorria-se aos parentes e amigos, para obter os fundos necessários.

Não sendo possível obter licença camarária havia que construir rapidamente, geralmente ao fim-de-semana e de noite sob pena de a fiscalização proceder à demolição. Esta só não se concretizava se a casa estivesse habitada.

Até fins de 73, nada obsteu à continuação do parcelamento indiscriminado, o que levou à venda de extensas áreas, como se de lotes de terreno para construção se tratasse. *Nas escrituras de compra e venda e no registo predial, constava a venda de lote de terreno para construção, apenas faltava o essencial: a autorização municipal.*

Nesta Região, mesmo sem valores rigorosos estimados, encontra-se avaliada em quantia superior a 200.000.000 de euros¹



Com a publicação do D.L. 289/73, de 6 de Junho, foi regulado o processo urbanístico dos loteamentos, marcando a fronteira entre duas estratégias distintas dos especuladores imobiliários, i.e., face ao impedimento legal dos negócios jurídicos que implicassem o fraccionamento dos prédios rústicos² e que por força de lei estivessem sujeitos a loteamento, pudessem ser celebrados sem que antes fosse obtido o respectivo alvará, reagiram os actores deste mercado através de procedimentos de maior ou menor aparente legalidade nas transacções de terrenos não aprovados, a saber:

- Celebração de contratos de promessa de compra e venda dos “futuros” lotes que se declara estar previsto aprovar ou cuja aprovação se vai requerer;
- Desanexação ao cadastro e registo predial de pequenas “quintinhas” de 5000 m², sob pretexto da existência de um poço ou seu simulacro, permitindo assim a venda em “metros”, mas em células de maior dimensão;
- Finalmente a venda em “avos”, ou em compropriedade, que consistia basicamente na transmissão a favor de cada um dos interessados adquirentes de uma quota indivisa de um prédio rústico, normalmente de cultura de sequeiro e previamente fraccionado até à sua unidade mínima, ou seja, 7,5 hectares.

Destes pressupostos caracterizaram-se as realidades geográficas distintas da margem Norte e Sul do Tejo, a primeira de Vila Franca a Cascais, com Odivelas e Loures, com situações de 1.^a habitação, envolvendo algumas situações sociais que não poderão ser integralmente resolvidas apenas pela abordagem jurídica e urbanística. A segunda, da margem Sul com algumas características da anterior, mas também com muitos casos de 2.^a habitação.

Em ocasião histórica em que os municípios procuravam dar os primeiros passos na integração do planeamento municipal, o espaço urbano não crescia para onde os planos previam e crescia exactamente para os espaços em que os planos ao tempo considerados determinavam que não crescesse.

Nó entanto, desde a década de 30, concretamente desde a publicação do D.L. 24 802, de 21/12/1934, que as Câmaras Municipais do continente e ilhas adjacentes eram obrigadas a promover o levantamento de plantas topográficas e a promover a elaboração de Planos Gerais de Urbanização das sedes dos respectivos Municípios, bem como dos aglomerados com mais de 2500 habitantes...³, situação que é bem de ver foi sistematicamente reduzida a Planos Gerais de apenas algumas sedes de concelho e na maior parte das vezes não cumprida ou sequer sistematizada por uma disciplina de prática de gestão urbana.

Em síntese, a reconversão de grande parte dos loteamentos ilegais da Grande Lisboa era um desejo dos próprios interessados, abertos até a pagar “o preço” da reconversão, mas esbarrava em muitos casos com a natureza dos solos afectados, cuja particular apetência agrícola ou cujas características específicas desaconselhavam a sua urbanização.

2 — A construção ilegal



Foi no entanto a construção ilegal, mais do que o parcelamento do solo em violação ao regime dos Loteamentos Urbanos, que começou por determinar a primeira intervenção legislativa do Estado na tentativa de erradicação do fenómeno.

O D.L. 804/76, de 6 de Novembro, posteriormente alterado pelo D.L. 90/77, de 9 de Março, para as ditas “áreas de construção clandestina”.

“Consideram-se áreas de construção clandestina, aquelas em que se verifique acentuada percentagem de construções efectuadas sem licença legalmente exigida, incluindo as realizadas em terrenos loteados sem a competente licença”

Estas áreas podiam ser objecto, isoladamente ou em conjunto, de medidas de legalização, manutenção temporária e demolição imediata ou próxima⁴. Para além da portaria posteriormente publicada, das condições mínimas de habitabilidade a aceitar nas edificações ilegais⁵, sendo que, a aplicação de medidas previstas para a reconversão dos bairros ilegais obedecia a critérios subjectivistas da Administração, independentemente dos planos urbanísticos definidos para o local.



De outro modo, a reconversão constituía essencialmente um problema político, com muito pouco de técnico, e isto tanto sob o ponto de vista urbanístico, como jurídico, porquanto a existência ou não de planos de ordenamento não representava obstáculo à reconversão, mas sim a viabilidade de legalização da área de construção clandestina por si apenas tomada em consideração e desligada do seu contexto envolvente.

O D.L. 804/76 cominava que, após e só após elaborado o referido projecto de reconversão, devia a Administração procurar a concordância dos proprietários e possuidores dos terrenos e construções, quanto ao reordenamento dos lotes e pagamento das participações. Esta proposta municipal era susceptível de posteriores modificações, propostas por estes e aceites pela autarquia, o que, salvaguardando embora em teoria as expectativas mínimas dos interessados, revelava-se de execução tão difícil, como é agora alterar profundamente um plano municipal em sede de inquérito público.

