

PARECER JURÍDICO

De: Abreu Advogados
Para: ALEP – ASSOCIAÇÃO DO ALOJAMENTO LOCAL EM PORTUGAL
Data: 21 de julho de 2023
Assunto: **Inconstitucionalidade das normas sobre registo e manutenção de estabelecimentos de alojamento local constantes da Proposta de Lei n.º 71/XV/1.ª**

0. A consulta

A ALEP – Associação do Alojamento Local em Portugal – consulta-nos com vista à emissão de um Parecer Jurídico em que se avalie a conformidade constitucional das restrições drásticas à atividade de alojamento local projetadas na Proposta de Lei n.º 71/XV/1.ª, pela qual se visa «*Aprova[r] medidas no âmbito do plano de intervenção «Mais Habitação»*», podendo adiantar-se desde já o sentido geral da opinião *infra*, qual seja o de considerar a maioria dessas restrições, pela sua desproporcionalidade e carência de fundamentação, inconstitucionais, tal como se demonstrará através da análise de tais restrições, uma a uma, contextualizada pelos objetivos da Proposta de Lei.

Uma primeira versão do solicitado parecer foi emitida a 26 de maio p.p., com base no texto originário da referida Proposta de Lei, apresentado pelo Governo à Assembleia da República.

Entretanto, da aprovação do diploma na especialidade em Comissão Parlamentar regimentalmente competente em razão da matéria, ocorrida já no corrente mês de

julho, emergiu uma nova versão da Proposta de Lei, identificada no sítio da internet da Assembleia da República como «*Texto Final apresentado pela Comissão de Economia, Obras Públicas, Planeamento e Habitação, relativo à PROPOSTA DE LEI N.º 71/XV/1.ª (GOV)*», nova versão esta a pretextuar e justificar, pelo vulto das alterações nela contidas, a correlata e vertente nova versão do parecer solicitado.

De relembrar, novamente, que também o vertente documento apenas responde à consulta submetida quanto às respetivas incidências no domínio do Direito Constitucional geral, integrando um tríptico de textos em que é acompanhado por duas outras opiniões jurídicas dogmaticamente autónomas, uma de incidência jurídico-tributária e outra analisando a as normas em causa do ponto de vista do Direito da União Europeia.

1. Os Motivos da Proposta de Lei n.º 71/XV/1.ª e a contextualização da nova disciplina da atividade de alojamento local

Na exposição de motivos da Proposta de Lei em comentário começa por se afirmar, com relevo para a presente opinião, que, «... *durante décadas, a opção - por ação ou omissão - por políticas públicas com propósitos eminentemente assistencialistas que visavam garantir habitação apenas para as famílias economicamente muito vulneráveis deixou como legado um exíguo parque habitacional público e, conseqüentemente, um setor privado ainda mais vulnerável ao impacto do crescimento do turismo e da concentração do investimento privado nos segmentos mais altos do mercado imobiliário*».

Segue depois por se afirmar que, «*Na XIII Legislatura, o XXI Governo Constitucional deu um impulso expressivo na afirmação do direito à habitação com cariz universal (...) Com a nomeação de uma Secretária de Estado da Habitação e a aprovação de uma Lei de Bases da Habitação pela Assembleia da República, através da Lei n.º 83/2019, de 3 de*

setembro, [o que tornou] (...) possível desenhar a arquitetura estruturante deste direito e afirmar que, mais do que promover a habitação, importa também garantir que a mesma é condigna e acessível para todas as famílias [; a par do que] (...) foi lançada a Nova Geração de Políticas de Habitação (NGPH), através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018, de 2 de maio, com um conjunto de programas orientados para assegurar a resposta robusta ao direito à habitação, quer de provisão pública direta, quer através de instrumentos que incentivam proprietários a colocar mais casas no mercado de arrendamento de longa duração».

No texto da exposição de motivos, qualificam-se estas medidas precedentes como «condições para assumir efetivamente a habitação como um direito universal no quadro de um Estado Social pleno, garantindo-se equidade e igualdade de acesso em todo o território nacional, sem deixar ninguém para trás».

Refere-se, em terceiro lugar, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei, que, «nos últimos anos, o crescimento económico nos centros urbanos, resultado, em particular, do aumento do investimento privado e das exportações de serviços associados ao turismo, produziu efeitos contraditórios [, pois se,] (...) Por um lado, permitiu a recuperação da atividade económica, bem como a essencial requalificação dos centros urbanos [, também] (...) Por outro, esta dinâmica resultou numa muito expressiva subida dos preços da habitação e do valor das rendas, primeiramente nas zonas de maior pressão turística e, mais tarde, alastrando-se aos territórios periféricos, forçando muitas famílias a mudar de casa ou, para nela continuar a viver, a aumentar a sua taxa de esforço com a habitação».

Em quarto lugar, referindo-se nesta Exposição de Motivos que «O resultado [dos] (...) fenómenos da Pandemia de Covid-19 e da Guerra da Ucrânia foi uma destabilização dos mercados que se traduziu na maior taxa de inflação dos últimos anos e, por consequência, dos custos de vida», sustenta-se no mesmo texto que «A promoção de

políticas públicas de habitação não deve ser estática, antes assumindo a necessidade de criar respostas que se adaptem às necessidades sentidas em cada momento pela população, e a uma escala nacional, com o objetivo último de garantir que todos têm acesso a uma habitação digna e adequada aos rendimentos e à dimensão dos diferentes agregados familiares e que, a médio prazo, o peso da resposta pública no mercado habitacional é capaz de dar resposta às necessidades existentes e contribuir para a regulação do mercado no seu todo, equilibrando a oferta e tornando a habitação mais acessível [, de] (...) forma (...) [que] o pacote de medidas que agora se implementa é, também, parte de uma estratégia secundada no Programa Nacional de Habitação (PNH), instrumento programático da política nacional de habitação que estabelece, numa perspetiva plurianual, os objetivos, prioridades, programas e medidas em matéria de habitação, e que reflete a coerência entre as opções até aqui tomadas, as respostas desenhadas e a implementar para responder aos desafios conjunturais e a estratégia em curso para implementar no terreno a reforma que legalmente consagrada».

A um tal título, informa-se que «É no PNH que o Governo reforça o compromisso com a habitação pública, com especial enfoque na resposta para as famílias com menores rendimentos e rendimentos médios, mas também o compromisso de criar respostas mais imediatas, com especial enfoque no alargamento do programa Porta 65 – Arrendamento por Jovens, criado pelo Decreto-Lei n.º 308/2007, de 3 de março, na sua redação atual, e na construção de incentivos ao mercado de arrendamento privado».

Expendidas estas considerações de âmbito mais contextual, parte-se no texto da Exposição de Motivos da Proposta de Lei para a explanação dos exatos fins da nova legislação, começando-se por se afirmar que «... A aprovação, agora, de um novo conjunto de medidas de resposta mais imediata, destina-se a complementar as respostas conjunturais já inscritas no PNH para mitigar os impactos económicos referidos, com efeito direto no acesso à habitação».

Identifica-se expressamente como fins legislativos «[(1)] *uma política pública de habitação robusta, assente na constituição de um parque público, [que] (...) permitirá garantir o acesso de amplos segmentos da população a uma habitação com condições adequadas às necessidades dos agregados familiares, e a própria mobilidade habitacional ao longo da vida* [; bem como (2)] (...) *responder ao desígnio «Mais Habitação», acrescentando soluções e respostas às necessidades imediatas das famílias, ao mesmo tempo que visa contribuir para o objetivo estrutural de reforçar a oferta habitacional».*

Referindo-se, por último, ao regime dos despejos e injunção para rendas em atraso, ao apoio às rendas e às bonificações no crédito à habitação, a Exposição de Motivos é rematada por uma síntese segundo a qual «*É através deste equilíbrio e coerência entre uma reforma estrutural, que extravasa o horizonte da legislatura - assente na promoção de novas respostas de habitação pública e na qualificação das respostas já existentes, com a mobilização do património devoluto do Estado com aptidão habitacional -, e uma resposta conjuntural - que permita respostas mais imediatas para intervir no mercado de arrendamento e garantir que todos têm acesso a uma habitação digna e adequada aos rendimentos e à dimensão dos diferentes agregados familiares – que se pretende concretizar o desígnio de ter um parque habitacional capaz de garantir habitação digna a todos».*

Estranhamente, ou talvez não, esta Exposição de Motivos, nem por uma vez se faz referência às medidas do Pacote incidentes sobre o alojamento local; quanto mais se esclarece a medida em que tais medidas, incidentes sobre o alojamento local, contribuem para os fins identificados.

É só, de forma singelíssima, no n.º 1 e nas alíneas g) e h) do n.º 2 do artigo 1.º da Proposta de Lei que nesta iniciativa se dá a conhecer que «*Para efeitos (...) [de garantir mais habitação], a presente lei procede (...) Ao incentivo à transferência de apartamentos*

em alojamento local para o arrendamento habitacional [e] (...) À criação de uma contribuição extraordinária sobre apartamentos em alojamento local».

2. Da inconstitucionalidade do regime de suspensão de novos registos de alojamento local

De harmonia com o previsto no artigo 18.º da Proposta de Lei, «*A emissão de novos registos de estabelecimento de alojamento local, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, na sua redação atual, nas modalidades de apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados numa fração autónoma de edifício, fica suspensa em todo o território nacional...*» (n.º 1), até que «*Os municípios defin[a]m, expressamente, nas respetivas Cartas Municipais de Habitação aprovadas, nos termos previstos no artigo 22.º da Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro, na sua redação atual, o adequado equilíbrio de oferta de habitações e alojamento estudantil no respetivo território, que permita o termo da suspensão...*» (n.º 2), mantendo-se «*A suspensão (...) nos municípios que tenham declarado a situação de carência habitacional, nos termos do artigo 62.º da Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro, na sua redação atual*» (n.º 3).

Esta suspensão não se aplica nem nos territórios do interior identificados no anexo à Portaria n.º 208/2017 (parte final do n.º 1), nem no território das Regiões Autónomas (idem, n.º 5), nem «*... à exploração de imóveis integrados no Fundo Revive Natureza*» (idem, n.º 4).

2.1. Inconstitucionalidade por violação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º e do artigo 61.º da Constituição

Este conjunto de normas contende, logo à primeira vista, pelo menos com os direitos à

livre iniciativa económica e à propriedade, respetivamente garantidos nos artigos 61.º e 62.º da Constituição.

Não por acaso, a doutrina mais autorizada sobre alojamento local qualifica dogmaticamente a atividade como um exemplo de exercício da livre iniciativa económica constitucionalmente consagrada¹.

Desde logo, e como escreve Evaristo Ferreira Mendes, «A *"iniciativa económica privada"* a que o n.º 1 [do artigo 61.º da Constituição] se refere comporta, numa aceção lata, a prática de qualquer ato e o exercício de qualquer atividade de índole económica, por parte de pessoas privadas, singulares ou coletivas»².

Sem dúvida, «Concretamente, como decorre da sua inserção sistemática, o que o preceito em análise consagra é uma liberdade económico-produtiva fundamental, pertencente ao domínio dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e respetivas organizações [, sendo que,] (...) em termos muito gerais, tal liberdade compreende, nomeadamente, o direito de constituir empresas e entidades empresariais...»³.

Tal como assinala a doutrina: «na medida em que possui uma dimensão pessoal ou individual, com o correspondente fundamento personalista assinalado, e se apresenta como uma liberdade ou direito de conteúdo reconhecível, constitucionalmente determinável e autoexequível, não carecendo da mediação

¹ Cfr., neste sentido: Fernanda Paula Oliveira/Dulce Lopes, *Alojamento Local - Regime Jurídico Comentado e Guião Prático*, Lisboa, Almedina, 2019 pp. 41-43; Fernanda Paula Oliveira, «Alojamento Local e Urbanismo», in *Atas do Segundo Congresso de Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 119-120.

² Cfr. Anotação ao artigo 61.º, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., 2017, p. 855.

³ Cfr. a referência da nota anterior.

especial do Estado para se efetivar segundo o entendimento dominante, estamos perante uma liberdade análoga a estes últimos; o que, nos termos do artigo 17.º determina a aplicação do correspondente regime geral, mormente o constante do artigo 18.º»⁴.

Mais, e tal como se salienta na referencial anotação de Evaristo Ferreira Mendes⁵ em curso de citação: *«importa evocar aqui a ordem constitucional comunitária, dominada pelo princípio de uma economia de mercado aberto e concorrencial e pelas assinaladas liberdades económicas fundamentais. Por um lado, enquanto Portugal estiver sujeito a ela, a mesma funciona como travão à redução geral dos níveis de iniciativa privada e, por outro lado, os padrões de restrição admissíveis acabam, no fundo, por ser fortemente condicionados pelo direito da União. Significa isto que, em conformidade com o estabelecido no artigo 8.º, n.º 4, quando o n.º 1 do artigo 61.º acrescenta que a iniciativa se exerce livremente "nos quadros definidos pela Constituição e pela lei" "e tendo em conta o interesse geral", o panorama não está completo. E encontra-se, mesmo, modificado ou, pelo menos, condicionado ao nível da interpretação desse segmento do preceito».*

É preciso salientar que o âmbito de proteção do n.º 1 do artigo 61.º, *«... em particular, abarca, mais especificamente, a liberdade de estabelecimento em sentido restrito ou acesso à atividade, a liberdade de configuração da empresa e de escolha do modelo de negócio, a livre opção por um exercício singular ou coletivo, a livre escolha das respetivas formas jurídicas de enquadramento, a liberdade de conformação jurídica destas, a liberdade de investir e desinvestir, de exercício e gestão sem interferências por parte do Estado ou de outras*

⁴ Cfr. Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cits.*, p. 856.