Obtido o acordo de “parte significativa” dos interessados, de modo a viabilizar o projecto, dever-se-ia constituir uma Associação da Administração com os proprietários, de acordo com o disposto nos arts. 22.^o e seguintes do D.L. 794/76, de 5 de Novembro⁶. Com este procedimento que não referenciava a totalidade dos interessados, partia-se para um final de partilha dos lotes ou da sua cedência a terceiros nos termos da Lei⁷, mas



ficava um óbice, e o seu registo predial? Sabendo nós o peso da oponibilidade do Registo Predial a terceiros e da técnica rigorosa dos Senhores Conservadores, fácil é imaginar a nula eficácia de tal norma...

Se o acordo de “parte significativa” dos interessados não fosse viável, a administração podia optar pela manutenção temporária, pela expropriação total ou parcial e pela demolição total ou parcial das construções.

Nas áreas de construção clandestina constituindo novos aglomerados urbanos ou expansão de outros⁸, os terrenos passariam sempre obrigatoriamente para a propriedade da administração pública, ficando os particulares, finda a reconversão, titulares apenas do direito de superfície sobre os lotes resultantes da operação. Tendo em conta o citado, longe de ser excepção, seria a regra na reconversão das áreas de construção clandestina. Mas esta tese de origem no ideário “socialista” não obtém nem obteve por parte dos proprietários a predisposição de abrir mão da propriedade dos “lotes”, por troca com uma fantasia de “direito de superfície”⁹.

3 — As obras de urbanização

No que toca às obras de urbanização, em sede do D.L. 804/76, a execução das infra-estruturas acabava por ser reconhecida como da competência residual, ou melhor, normal da Administração. Na verdade, muito embora o art. 7.º, n.º 1, alínea c), do referido diploma sugerisse que tal circunstância fosse especial e dependesse de decisão prévia da administração em sede do processo de reconversão, o certo é que sempre foi entendido nos termos do art. 25.º do D.L. 794/76 (Lei dos Solos), que tal seria uma atribuição da administração no âmbito das actividades da Associação com os particulares interessados. E se o citado artigo 7.º do D.L. 804/76 previa essa possibilidade “embora através de empreitada”, desde o início foi entendido ser também possível a execução dessas obras por administração directa¹⁰.



Há que considerar que, também nesta matéria a evolução das noções da responsabilidade da execução das obras de urbanização foram balizadas com a sucessiva legislação relativa aos loteamentos, nomeadamente o D.L. 400/84, de ..., o D.L. 448/91, de ..., e finalmente com o D.L. 555/99 com a redacção do D.L. 177/01, de 13/02.

4 — O incumprimento do D.L. 804/76 e legislação complementar

A reconversão de Áreas de Construção Clandestina¹¹, não cumpriu nunca, ao que se sabe, rigorosamente o estabelecido na legislação, havendo subjacente uma indefinição que residia em nosso entender na própria lei: a reconversão das áreas em causa obedecia ao critério de “ser aceitável” a ocupação urbanística do solo, ser “viável” técnica e economicamente

a execução de “infra-estruturas” e ser aceitável a “salubridade, solidez e segurança das construções existentes”. Tudo à revelia dos Planos de Ordenamento eficazes e assente em critérios subjectivistas que determinaram uma abordagem casuística do problema.

Foi assim, que as Câmaras Municipais respingaram do regime legal os trâmites e soluções que consideraram exequíveis e esqueceram os que não lhes interessaram, criando rotinas diversas e procedimentos díspares de concelho para concelho. Deste “caldo” jurídico resultou um método que se pode resumir:

- Verificar da existência de uma zona de construção clandestina e declarar apenas no papel, a respectiva posse administrativa;
- Mobilizar os interessados para o processo de reconversão, exortando-os a constituir uma “Associação de Proprietários e Moradores”, constituindo uma ficção jurídica num quadro tendencialmente inexequível, como já se demonstrou;
- Tais Associações começavam por dotar a área em questão de um simulacro de personalidade jurídica, elegendo um interlocutor preferencial;
- Eram de imediato conduzidos os eventuais requerentes, ou munícipes para esse interlocutor dando espaço para as movimentações mais ou menos abusivas em torno da duvidosa representatividade;
- Criava-se a falsa noção de que, apenas por se constituir, a dita Associação representava a totalidade dos proprietários da zona, ou se se quisesse, uma parte “significativa” dos mesmos;
- Eleita como interlocutora preferencial, a “associação de proprietários e moradores” assegurava a gestão financeira da reconversão, execução das obras de infra-estruturas, manutenção das mesmas até à sua recepção pela administração, evitando, assim, as demoras e despesas de expropriação dos proprietários discordantes.

Mas conduzido neste sentido, estaria o problema resolvido? Como é óbvio a resposta é não, pois como se referiu no início, os registos e as demais responsabilidades apesar de diluídas não se encerravam, tinha-se dado um passo em frente e melhorado as condições de vida das populações, mas do ponto de vista jurídico, havia-se apenas “semeado” estradas, candeeiros, passeios e casas em prédios descritos na Conservatória do Registo Predial como rústicos, destinados a cultura arvense....

Cobram-se impostos às pessoas, impostos sobre o rendimento predial urbano e taxas municipais de utilização de infra-estruturas, mas a transmissão por actos entre vivos e por sucessão de tais imóveis respeitava a prédios rústicos, a parcelas para construção ou a avos indivisos.

Por outro lado, de fora do processo de reconversão continuavam os loteamentos ilegais onde não ocorria “acentuada percentagem” de construções ilegais, ou seja, exactamente aqueles em que não existindo tanta intervenção no terreno, mais fácil se tornava a reconversão, desde que, obviamente viável, mas exactamente aqueles em que a Administração não via imediato interesse de intervenção, por inexistência de construção ilegal.



5 — A Lei A.U.G.I. (Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro)

Significou esta Lei, através da sua implementação, a tentativa de dar enquadramento aos diferentes aspectos mencionados ao longo desta sùmula, nomeadamente na definição da personalidade jurídica das Administrações Conjuntas, sucessoras da figura de Associação de Proprietários e Moradores.

Pretendia também a delimitação preventiva das áreas abrangidas pelo regime excepcional, que ao mesmo tempo permitia uma agilização relativamente ao enquadramento urbanístico dos Planos em vigor¹².

Conseguia também a vantagem de, interessado poder ser qualquer pessoa, singular ou colectiva, desde que detenha interesses em A.U.G.I.

Configuração jurídica, que permite a conformação dos prédios às figuras previstas no Regime de Ordenamento do Território.

Agilização, através da figura da divisão de coisa comum, a fim de permitir os actos próprios deste tipo de operações em tempo útil, sem que o simples facto de um único proprietário poder impedir a concretização da operação.

No entanto, o seu tempo de aplicação não permitiu a esperada resolução, considerando tão-só como exemplo o facto de no concelho de Sintra só em 1999 ter sido criada uma Divisão para o tratamento deste tipo de processos, mesmo ano em que veio a ser aprovado o primeiro Plano Director Municipal, isto uma semana antes da entrada em vigor do novo Regime Jurídico da Gestão Territorial.

Mas este não foi caso único, por exemplo em Loures onde se tentou aplicar a legislação, a desarticulação entre Câmara Municipal, Repartição de Finanças e Conservatória do Registo Predial foi tanta, que ao longo da vigência da primeira versão desta Lei não foi possível completar o Registo do alvará entretanto emitido.¹³

6 — Lei A.U.G.I. (Lei 165/99, de 14 de Setembro)

Com a experiência do quadro legal anterior, a Lei 91/95 vem a ser alterada no sentido de haver uma acção integrada, no sentido de aproximar os procedimentos da realidade aceite no processo corrente da construção e urbanização¹⁴, bem como de “afinar” algumas questões então referenciadas, nomeadamente com a contribuição da recomendação do Provedor de Justiça e das demais contribuições de especialistas da matéria, quer ao nível de autarquias,¹⁵ quer ao nível privado.

No decurso deste segundo ciclo da Lei A.U.G.I., denotam-se alguns vectores que importa salientar:

- Necessidade de definição rigorosa das metodologias de reconversão, consoante a dimensão e características do Bairro em causa;
- Implementação e compatibilização dos estudos de reconversão com os instrumentos de gestão territorial, nomeadamente na figura dos Planos Municipais de Ordenamento (Planos de Pormenor, ainda não regulamentados no D.L. 380/99, de 22 de Setembro);
- Aprofundamento do conhecimento relativo à dimensão e características do tecido urbano a fim de estabelecer programas de incentivo à requalificação do espaço público;
- Estabelecimento de acções de apoio à valorização do parque construído e de operações urbanísticas de “integração”, nomeadamente para as construções com mais de vinte anos, que estão em acentuado estado de degradação e se encontram em situação de pré-ruptura;
- Estabelecimento de rotinas relativas à tramitação das operações de loteamento de acordo com a nova legislação em vigor;
- Articulação entre as diferentes entidades que intervêm no processo administrativo, nomeadamente Câmaras Municipais, Conservadores do Registo Predial e Finanças;
- Criação de circuito para controlo das transmissões a fim de limitar o surgimento de “novos” lotes, nomeadamente com a obrigatoriedade de nas transmissões haver a necessidade da apresentação de certidão do Município para que esta possa ocorrer (semelhança de procedimento com os destaques previstos no Regime Jurídico da Edificação e Urbanização);
- Lançamento de Programa específico para as A.U.G.I.’s, à semelhança dos mecanismos do P.E.R., com protocolos entre a Administração Central e as autarquias a fim de que estas possam intervir financeira e tecnicamente na impulsão dos processos de requalificação urbana e ambiental.
- Correção e acautelamento futuro das acções indiciadoras da prática de divisão de um prédio rústico em lotes destinados à construção¹⁶;
- No âmbito do Plano Regional de Ordenamento, a definição de áreas críticas urbanas, onde estas medidas possam ser integradas num âmbito mais vasto do que o exclusivo da própria A.U.G.I.



Tendo em consideração que a matéria supra é objecto dos principais debates em matéria de política do ambiente e ordenamento se tem centrado em volta da ideia do desenvolvimento urbano sustentável, a melhoria do ambiente nos aglomerados passa pois pela criação de “cidades sustentáveis”.