⁵ Cfr. *op. e loc. cits.*, p. 861.

entidades públicas, a liberdade de contratar, nomeadamente com os fornecedores de recursos ou fatores produtivos e os destinatários da oferta empresarial de bens e/ou serviços, a liberdade de comunicação comercial e, mais latamente, a liberdade de concorrer, incluindo a opção por estratégias competitivas mais baseadas na qualidade e nos preços ou em técnicas publicitárias e na diferenciação dos bens ou serviços, bem como a liberdade de conservar, aumentar ou reduzir os níveis de atividade e de lhe pôr termo, etc.»⁶.

Atualmente, a doutrina significativa concorda em que «*sendo a regra a liberdade de iniciativa [...], as limitações ou restrições terão que ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com respeito de um 'núcleo essencial' que a lei não pode aniquilar (artigo 18.º), de acordo, aliás, com a 'garantia institucional' de um sector económico privado»⁷.*

Aqui chamado é também o Direito da União Europeia, cujo fundamento de vigência em Portugal aqui não carece de explicação, de acordo com cujo sentido: «*O conceito de restrição comumente utilizado - decisivo para se apreciar o alcance da garantia da liberdade em causa - é um conceito amplo, compreendendo, em geral, todas as medidas nacionais suscetíveis de impedir ou tornar menos atrativo o seu exercício [cfr., por ex., o Acórdão do TJCE de 30.09.2003 (C-167/02, caso Inspire Art. n.º 133) e as indicações que dele constam]. Abstraindo das atividades que envolvam o exercício de poderes de autoridade (jus imperii), tais restrições só poderão ser justificadas quando ocorrer uma razão imperiosa de interesse geral e se respeitarem o princípio da proporcionalidade. Mais concretamente, segundo jurisprudência constante do TJCE, é necessário, para o efeito, o preenchimento de quatro condições: (1.ª) as*

⁶ Cfr. Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cit.*, p. 862.

⁷ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.*, p. 790; seguido por Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cit.*, pp. 865-866.

medidas restritivas devem ser aplicadas de forma não discriminatória; (2.ª) devem ser justificadas por exigências imperiosas de interesse público; (3.ª) devem ser adequadas para atingir os fins visados; (4.ª) e devem circunscrever-se ao necessário para atingir esses fins [cfr., por ex., os Acórdãos de 31.03.1993 (C-19/92, caso Kraus, n.ºs 32 e 37) e de 30.09.2003 (C-167/02, caso Inspire Art. n.º 133)]»⁸.

A doutrina é igualmente clara, com particular interesse para o caso em apreço, na afirmação de que o âmbito de proteção do artigo 61.º, n.º 1, cujas restrições terão de ser examinadas ao abrigo da máxima da proporcionalidade, «... *abarca (...) a livre escolha dos veículos de identificação e comunicação comercial, do espaço de atuação, bem como do local ou dos locais de implantação, geográfica e institucional (ou seja, no território e nos mercados relevantes), e a livre efetivação desta implantação (liberdade de estabelecimento em sentido restrito)*»⁹.

Necessário se mostra ainda salientar que: a «... *dimensão patrimonial do fenómeno empresarial também se projeta na correspondente liberdade, reforçando-a. De facto, além da empresa em si, também os meios de produção que a compõem ou estão envolvidos nela são em geral objeto de "propriedade privada", beneficiando da correspondente proteção. Isto é assim mesmo quando se trata de bens que integram a organização não a título de propriedade, mas a outro título (por ex., usufruto, locação, etc.). Nessa medida, uma intromissão na autonomia empresarial implicada na liberdade de empresa pode esbarrar, igualmente, na garantia do artigo 62.º, n.º 1*»¹⁰.

Tudo está pois em saber se uma limitação tão significativa afeta ou não o núcleo

⁸ Cfr. Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cits.*, p. 886.

⁹ Cfr. Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cits.*, p. 873.

¹⁰ Cfr. Evaristo Ferreira Mendes, *op. e loc. cits.*, p. 878.

da livre iniciativa económica, e da propriedade a ele associado, de forma desproporcional e, por tanto, violadora dos artigos 18.º, 61.º e 62.º da Constituição.

Quer-nos parecer bem que sim.

Para tanto, vamo-nos estribar num *leading case*¹¹ em que se julgou, no Tribunal Constitucional, uma situação de estrutura muito semelhante a esta em termos de relação entre direitos: uma norma de uma Portaria que impunha a várias empresas, independentemente da sua participação em convenção coletiva de trabalho consagradora de tal solução, que, quando vencedoras de concursos públicos para serviços de limpeza, acolhessem trabalhadores das empresas perdedoras, tudo em restrição da livre iniciativa económica, mas em nome do alegadamente mais alto direito à segurança no emprego, previsto no artigo 53.º da Constituição. Conflito exatamente semelhante ao que a Proposta de Lei quer ter por existente e deflagrado, entre a livre iniciativa económica e o direito à habitação para todos.

Tal como afirma o Tribunal Constitucional, neste aresto e em interpretação do n.º 1 do artigo 61.º, apesar de a Constituição prever que a iniciativa económica se processa nos quadros da lei, «*Significa isto que os operadores económicos privados podem reivindicar um espaço para o exercício da sua actividade, não podendo a lei suprimi-lo ou reduzi-lo em termos de remeter o sector de actividade económica privada para uma posição insignificante [, sendo que] (...) Respeitados esses limites, o legislador pode perfeitamente modelar o exercício da actividade económica privada...*» (cfr. a alínea a) do ponto 8 da Fundamentação).

¹¹ O do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/89, de 17 de maio, proferido no Processo n.º 200/88.

Desde já, por via do artigo 18.º da Proposta de Lei, suspendendo-se integralmente a atividade de alojamento local na grande maioria do território português, até que cada Município levante essa suspensão quando ponderar as necessidades de habitação no respetivo território, aniquila por completo a livre iniciativa económica em prol da realização do direito à habitação, pelo que o n.º 1 do artigo 61.º da Constituição ver-se-ia desde logo violado, neste significado.

Contudo, a análise jurídico-constitucional é mais funda.

Como se lê na alínea d) do ponto 8 da Fundamentação em curso de citação, «... o que, agora, importa saber é se a norma sub iudicio, com o sentido que atrás se definiu, enquanto aplicável às empresas não representadas pela associação patronal que subscreveu o referido contrato colectivo, viola (ou não) o direito à iniciativa económica privada [,] (...) Desde já, se adianta[ndo] que a resposta à questão assim colocada é afirmativa».