O conceito de Ambiente Urbano é indissociável do conceito de Desenvolvimento Urbano sustentável, pelo que no campo de actuação dos órgãos locais, torna-se premente que as autarquias usem de toda a sua capacidade e poder para assegurar tal desiderato. Sendo que este esforço deverá ser apoiado por medidas da Administração tendentes à resolução continuada destas matérias.

Sintra, 16/05/02

Vítor Ramos

Arq.

Pós-graduado pelo CEDOUA



¹ *O Direito à habitação*, Carvalho Matos, ed. Folio 2001, pp. 8-9.

² Nomeadamente compras e vendas de parcelas a desanexar.

³ “Manual de Direito do Urbanismo”, Vol. I, Fernando Alves Correia, pp. 410-411

⁴ *Direito do Urbanismo, Sumários*, Diogo Freitas do Amaral, Lisboa, 1993.

⁵ Portaria n.º 243/84, de 17 de Abril.

⁶ Lei dos Solos.

⁷ Artigo 25.º, n.º 3.

⁸ A maioria dos casos.

⁹ O direito de superfície, conforme define o artigo 1524.º do C.Civil, é a faculdade de construir ou de manter, perpétua ou temporariamente, uma construção em terreno alheio (...)

¹⁰ Desta concepção deriva parte da dicotomia existente entre serviços da C.M.Sintra, onde a equipe adstrita ao D.O.M. aplica o regime de comparticipações sem suporte no reconhecimento do “Plano Urbanístico”, o que levou a contínuos mal entendidos e desconhecimento do processo de contribuição

nas referidas empreitadas, o que levou a que se desconheça formalmente qual ou quais os protocolos que levam à tradição dos célebres 30% de fundo perdido.

¹¹ Designadas a partir de 1995 como Áreas Urbanas de Génese Ilegal, Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro.

¹² Situação que, como é do conhecimento, não era aplicável em Sintra em virtude de não existir Plano Director Municipal.

¹³ Comentário de Carvalho Matos na obra assinalada, *Direito à habitação*, p. 12.

¹⁴ Fruto do acaso, ou infeliz coincidência, a data de publicação desta Lei é paralela à saída no *Diário da República* do novo Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial e que de imediato tornou alguns dos procedimentos desadequados, bem como ao novo Regime Jurídico da Edificação e Urbanização que veio desenquadrar parte do regime procedimental da norma geral.

¹⁵ Propostas enquadradas na articulação do Grupo de Trabalho das A.U.G.I. no âmbito da Área Metropolitana de Lisboa.

¹⁶ Situação conferida aos notários e rejeitada pelos mesmos, nomeadamente através do relatório do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e Notariado (Proc. 59/96 – Compropriedade) que diz: «1. O artigo 54.º da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, quando trata da eventual nulidade dos negócios jurídicos “intervivos” de que resulte ou possa vir a resultar a constituição de compropriedade ou a ampliação do número de compartes de prédios rústicos, não reproduz, nem visou reproduzir, o quadro normativo no artigo 58.º do D.L. n.º 400/84, de 31 de Dezembro.»

RevCEDÖUA

Summaries

The Location of Commercial Activities

In this article the authors analyse the pressing and complex urban problem that arises from the admissibility and inherent location of commercial activities (disregarding the phenomenon of immaterial commercial activities, such as the ones that occur through internet and catalogue).

In the absence of a coherent and unique regulation of this subject, and confronted with the multiple answers to the same problem that can be found investigating other European legal orders, the authors focus on some instruments that are considered of special relevance, mainly urban and commercial planning, projects of commercial urbanism and the administrative intervention regarding the authorization of new commercial sites.

These instruments tend to endorse an adequate connection between the needs of a balanced and diversified commercial structure and the promotion of a sustainable urban planning.

In what regards the urban and the commercial planning, it is sustained that a joint consideration of these two types of plans is absolutely necessary, due to their mutual influence to the decision of a specific request.

In Portuguese law, with a certain degree of flexibility, commercial planning (done at a state level) is seen to take prevalence over urban planning (done mostly at a local level). This hierarchical relation is founded on the fact that a sectional regulation such as this, leaves, in most cases, a relative broad margin of discretion to the public entities responsible for the urban planning.

Anyway, it would probably be preferable to unify these two documental categories and establish a policy oriented scheme that, instead of disregarding the commercial occupation of the soil or defining multiuse areas, would determine, founded in both economic and territorial planning criteria, the admissible location of well defined (in relation to their object and dimension) commercial sectors or activities.

A second instrument, which is being set forth through European community funding, responds to the demands of an operational planning level. We are referring ourselves to commercial urbanism, projects employed in restricted areas, mostly in historical town centre's that are traditionally important commercial zones.

These projects have a strong incentive and contractual component and are set to modernize the commercial activity and the quality of the commercial urbanism in Portugal. The most recent program, entitled system of incentives to projects of commercial urbanism (URBCOM), functions on the dependence of the Economy Minister and defines the duties and obligations of the most relevant commercial intervenients: municipalities, trade associations and traders.

However, they show some deficiencies in what regards the impact and type of measures that can be financed. In fact, these projects don't consider the urban area as a whole and don't take into account some important factors such as traffic.

Conversely, the question of the adequate administrative intervention regarding the authorization of new commercial sites can be answered in two very different ways. When the request is made out to allow the opening of small or medium sized commercial stores, the only applicable restrictions are the ones that arise from legal or administrative prescriptions that intend to protect urban and economic interests, but are set out in a general way.

On the other hand, if we refer ourselves to large sized buildings, the administrative control is significant at multiple levels, in accordance with a specific legislation that regulates the "commercial unities of significant dimension" within Portuguese territory.

These specialized rules aim at preserving all forms of commerce and ensuring loyal concurrence relations between them and also at promoting the creation of a multiplicity of trade centres in the cities, in order to satisfy the evolving needs of the consumers.



The definition of these commercial unities depends of both a quantitative criterion (the area of sale) and qualitative criterion (type of commerce and total sale area of the society or group in question). When these criterion are filled out, the implantation of a commercial unity in a certain location depends from a previous authorization of the Economy Minister that retains, in the absence of a proper commercial planning echelon, a broad margin of discretion. Only following this authorisation can the Municipality authorize, or deny, the licence for the construction of the building itself.

Because of the close relation between the economic and urban dimension of the location of these commercial sites — in particular, their location is a extreme valuable factor of competitiveness —, a binding location approval procedure can also take place, when the area was not previously covered by sufficiently determinate rules.

There is also the need for a final authorisation of use layed down by the Municipality and an authorisation of functioning given out by the central administration.

Overall, this special procedure consists in the obtainance of several partial administrative acts that must convene in the production of a certain result: the implantation of a commercial unity. Without each and every one of these acts the demand of the eventual trader cannot be satisfied. This complex process is severely criticized because there is no place for procedural concentration, amounting in an unjustified spread of resources and administrative ineffectiveness and in a violation of legal certainty and private expectations.

The authors also consider the intersection between this urban commercial policy and the broader urban renewal policy. In fact, the first is one of the dimensions — maybe the most relevant one — of a coherent urban renewal policy of a determined area. In fact, without the attractiveness of being (also) a place of commerce the centres of the cities can hardly support themselves in a sustainable way.

To achieve those common goals, there is an increasing need for the association of all urban and commercial actors, namely the consumers. Also it is argued that the existing partnership conception in our today's commercial urbanism projects is insufficient, because it is temporary and doesn't involve, necessarily, the creation of a directive and executive structure, in contrast with the English Town Centre Management conception and the North American experience of Business Improvement Districts.

A final remark goes to the growing importance of Community law in this area, which was typically conceived as a national, regional and local prerogative. Briefly, besides the considerable European community regulation about medium and small sized enterprises, giving and allowing special financing in their behalf, and the more recent guidelines about sustainable development and the European urban agenda, the European Court of Justice has already pronounced itself in favour of the compatibility with Community law of strict regulations regarding commercial unities of significant dimension.

In sum, these are the main questions that are debated in this article, by which the authors intend to arise a discussion climate over the need of a coherent "commercial urban policy" in Portugal.

Translated by Dulce Lopes

Lot Operations and Horizontal Property: War and Peace

This article seeks to discuss the problem concerning the distinction between the legal concepts of urban lot operations and horizontal property, especially considering that the institute of horizontal property over a set of buildings is utilised, frequently, as a subterfuge in order to avoid the enormous financial impacts associated with lot operations.

The new legal regime regarding urban lot operations introduced by Decree-Law n.º 555/99, of the 16th of December, and altered by Decree-Law n.º 177/2001, of the 4th of June, provided a reason to revisit this problem already analysed in this periodical (António Pereira da Costa, *Propriedade Horizontal e Loteamento: Compatibilidade*, n.º 3, 1999, pp. 65 e ss.)

After a retrospective of the various legal definitions of urban lot operations, we analysed, in detail, the notion of lot operation in force. This notion is more ample than the traditional one in view of the fact that it includes alongside classic lot operations (division of lands into lots for construction purposes), the linking of lands and urban linking of lands. The analysis of these new operations now subject to the same legal regime and the consequences of this subjection constitute some of the questions analysed.

We also sought to clearly delimit the various possible hypothesis of utilisation of the horizontal property institute

- advancing with concepts such as the supercondominium and the complex condominium
- identifying and characterising the situations that lead to each of these figures and some of the more relevant aspects of the respective legal regime.

Considering the above statement that horizontal property was sometimes used in order to avoid the financial impacts associated with lot operations, the legislator moved towards an approximation, in terms of financial impacts between these two legal institutes. However, it is necessary to analyse the reasons that justify the utilisation of horizontal property in detriment to urban lot operations.

Renewable Energy Sources: Legal Framework Regarding Electricity Production

Renewable Energy Sources (RES) represent, since the nineteen eighties, a primary objective of community energy policy. The necessity to reduce imports and petroleum dependence together with environmental concerns make RES a key element and worthy of State promotion.