Posto isto, e segundo o mesmo passo da fundamentação: «*cumpre, agora, acrescentar que as restrições e os condicionamentos dos direitos fundamentais — e o direito à iniciativa económica privada tem a natureza de direito fundamental, como este tribunal já teve ocasião de decidir (cf. Acórdão n.º 25/85, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 5.º vol. (1985), pp. 95 e segs) — só se justificam quando, para além do mais, se mostrem necessários e adequados à salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais. Por outro lado, têm sempre de ser proporcionados. E, tratando-se de restrições, têm de deixar intocado o conteúdo essencial do respectivo preceito constitucional (cf. artigo 18.º da Constituição)*».

Daqui extrai o Tribunal Constitucional, ainda no mesmo apartado, conclusão em sentido no qual:

«A restrição imposta pela cláusula sub iudicio à liberdade negocial da empresa vencedora do concurso, embora adequada, não é, na verdade, necessária para garantir a manutenção dos postos de trabalho daqueles que prestavam serviços de limpeza no local. Perdido em concurso aquele local de trabalho, eles continuam, com efeito, ao serviço da empresa que os contratou, apenas tendo de passar a trabalhar noutra sítio.

Dir-se-á, ex adverso, que a perda daquele local de trabalho pode colocar a empresa que não venceu o concurso na impossibilidade de manter ao seu serviço os trabalhadores que, contratados por si, ali faziam a limpeza, o que, para eles, se virá a traduzir na perda dos respectivos postos de trabalho.

Conquanto, nalgum caso, isto possa acontecer, daí não decorre que, para a manutenção dos postos de trabalho, seja necessária a restrição imposta pela cláusula sub iudicio à liberdade negocial da empresa vencedora do concurso.

É que, antes de mais, essa não será a consequência normal da perda do concurso, pois o que, em regra, sucede é que, a par de um concurso que se perde, há outro que se ganha. E, então, embora em local diverso, sempre a empresa que perdeu determinado concurso pode continuar a garantir os postos de trabalho aos trabalhadores seus dependentes. Mas, se nalgum caso, a perda do concurso tiver aquela consequência nefasta, a situação dos trabalhadores que, em tais circunstâncias, se virem privados dos seus postos de trabalho não é diferente da dos trabalhadores de uma outra qualquer empresa que tenha de proceder ao despedimento colectivo de trabalhadores ou que se veja forçada a abrir falência, em virtude de, por exemplo, haver perdido um fornecimento importante.

Repete-se, pois: a restrição constante da cláusula sub iudicio não é necessária para garantir os postos de trabalho dos trabalhadores das empresas que prestam serviços de limpeza. Não é necessária, ao menos, para os garantir em termos idênticos àqueles em que o posto de trabalho é garantido a um qualquer trabalhador de uma qualquer empresa de outro tipo».

Havendo, pois, possibilidade de, quando o direito à habitação, previsto no artigo 65.º da

Constituição, está dependente de uma liberdade de conformação política, possibilidades de garantir esse direito através, por exemplo, do fomento das cooperativas de arrendamento, ou do fomento de nova construção para o efeito, ou da reabilitação de imóveis públicos para arrendamentos à classe média – apenas para citar alguns exemplos de alternativas – afigura-se desnecessário fazê-lo à custa da total supressão, em toda a escala, da continuidade de um setor de atividade, até que os Municípios avaliem certos pressupostos da «ressureição» de tal sector.

E note-se inclusivamente que, no caso do alojamento local, de iniciativa quase sempre individual e de investimento micro, a política de habitação pode estar a ser prosseguida, com a suspensão deste setor de atividade, à custa do mínimo de subsistência de pessoas enquanto vetor da dignidade da pessoa humana consagrada no artigo 1.º da Constituição, pois, como bem refere Evaristo Ferreira Mendes¹², *«o exercício da empresa, com a percepção dos respetivos proventos, pode, inclusive, ser não apenas uma via de realização pessoal e profissional do empresário ou "dominus", mas também o seu único ou principal modo de vida»*.

Se se quer assegurar habitação acessível, o que fará o fim do alojamento local aos pequenos proprietários e até titulares de outros direitos reais que, nos estratos mais desfavorecidos dos bairros históricos, viviam do alojamento local, criando micro-empregos na comunidade? O que fará a quem tinha num investimento em alojamento local o complemento da sua humilde pensão de reforma ou de invalidez, ou da opção de tomar conta dos filhos ou dos dependentes a troco de uma dedicação mais parcelar a uma atividade que o permitia?

É tudo isto que a jurisprudência do Tribunal Constitucional nos obriga a pôr em

¹² Cfr. op. e loc. cit., p. 879.

causa com o fim do alojamento local, tudo militando a favor da inconstitucionalidade do artigo 18.º da Proposta de Lei.

A desproporção desta suspensão, em vista do referido, é mesmo patente.

Na verdade, o que deflui do artigo 18.º da Proposta de Lei é que, na dúvida sobre a necessidade de se acabar ou não com o alojamento local em cada Município, e enquanto não se sanar essa dúvida, acaba-se, até ver.

Postas assim as coisas, a violação do princípio da proporcionalidade salta à vista.

A violação do princípio da proporcionalidade patenteada nesta medida ressalta ainda mais quando confrontada com a jurisprudência constitucional sobre o direito à habitação, de acordo com a qual *«O direito à habitação, como direito social que é, quer seja entendido como um direito a uma prestação não vinculada, reconduzível a uma mera pretensão jurídica (cfr. J. C. Vieira de Andrade, ob. cit., pp. 205 e 209) ou, antes, como um autêntico direito subjectivo inerente ao espaço existencial do cidadão (cf. J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, cit., p. 680), não confere a este um direito imediato a uma prestação efectiva, já que não é directamente aplicável nem exequível por si mesmo»* o que confirma que *«ele só surge depois de uma interpositio do legislador, destinada a concretizar o seu conteúdo, o que significa que o cidadão só poderá exigir o seu cumprimento, nas condições e nos termos definidos pela lei.»*¹³.

Nesta mesma linha se afirmou, na Fundamentação do segundo dos arestos

¹³ Cfr. esta formulação nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs: 32/97, de 15 de janeiro, proferido no Processo n.º 61/96; 590/2004, de 6 de outubro, proferido no Processo n.º 944/03; e 197/2023, de 18 de abril, proferido no Processo n.º 401/2020;

acabados de citar, que: «o crédito bonificado não é uma medida de acesso à habitação própria constitucionalmente exigida, nem mesmo uma medida indispensável para assegurar o cumprimento por parte do Estado das políticas que, neste domínio, a Lei Fundamental lhe impõe, quer por via do artigo 65º, quer por via do artigo 9º, alínea d). Como já se deu conta, existem diversas outras medidas à disposição do legislador para concretizar a tarefa de promoção do acesso à habitação própria por parte dos cidadãos. Quer-se com isto dizer que a Constituição obriga à existência de uma política de acesso à habitação própria, que tem de traduzir-se na adopção de medidas concretas, mas cuja escolha compete exclusivamente ao legislador. Os únicos condicionalismos constitucionais são, neste campo, o facto de ter de haver algumas medidas, independentemente da sua configuração (não constituindo opção constitucionalmente admissível a sua inexistência), e a necessidade de tais medidas de promoção de aquisição de casa própria serem distintas dos incentivos ao arrendamento (veja-se que o nº 3 do artigo 65º impõe tais medidas cumulativa e não alternativamente)».