In this context, one must underline the White Book for a strategy and a community action plan – *Energy For the Future: Renewable Energy Sources* – published in November of 1997 by the European Commission. Various coordinates of the community energy policy are presented in this document, and we underlined the following: the necessity to define a European strategy that reduces energy dependence in what concerns energy imports; the fulfilment of environmental objectives laid out in Rio (1992) and Kyoto (1997), the valorisation of new technologies developed for the production of energy from RES. In the book, the Commission established ambitious objectives in what concerns the increment of energy produced from RES – 12% of gross national energy consumption by 2010, with a quota of 22,1% of electricity produced from RES in the total consumption of electricity in the community in the same year. This increase is expected as a result of the increase of the different sectors, which today are more competitive, such as biomass, wind energy and solar energy (photovoltaic and thermal). One should underline that hydraulic energy is partially excluded from this statistic, because it is a source of energy already proven, used in a mass scale (one should only include the development of small hydro), and it does not represent a significant potential of growth. Within the plan of action presented in the referred White Book, one should underline the proposed action within the scope of the Internal Market: 1) equal access of the RES to the electricity market, allowing the States to ask market players that the electricity produced from the RES is preferentially supplied; 2) fiscal and financial measures that promote RES; 3) bio energy for transport, heat and electricity, with the consequent increase of liquid bio fuels (alcohols, ETEB, vegetable oils and esters), biogas (production of gases in land fills, by the food industry or agricultural

explorations), solid biomass and cogeneration; 4) improvements in construction norms through the introduction of building regulations of requirements for energy optimisation. In November of 2000, the European Commission presented the Green Paper – towards a European Strategy for Security and Energy Supply – where once more it concluded that it was necessary to develop RES. In fact, the production of electricity from fossil fuels (hydrocarbon and coal) is costly and increases the European dependence on raw material imports. Cogeneration (combined production of electricity and heat) from natural gas, which is a fundamental alternative, can not be seen as the only alternative to explore, for two reasons: in the first place, because natural gas also renders the community dependent on imports and, on the other hand, with the indexation of the price of gas to the price of oil, this alternative is a not very economic form of production. Finally, the lack of confidence in nuclear energy and the environmental problems associated with this source rule out this form of electricity production.

Following these documents, Community Directive 2001/77/CE, of the 27 of September, was recently published, referring to the production of electrical energy from RES. The Directive imposed four types of measures: 1) the creation of direct and indirect aid regimes to electricity producers (art. 4); 2) the creation of certification mechanisms referring to the energy produced from RES (art. 5); 3) the simplification and celerity of authorization processes regarding centrals that produce electricity from RES (art. 6); 4) the institution of mechanisms (of technical and financial order) that guarantee access to the grid for new producers of electricity from RES (art. 7). This Directive should be interpreted in conjugation with Directive n.º 96/92/CE that establishes common rules for the internal electricity market. In fact, the preference for electricity generated from RES, introduced by the 2001 Directive, is more visible and operational within the framework of the rules stipulated for the internal market.

On the national front, we can state that the Portuguese legislator has made an effort to accompany the community strategy. Proof of this, is the successive creation of specific programs regarding the energy question where aid and promotion measures for RES are contemplated: 1) Energy Program (1994-1999); 2) E4 Program (2001); 3) MAPE (2001).

In what concerns the organization of the national energy sector, production of electricity from RES is found in the Independent Electricity System (IES) foreseen in Decree-Law n.º 189/99, of the 18th of May, and in Decree-Law n.º 339-C/2001, of the 29th of December, in which the installation of an industry that produces electricity from RES is subject to administrative authorisation. Beyond the criteria imposed by this legal diploma, one should also mention the alterations introduced by Decree-Law n.º 312/2002, of the 10th of December, which established the regime relative to the management of the electrical energy capacity reception of the electrical system grids that provide the public service that originate from the IES electricity producing centres. Finally, Decree-Law n.º 69/2000, of the 3rd of May, submits the greater part of these industries to an environmental impact assessment. Beyond this general legislation, there are many and diverse regulations referring to each source of electricity production. In regard to this last point, one should underline the hydroelectric opportunities integrated in the IES. In regard to these, it is necessary to obtain a license referring to the utilisation of the water under the terms laid out in the *Portaria* n.º 295/2002, of the 19th of March.

One should underline that in regard to electricity production, special relevance is awarded to hydroelectric opportunities and wind energy parks. The remaining sources – biomass, photovoltaic, and wave energy are relegated to small projects of an experimental nature. The development of the RES, because they still represent a barely viable industry, depends, essentially, on economic, financial aid programs, and fiscal benefits. In this manner, and in complement with community programs, the Portuguese legislator created, in articulation

with the latter, incentive measures regarding these activities. Amongst these are the MAPE, which contemplates the concession of aid to projects that aim to produce energy on the basis of the RES and deliver the totality of their production to the public grid.

Essentially, and accompanying the legislation, it is possible to describe what has been done in the name of RES promotion. We can conclude, from this analysis, that there is much to be done in relation to procedural simplification regarding the installation of these industries, and real promotion of an economic activity that, due to technical and organizational questions, depends on economic and financial support in order to flourish.

Translated by Mário Barata

Il Mutamento di Destinazione d'Uso degli Immobili

No direito português, de acordo com o disposto no Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, o quadro normativo aplicável aos pedidos de alteração de utilização de edifícios abrange quer as situações em que há lugar à realização de obras sujeitas a licença ou autorização administrativas, quer as hipóteses que as não implicam. Todavia, quando tais obras não sejam necessárias e os edifícios ou fracções cuja utilização se pretende ver alterada estejam situados em zonas não abrangidas por operação de loteamento ou por plano municipal de ordenamento do território, o artigo 4.º, n.º 2, alínea e), deste diploma, determina que os pedidos de alteração de utilização formulados sigam o procedimento de licenciamento administrativo. Nos restantes casos, que, na prática, corresponderão à esmagadora maioria das situações, dever-se-á seguir, nos termos da alínea f) do n.º 3 do mesmo artigo, o procedimento mais aligeirado de autorização administrativa.

No direito italiano, porém, a questão de saber que mudanças de uso (“mutamento di destinazione d’uso”) carecem de uma actuação administrativa prévia tem levantado acesa polémica quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial.

Pasquale Rago analisa, neste artigo, esta mesma problemática, chamando a atenção, num primeiro momento, para a indeterminação e insegurança jurídica que nela desponta, para, no final, ensaiar alguns critérios que permitam uma sua maior operacionalização.

Referindo-nos à primeira parte deste artigo, o autor começa por enunciar os diplomas legais que se têm vindo a debruçar sobre a questão da mudança de uso dos imóveis, dando especial ênfase aos diplomas, datados de 1996 e, mais recentemente, de 2001, que alteraram a redacção inicial da Lei n.º 47, de 27 de Fevereiro de 1985, determinando que incumbe às Regiões definir quais as mutações de uso, conexas ou não com trans-formações físicas do imóvel, que estão sujeitas a um procedimento de autorização administrativa (“permesso di costruire”) e quais dependem, tão-só, de uma denúncia de início de actividade (“denuncia di inizio attività”).

Não esquece, porém, que, para tentar encontrar uma solução normativamente adequada, não basta indicar as normas legais pertinentes, devendo mobilizar-se, igualmente, os interesses e valores que animam esta problemática. De facto, ela encontra-se na confluência de duas ordens de interesses presentes em todo o direito do urbanismo, mas que encontram, nesta sede, um reflexo particular: a “exigência” dos proprietários de disporem dos seus próprios bens de forma não condicionada e o interesse público numa correcta e racional utilização do território.

Todavia, o elemento mais distintivo desta matéria reflecte-se na forma como este interesse público se tem vindo a manifestar e nos contornos jurídicos que assume.

Daí que o autor parta, na segunda parte, para uma análise das várias orientações que, mesmo antes da formulação legal expressa, obtiveram acolhimento jurisprudencial.

A solução maioritária dos Tribunais Penais, competentes, segundo a lei de 1985, para ordenar a demolição de obras abusivas quando efectuadas em total desconformidade com, ou na ausência de concessão urbanística, ou quando prosseguissem havendo uma ordem de suspensão, ia no sentido de que apenas aquelas mudanças de uso que implicassem a realização de obras estariam dependentes de uma actuação administrativa prévia, caso contrário, o destino dos edifícios era, para este efeito, livre. De facto, o abuso de que a lei fala pode co-envolver, com a obra, também a alteração do uso originariamente previsto, principalmente na hipótese de ocorrerem trabalhos efectuados em total desconformidade com a concessão urbanística. Aliás, neste mesmo sentido, concorre o facto de o próprio artigo 8.º da Lei de 1985 pressupor a existência de um projecto aprovado e demandar às Regiões a definição das situações em que uma alteração de uso pode ser considerada uma variação essencial ao projecto inicial.

Mesmo assim, o Tribunal de Cassação Penal acentuou as dificuldades levantadas pela qualificação da mudança de uso de um imóvel como facto ilícito-típico. Para este tribunal, nem sempre é possível considerar como não consentido o uso que não seja acompanhado de obras relevantes, pois são muitas as componentes que concorrem para determinar o conjunto de prescrições urbanísticas existentes e múltiplas as actuações que podem subverter esse conjunto, devendo tal alteração assumir relevância apenas nas situações que comportem uma variação dos *standards* urbanísticos aplicáveis. Para além disto, para este tribunal, só desta forma se poderia ultrapassar o óbice de muitas edificações terem sido legalmente erigidas sem que tivessem sido acompanhadas de qualquer especificação do uso a que se destinavam.

Por outro lado, segundo uma orientação de alguns juízes do foro penal, esta disposição normativa é igualmente aplicável às alterações de uso em que não se verifique uma concomitante realização de obras de edificação — as designadas alterações funcionais —, nos casos em que estas não sejam consentidas pelos regulamentos urbanísticos e no título concessório haja sido declarado o uso ao qual o imóvel se encontrava afecto. Outra parte da jurisprudência, ainda, não considera sancionável a alteração funcional de uso não autorizada, nas situações em que não intervenha a lei regional a disciplinar esta matéria ou falte uma conveniente disciplina municipal (comunal) do uso do imóvel.

Contudo, a construção jurídica dominante — a da desnecessidade de uma actuação administrativa no caso de alterações meramente funcionais de uso, nascida, como vimos, no domínio penal, mas importada para o âmbito administrativo — revelou-se, na prática jurídica e judiciária italiana, inadequada, já que não acautelava, de forma suficiente, o interesse urbanístico de um correcto ordenamento do território e das funções que nele encontram a sua sede. O autor cita o exemplo flagrante de alguns centros históricos italianos, como Veneza, Florença, Assis e Roma, em que se desmultiplicaram, sem qualquer controlo, espaços comerciais em edifícios inicialmente afectos a fins habitacionais ou sem qualquer afectação, em manifesta contrariedade com o seu “humus” cultural, histórico e artístico.

Alertado para esta situação, o Tribunal Constitucional Italiano considerou possível o controlo administrativo de alterações de uso funcionais, quando a sua proibição resulte de uma ponderação que permita concluir por uma situação de incompatibilidade do novo destino com o tecido urbano existente.