Na mesma linha se remata, no recentíssimo Acórdão n.º 197/2023, que «... depois de confirmado que o regime jurídico-constitucional do direito à habitação lhe confere o estatuto de direito aplicável pela mediação do legislador, verifica-se também que a Constituição não contém uma ordem de legislar, concreta e precisa, que permita identificar os instrumentos de execução que o Estado deve utilizar na concretização do preceito constitucional em causa, deixando, assim, uma larga margem de conformação ao legislador que, dentro dos limites constitucionalmente exigidos, goza de liberdade de escolha quanto às opções de política social a implementar».

Daqui se pode deduzir, sem grande criatividade, que, segundo a ordem constitucional vigente, mais facilmente uma pretensão difusa de habitação para

todos tem que ceder perante o exercício de uma liberdade, a qual não pode aniquilar, do que o contrário, que é aquilo que na Proposta de Lei se intenta fazer.

Aliás, sério índice da violação gravosa que este projetado regime traz no seu bojo, do princípio da proporcionalidade, é o contraste patente com o vigente regime jurídico da deliberação, obrigatoriamente fundamentada, *«áreas de contenção, por freguesia, no todo ou em parte, para instalação de novo alojamento local, podendo impor limites relativos ao número de estabelecimentos de alojamento local nesse território, que podem ter em conta limites percentuais em proporção dos imóveis disponíveis para habitação»* (cfr. n.º 1 do artigo 15.º-A do Decreto-lei n.º 128/2014); ou, *«Para evitar que a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes possa comprometer a eficácia do regulamento municipal a que se refere o n.º 1, podem os municípios, por deliberação fundamentada da assembleia municipal, sob proposta da câmara municipal, suspender, por um máximo de um ano, a autorização de novos registos em áreas especificamente delimitadas, até à entrada em vigor do referido regulamento»* (*idem*, n.º 6); tudo mediante comunicação *«... ao Turismo de Portugal, I. P., que introduz referência à limitação de novos registos nestas áreas no Balcão Único Eletrónico»* (*idem*, n.º 2); e igualmente mediante reavaliação de dois em dois anos, que tem que ser comunicada ao Turismo de Portugal (*idem*, n.º 3).

A este regime, como salienta e bem a Professora Fernanda Paula Oliveira¹⁴, subjazem, sem dúvida, as exigências de ponderação e proporcionalidade entre a livre iniciativa económica – de um lado – e outros interesses públicos relacionados com a segurança e o ordenamento do território – por outro –, limitando-se as restrições ao alojamento local a uma regra de necessidade e fundamentação.

¹⁴ Cfr. «Alojamento local e urbanismo...» *cit., loc. cit.*, pp. 118 e ss.

2.2. Da violação, assacável ao regime de suspensão proposto, do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição

De uma outra perspetiva, os n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, ao neles se estabelecer que «*A emissão de novos registos de estabelecimento de alojamento local, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, na sua redação atual, nas modalidades de apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados numa fração autónoma de edifício, fica suspensa em todo o território nacional, com exceção dos territórios do interior identificados no anexo à Portaria n.º 208/2017, [até ao momento em que] (...) Os municípios definem, expressamente, nas respetivas Cartas Municipais de Habitação aprovadas, nos termos previstos no artigo 22.º da Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro, na sua redação atual, o adequado equilíbrio de oferta de habitações e alojamento estudantil no respetivo território, que permita o termo da suspensão prevista no número anterior*».

Trata-se, pois, de uma suspensão determinada por lei, e que depois cabe aos Municípios levantar, derrogando assim a suspensão legal.

Ora, um semelhante regime viola, patentemente, a norma constante do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, na parte em que no mesmo se dispõe que «*Nenhuma lei pode (...) conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos*».

Se dúvidas houvesse sobre semelhante inconstitucionalidade, atente-se no precedente jurisprudencial decisivo do julgamento de inconstitucionalidade, pelo Acórdão n.º 197/93, justamente por violação do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, das normas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º da Lei n.º 81/2014, na versão que lhe foi introduzida pela Lei n.º 31/2016, de harmonia com cujas disposições «*No quadro da autonomia das regiões*

autónomas e das autarquias locais, podem estas aprovar regulamentação própria visando adaptar a presente lei às realidades física e social existentes nos bairros e habitações de que são proprietárias [, posto que o exercício de tal competência] (...) não pode conduzir à definição de normas regulamentares menos favoráveis para os arrendatários, quer quanto ao cálculo do valor de rendas, quer quanto às garantias de manutenção do contrato de arrendamento».

Neste caso precedente, como no artigo 18.º da Proposta de Lei, está em causa, segundo o parágrafo inicial do ponto 9 da Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 197/2023, «... saber se, face à concreta redação dos n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º, que confere uma ampla competência regulamentar às regiões autónomas e às autarquias locais («podem estas aprovar regulamentação própria visando adaptar a presente lei»), existe uma violação do princípio da preeminência (ou da preferência) da lei [, pois,] (...) Como assinala Ana Raquel Moniz, «[s]ublinhar o fundamento legal do poder regulamentar implica, desde logo, o reconhecimento do princípio da preeminência (da primazia ou da preferência) da lei», tratando-se «de uma questão conexcionada de forma íntima com o problema dos limites do poder regulamentar e com a posição do regulamento no quadro das “fontes do direito”», proibindo este princípio, «nos termos do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, a existência de regulamentos modificativos, suspensivos, derogatórios ou revogatórios das leis»».

Noutras palavras da mesma sede, «Mais em concreto, está em jogo determinar se estas disposições consubstanciarão, ou não, a violação da reserva de lei prevista no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição».

No ponto 9 da Fundamentação do Acórdão n.º 197/2023, começa-se, a este propósito, por estabelecer a asserção interpretativa segundo a qual, «Conforme refere Gomes Canotilho, «[a] reserva de lei comporta duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A dimensão negativa significa que nas matérias reservadas à lei está proibida a

intervenção de outra fonte de direito diferente da lei (a não ser que se trate de normas meramente executivas da administração). Em termos positivos, a reserva de lei significa que, nessas mesmas matérias, a lei deve estabelecer ela mesmo o respetivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes (proibição de «incompetência negativa do legislador»»).

Acrescenta-se no mesmo ponto que, «em sentido próximo, Jorge Miranda põe em evidência, a propósito desta norma constitucional contida no n.º 5 do respetivo artigo 112.º, a necessidade de observância dos «limites decorrentes das reservas constitucionais de matérias e competências. Onde houver reserva de lei o legislador excederia as suas atribuições se reduzisse matérias aí compreendidas ao nível regulamentar», não sendo «lícito ao legislador, a pretexto da flexibilidade, criar insegurança acerca do valor das fontes e dos atos jurídico-constitucionais»».

Daqui conclui o Tribunal Constitucional, sempre pedindo de empréstimo asserções à literatura, que: «Assim, e centrando-nos especificamente na relação entre a lei e o regulamento – o ponto que mais nos interessa –, o princípio da reserva da lei proíbe que a lei preveja a faculdade de um regulamento dispor do seu conteúdo, ou seja, que através de reenvios normativos a lei remeta para regulamento a sua interpretação, integração, modificação, suspensão ou revogação, entendendo-se que a modificação abrange a própria extensão ou redução do âmbito da lei (cfr. Jorge Miranda, «Lei», in: Dicionário Jurídico da Administração Pública, Volume V, Lisboa, 1993, p. 381 e seg.) (...), [bem como que,] e acompanhando ainda Jorge Miranda, «[n]ão pode haver regulamentos delegados ou autorizados, ou regulamentos que assumiriam função de lei – que, em vez de se dirigirem à “boa execução das leis” [art. 199.º, alínea c)] fariam o mesmo que uma lei. (...) A hierarquia do ordenamento jurídico, a racionalização das tarefas normativas e a segurança dos cidadãos reclamam claramente o que a Constituição prescreve no art. 112.º, n.º 5»».

De um outro ângulo, reforça o Tribunal Constitucional, sempre no ponto 9 da Fundamentação do Acórdão 197/2023, e sempre com auxílio da melhor literatura, que *«Sendo as normas regulamentares emanadas no exercício da função administrativa – função que deve ser levada a cabo com submissão à função legislativa, por se tratar de uma função secundária ou de segundo grau – isso implica que, para além do seu valor infra legal, têm sempre uma relação de dependência com a lei, sendo normas derivadas ou secundárias do ordenamento jurídico, ou seja, são sempre as leis que determinam o seu próprio conteúdo, não podendo tal tarefa caber aos regulamentos (neste sentido, cfr. Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Almedina, Lisboa, 1980, p. 109; e Jorge Miranda, Atos legislativos, cit., p. 103)».*

Claro que só um intérprete pouco prevenido não antevê que, logo a seguir, o mesmo Tribunal Constitucional, na mesma sede, ressalva o quanto: *«Deve reconhecer-se, porém, que os regulamentos das autarquias locais, e por maioria de razão, também os das regiões autónomas, colocam questões particulares, na medida em que «[a]s relações entre a lei e os regulamentos dos entes autónomos não é inteiramente semelhante à dos regulamentos da administração central. Os regulamentos das autarquias locais não são meros “prolongamentos das leis” mas a manifestação de um poder normativo descentralizado (...). Se a lei pode regular os confins entre as duas fontes, ela não pode eliminar o próprio núcleo essencial de reserva autónoma regulamentar. Nesse sentido, os regulamentos dos entes autónomos são, nos próprios termos constitucionais (cfr. art. 241.º), subordinados à lei, mas esta encontra limites inderrogáveis na natureza ordenamental autónoma (reserva do núcleo essencial da regulação autonómica como limite da preferência, precedência e reserva de lei) (Gomes Canotilho, Direito Constitucional ..., cit., p. 843)».*

O Tribunal Constitucional, ante o exposto, não deixa pois de reconhecer, logo de seguida, que, *«Seguindo este entendimento e tendo em conta as especificidades locais,*

o legislador, nesta situação a Assembleia da República, pode «autorizar» complementações regulamentares a serem levadas a cabo por intermédio de regulamentos autónomos das autarquias locais, uma vez que estamos no âmbito de matérias que, embora exigindo um regime legal substancial, não implicam, pelo menos em termos estritos a referida complementação regulamentar – por ser esse o caso das medidas de concretização de uma política (...) de acesso à habitação própria».

Não obstante, e tal qual acaba por concluir o Tribunal Constitucional em imediata adversativa à afirmação anterior deste ponto 9 da Fundamentação do Acórdão n.º 197/2023, «*Todavia, é importante sublinhar que tais regulamentos autónomos (não só neste domínio, mas em geral) nunca poderão substituir a lei e, muito menos, ocupar espaços constitucionalmente reservados à lei (cfr. Gomes Canotlho, Direito Constitucional..., cit., p. 843, aludindo à admissibilidade do que chama de «reserva de administração vertical», mas sempre subordinada ao citado limite)».*

Por isso, reverte o Tribunal Constitucional às normas por si apreciadas, de conteúdo análogo ao dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, para ressaltar que, «*... a Assembleia da República, ao reconhecer a existência de interesses próprios regionais e locais no contexto da realização de uma tarefa constitucional estadual, deve concretizar o âmbito de tais interesses através da clara definição das competências subjetivas, delimitando de forma rigorosa «o dualismo de tarefas traduzido na prossecução de “interesses próprios” e na cooperação para a concretização de tarefas estaduais» (cfr. Gomes Canotlho, Direito Constitucional..., cit., p. 738); daqui concluindo que, aproximando-nos de novo das normas sindicadas, tal não se verifica na redação conjugada dos n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º da Lei n.º 81/2014, na redação dada pela Lei n.º 32/2016. Estes preceitos conferem às regiões autónomas e às autarquias locais competência para adaptar a presente lei às realidades física e social existentes nos bairros e habitações de que são proprietárias (cfr. n.º 4 do artigo 2.º – destacado nosso), competência essa que só pode ser entendida como uma autorização para modificar e –*

uma vez que, como vimos, a modificação da lei abrange a própria extensão ou redução do respetivo âmbito – revogar os preceitos constantes do regime legal».

Portanto:

(1) *Se «... a Assembleia da República, ao reconhecer a existência de interesses próprios regionais e locais no contexto da realização de uma tarefa constitucional estadual, deve concretizar o âmbito de tais interesses através da clara definição das competências subjetivas, delimitando de forma rigorosa «o dualismo de tarefas traduzido na prossecução de “interesses próprios” e na cooperação para a concretização de tarefas estaduais»»;*

(2) *«tal [também] não se verifica na redação conjugada dos (...) [n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, porque o n.º 2] (...) confere(...) às autarquias locais competência para (...) [porem termo à suspensão prevista no n.º 1], competência essa que só pode ser entendida como uma autorização para modificar e – uma vez que, como vimos, a modificação da lei abrange a própria extensão ou redução do respetivo âmbito – revogar o (...) [n.º 1]».*

É muito impressionante o modo pelo qual o Tribunal Constitucional, neste ponto 9 da Fundamentação do Acórdão n.º 197/2023, propugna pela inconstitucionalidade em termos que podemos, na íntegra, transplantar para o caso dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, quando refere, em fundamentação a que quadram perfeitamente *links* para o nosso caso: «Reside aqui o ponto central de análise da questão de constitucionalidade, do ponto de vista da alegada violação do princípio da reserva de lei: a possibilidade, conferida pela norma sindicada, de (...) as autarquias locais aprovarem regulamentação própria com vista à adaptação [ou derrogação] da lei às [suas] realidades (...) facultada pela norma sindicada, permite àquelas pessoas

coletivas autónomas (...) pelo menos modificar e revogar preceitos legais: não está em causa uma mera concretização do regime legal, mas um poder de modificação, que a Constituição não permite. “Adaptar” [, e mais ainda “pôr termo a uma suspensão legal”,] implica permitir uma derrogação, constitui uma credencial para as (...) as autarquias locais modificarem a lei em derrogação do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição. Ao permitir tal modificação, a norma sindicada está a permitir regulamentos autorizados ou delegados que, como vimos, contrariam a Constituição».