Segundo a interpretação deste tribunal, as Regiões devem limitar-se a criar normas de orientação para o exercício do poder de regulamentação por parte da administração pública municipal, colocando especial ênfase nas alterações de uso funcional que deveriam estar sujeitas a um controlo jurídico menos apertado, enquanto que aquelas que comportassem variações dos *standards* urbanísticos necessitariam de uma intervenção administrativa mais exigente.

Neste mesmo sentido, como vimos, a recente formulação da lei italiana prescinde do requisito *ad substantiam* da existência de obras de alteração, clarificando que a questão da alteração de utilização de edifícios assume relevo próprio, podendo estar ou não relacionada com mudanças físicas no edifício. Porém, o carácter remissivo desta formulação legal, que acaba por constituir um cheque em branco ao legislador regional, pode constituir um obstáculo à plena consecução dos seus objectivos.

Claramente, as Regiões devem-se encarregar da resolução desta questão, fornecendo critérios-guia suficientemente determinados que orientem a actuação administrativa municipal. Caso contrário, como refere o autor, perde-se, em definitivo, a previsibilidade e segurança que deve ladear a actuação dos particulares, já que estes se encontram expostos a sanções penais e administrativas, em vez de agirem em perfeita legalidade, com absoluta dependência relativamente à orientação doutrinária e jurisprudencial por que se opte no momento da transformação de uso dos imóveis.

O problema remanescente, todavia, prende-se com o facto de esta tarefa de determinação das alterações de uso funcionais que se devem encontrar condicionadas a uma intervenção administrativa prévia não ser, nem jurídica, nem facticamente, de fácil resolução, já que os critérios de índole urbanística até ao momento mobilizados não se têm revelado adequados à apreensão das matizes que esta matéria reveste.

O autor refere-se, de forma esparsa, a esta questão, mas trata-a, com mais pormenor, nos dois últimos pontos deste texto. Assim, dá conta que, para a jurisprudência administrativa, a mudança de uso relevante não é se não aquela que ocorre entre categorias funcionalmente autónomas de um ponto de vista urbanístico, posto que, no seio de uma mesma categoria pode haver mudança de facto, mas à qual não corresponde a aplicação de regimes jurídicos substantivos diversos.

Nota, porém, que as técnicas urbanísticas de individualização de categorias de edificação, elencadas no diploma n.º 1444, de 2 de Abril de 1968 — a saber, residencial, industrial, comercial e actividade terciária —, e o zonamento, definido no “*piano regolatore generale*”, não são técnicas suficientes para se proceder a esse controlo, já que se referem a categorias muito amplas que não compreendem, de forma distinguível, todos os usos possíveis dos imóveis.

De facto, através do zonamento funcional divide-se, no direito italiano, o território nas seguintes zonas homogêneas: a zona “A” ou centro histórico; a zona “B”, ou zona complementar; a zona “C” ou zona de expansão; a zona “D” ou zona industrial; a zona “E” ou zona agrícola; e a zona “F” ou zona de interesse público. Contudo, como assinala Pasquale Rago, para além de nos instrumentos de planificação urbanística prevalecer a definição dos usos vedados e não uma definição, feita pela positiva, dos usos admissíveis, resulta genericamente dos mesmos uma certa promiscuidade de usos que entram na previsão geral daquelas zonas, limitando-se, em regra, a vedar a implantação dos usos previstos nas zonas especiais industrial e agrícola (“D” e “E”) para as zonas de afectação mais ampla (“A”, “B” e “C”). Outra insuficiência do recurso a estas técnicas prende-se com o facto de se manter um regime jurídico dual, já que, para os edifícios erigidos em data anterior à entrada em vigor do diploma de 1968 e que, portanto, não se encontravam funcionalizados a um determinado uso, se entende correntemente, por força da aplicação das regras que regem a aplicação das leis no tempo, que se encontram subtraídos às exigências administrativas formuladas.

Propugnando, por fim, por uma resolução destas duas ordens de problemas, por forma a reconduzir todos os imóveis a um mesmo âmbito normativo, o autor entende que a escolha que incumbe ao legislador regional fazer se deve basear nas categorias cadastrais, que, por sua vez, se referem ao uso imposto ao imóvel no acto do cadastro.

Estas, ao classificarem os imóveis pelas características intrínsecas que eles reúnem — simplificadaamente agrupadas em três grandes conjuntos: os imóveis com “destino

ordinário”, subdivididos em imóveis do grupo “A”, “B” e “C”; os “imóveis com destino especial”, compreendidos no grupo “D”, destinado a actividades industriais e comerciais não susceptíveis de outro destino se não sujeitas a particulares obras de transformação; e os “imóveis com destino particular” ou do grupo “E” —, permitem uma consideração mais pormenorizada dos destinos dos mesmos, evidenciando melhor as situações em que existe, efectivamente, uma mudança de categoria de edificação e, eventualmente, uma situação de incompatibilidade do novo uso com as prescrições urbanísticas vigentes.

Como nota final, o autor considera que referir o uso do imóvel ao seu cadastro originário não lesa qualquer princípio jurídico e permite, em contrapartida, uma congruente consideração dos ónus diferenciados que, dependendo da finalidade que é assinalada aos imóveis nos momentos do acto autorizatório e da alteração de uso, se lhes encontram intimamente ligados, colocando, simultaneamente, à disposição da administração pública municipal uma efectiva via de controlo do destino de uso desses imóveis.

Tradução de Dulce Lopes