Posto isto, o Tribunal Constitucional vai, no referido ponto, ainda mais longe, ao asseverar, de modo que quadra igualmente ao conteúdo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei: *«Não está aqui em causa uma lei que permita a emissão, nos termos constitucionalmente admitidos, de regulamentos independentes autónomos: «os regulamentos regionais e locais estão constitucionalmente garantidos (artigo 227.º/d) e 241.º) e a sua emissão está legalmente prevista e atribuída aos órgãos competentes pela lei (Estatutos das Regiões Autónomas, Lei das Autarquias Locais) (cfr. Vieira de Andrade, Lições de Direito Administrativo, Imprensa da Universidade de Coimbra, 3.ª ed., 2013, p. 135). Pelo contrário, abre-se a porta a regulamentos que podem modificar ou revogar preceitos legais pertinentes, pelo que também é claro estarmos para lá da figura de regulamento de execução ou mesmo de regulamentos complementares. E, não obstante a elasticidade da reserva de lei, o artigo 65.º, n.º 3, da Constituição não deve nem pode ser concretizado desta forma, uma vez que a lei remete para regulamentos autorizados ou delegados, proibidos pelo n.º 5 do seu artigo 112.º. Convém a este propósito notar que, mesmo em análises de autores que se mostram mais favoráveis a uma tal «elasticidade» da reserva de lei – a propósito, precisamente, de jurisprudência mais antiga deste Tribunal, em que teria sido seguido um «entendimento estrito da reserva de lei» suscetível de levantar dúvidas «porque e na medida em que é confrontado com a reserva*

de autonomia que a Constituição por sua vez garante às autarquias locais» (cfr. Vieira de Andrade, «Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei – Algumas reflexões acerca da admissibilidade de regulamentos das Autarquias Locais em matéria de direitos, liberdades e garantias”, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró – Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Tomo I, 1984 , p. 2) – o que na verdade está em causa é «abrir a possibilidade de o legislador remeter (ou não) para regulamento a definição de alguns aspectos do regime de situações incluídas na matéria reservada», sublinhando: «Naturalmente, esses aspectos não serão nunca aspectos essenciais ou primários, que impliquem opções fundamentais, pois estas pertencem ao núcleo típico da função legislativa e são por isso inequivocamente da responsabilidade própria e irrenunciável do legislador. Mas, por que há-de ser inconstitucional a autorização da lei aos órgãos da Administração para regularem questões secundárias ou menos importantes (...) desde que boas razões (de eficiência, de flexibilidade, de proximidade dos factos, por exemplo) o aconselhem?» (cfr. Vieira de Andrade, ob. cit., p. 14)».

E ainda com o ponto 9 da Fundamentação do Acórdão n.º 197/2023, em moldes que assentam que nem uma luva ao diagnóstico da inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, «Acrescente-se que o n.º 5 do mesmo artigo 2.º («O disposto no número anterior não pode conduzir à definição de normas regulamentares menos favoráveis para os arrendatários, quer quanto ao cálculo do valor de rendas, quer quanto às garantias de manutenção do contrato de arrendamento») [- tal como o n.º 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, na parte em que faz depender o termo da suspensão legal, a introduzir pelas Cartas de Habitação, da verificação do «... adequado equilíbrio de oferta de habitações e alojamento estudantil no respetivo território» -], define[m] apenas dois limites aos poderes regulamentares atribuídos (...), o que (...) é manifestamente insuficiente para delimitar adequadamente as competências subjetivas dos órgãos em

questão».

A este propósito, no contexto da Proposta de Lei em análise, basta apenas reforçar que: **(1)** onde agora se vem propor que a decisão sobre proibição de alojamento local apenas dependa da verificação do «... *adequado equilíbrio de oferta de habitações e alojamento estudantil no respetivo território*»; **(2)** vigora, atualmente, um regime de habilitação regulamentar municipal bem mais conforme com o n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, nos termos do qual, sem se conferir aos Municípios a faculdade de porem termo a uma suspensão legal, se prevê, de acordo com os princípios da legalidade e da proporcionalidade, que «*Com o objetivo de preservar a realidade social dos bairros e lugares, a câmara municipal territorialmente competente, pode aprovar por regulamento e com deliberação fundamentada, a existência de áreas de contenção, por freguesia, no todo ou em parte, para instalação de novo alojamento local, podendo impor limites relativos ao número de estabelecimentos de alojamento local nesse território, que podem ter em conta limites percentuais em proporção dos imóveis disponíveis para habitação*» (cfr. n.º 1 do artigo 15.º-A do Decreto-lei n.º 128/2014); ou, «*Para evitar que a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes possa comprometer a eficácia do regulamento municipal a que se refere o n.º 1, podem os municípios, por deliberação fundamentada da assembleia municipal, sob proposta da câmara municipal, suspender, por um máximo de um ano, a autorização de novos registos em áreas especificamente delimitadas, até à entrada em vigor do referido regulamento*» (idem, n.º 6); tudo mediante comunicação «... *ao Turismo de Portugal, I. P., que introduz referência à limitação de novos registos nestas áreas no Balcão Único Eletrónico*» (idem, n.º 2); e igualmente mediante reavaliação de dois em dois anos, que tem que ser comunicada ao Turismo de Portugal (idem, n.º 3).

No referencial ponto 9 da Fundamentação do Acórdão n.º 197/2023, em termos mais uma vez quadrantes com a inconstitucionalidade apontada aos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei, o Tribunal Constitucional mostrou-se firme em asseverar que «... a

regulamentação secundária/regulamentar não poderá substituir-se à lei na definição das relações entre o Estado e os cidadãos, não lhe podendo ser atribuída a capacidade de alterar as condições de acesso ao regime de arrendamento apoiado já definidas na lei [ou a suspensão da permissão de novos alojamentos locais prevista na lei – ainda que ela própria inconstitucional –], sob pena de inconstitucionalidade [, pois,] (...) conforme refere Mário Esteves de Oliveira, os regulamentos autónomos, de que são exemplo paradigmático os regulamentos emanados pelas autarquias locais, «só são de equiparar, como regulamentos “praeter legem”, aos regulamentos delegados, na medida em que neles se conterão prescrições ou disciplina para além daquela fixada em lei anterior», mas «têm uma natureza e fundamento completamente distintos» de tais regulamentos delegados e estão, também eles, limitados pelo disposto na lei: não podem violar comandos legislativos anteriores, ou seja, não podem ser contra legem [,] tal significa[ndo] que o legislador, ao prever medidas legislativas gerais, está necessariamente a condicionar ou limitar as manifestações regulamentares dos entes autónomos».

A mais dura das verdades, com a qual também os n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º da Proposta de Lei se hão de confrontar, é a de que, tal qual é epigraficamente concluído no remate do ponto 9 da Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 197/2023, «Prever a possibilidade de adaptação da lei através de regulamento, não é senão habilitar as regiões autónomas e as autarquias locais a aprovarem regulamentos modificativos capazes de alterar e, conseqüentemente, revogar os preceitos normativos previstos na lei, pelo que se considera que a redação conjugada dos n.ºs 4 e 5 do artigo 2.º da Lei n.º 81/2014, na redação dada pela Lei n.º 32/2016 [, tal como os em tudo semelhantes n.ºs 1 e 2 da Proposta de Lei em apreço], é inconstitucional, consubstanciando uma violação do disposto no n.º 5 do artigo 112.º da Constituição».

Eis pois como as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 18.º podem e devem ser, com as demais do artigo 18.º que as complementam ou pressupõem, consideradas inconstitucionais

por violação do n.º 5 do artigo 112.º, das mesmas se podendo dizer, enfim e por uma última vez com o ponto 9 da Fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 197/2023, que, «os parâmetros de constitucionalidade convocados (...), se perecem em relação a uma eventual violação da reserva de Estado e do princípio da indisponibilidade de competências – por nós afastados – devem vingar no tocante à argumentação que encontra arrimo na violação do princípio da reserva da lei».

3. Inconstitucionalidade do projetado regime exigente da alteração, no título constitutivo da propriedade horizontal, do uso de frações autónomas habitacionais, quando esteja em causa o registo de um estabelecimento de alojamento local novo

Demonstrou-se já à sociedade supra, na rubrica 2.1., o quanto um regime como o da suspensão dos registos de alojamento local, na prática, acaba definitivamente com a atividade.

Contudo, na última versão da Proposta de Lei, saída da especialidade, a Assembleia da República vai mesmo mais longe do que o Governo em tais intentos.

Assim, nos termos dos projetados n.ºs 4 e 5 a que se projeta agora introduzir no artigo 5.º do atual Decreto-lei n.º 128/2014, «*Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local*» (cfr. projetado n.º 4), «...tomada nos termos do número 1 do artigo 1419.º do Código Civil» (cfr. n.º 5).

Em conformidade, nos termos da projetada nova alínea f) do n.º 2 do artigo 6.º do

Decreto-lei n.º 128/2014, «A comunicação prévia com prazo deve [agora] ser obrigatoriamente instruída com (...) Ata da assembleia de condóminos autorizando a instalação, no caso dos «hostels», e dos alojamentos locais aprovados nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo anterior».

Como é bom de ver e mais concretizadamente se explicitará de seguida, este projetado regime estende, no essencial e *mutatis mutandis*, ao registo de qualquer estabelecimento local a instalar em fração autónoma destinada a habitação inserida em edifício em propriedade horizontal a exigência que, nos termos da versão atualmente vigente desta alínea f), se aplica única e exclusivamente aos «hostels», sendo que, de acordo com o n.º 6 do artigo 3.º do diploma na sua versão atualmente vigente, «Considera-se «hostel» o estabelecimento cuja unidade de alojamento predominante seja o dormitório, considerando-se predominante sempre que o número de utentes em dormitório seja superior ao número de utentes em quarto».

Ora, as três citadas normas constantes da última versão da Proposta de Lei, já pela falta de clareza de alguns dos seus enunciados, já pela desproporção das restrições que consigo trazem, já ainda pela contradição com outras disposições do ordenamento jurídico a que conduzem, são materialmente inconstitucionais, pelas distintas e cumulativas razões que se explicitam a seguir.

- 3.1. Da inconstitucionalidade do projetado n.º 4 a acrescentar ao artigo 5.º do Decreto-lei n.º 128/2014, por violação da exigência de determinabilidade da lei restritiva de direitos, enquanto corolário da cláusula de Estado de Direito consagrada no artigo 2.º da Constituição e do regime de restrição de direitos, liberdades e garantias previsto no artigo 18.º da mesma

Nos termos do novo n.º 4 que se projeta acrescentar ao artigo 5.º do vigente Decreto-

lei n.º 128/2014 na respetiva versão atualmente em vigor, *«Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local»*.

Sucedem que não se consegue, a uma primeira vista, atribuir um sentido a esta norma, como é tarefa da interpretação jurídica.

Na verdade, se a norma nos coloca perante um caso em *«... que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação»*, e se exige a precedência de *«... decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local»*, não se percebe, nem por sombras, qual é o uso que tem que resultar da deliberação do condomínio.

Em primeiro lugar, se o que se quer é registar uma atividade de alojamento local, como é que se exige, para tanto, a precedência de *«... decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local»*, i.e., de um uso diverso daquele que constitui o objeto do estabelecimento a registar?

Será possível que, para se registar um estabelecimento de alojamento local, o legislador queira passar a exigir a decisão do condomínio no sentido de permitir um uso diverso, isto é, diferente, do alegado uso de alojamento local? Para se utilizar uma fração autónoma de um dado modo, será possível que se queira passar a exigir uma autorização para um uso diverso do modo pelo qual se quer utilizar a fração?

Este é, naturalmente, um resultado interpretativo absurdo a que o enunciado conduz, e que só pode ser afastado se afastada a presunção a que o n.º 3 do artigo 9.º do Código

Civil obriga o intérprete, que é a de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e exprimiu o seu pensamento de modo adequado.

Tente extrair-se então, apelando a um sentido com mínimo de correspondência na letra da norma, ainda que imperfeitamente expressa, como prescreve que se faça agora o n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil, um sentido interpretativo que não seja absurdo.

Poderá sustentar-se, sem violar gravosamente o artigo 9.º do Código Civil quanto ao sentido literal mínimo da interpretação, que, com a norma em projeto, se quer introduzir no artigo 5.º prescrição de acordo com a qual *«Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso[,] de exercício da atividade de alojamento local»*.

O acrescento interpretativo da vírgula subsequente à locução *«uso diverso»* permite esclarecer, então, que, afinal, o uso diverso que o condomínio há-de ter que autorizar é um *«uso diverso do uso de habitação»*, e que é *«um uso de exercício de alojamento local»*.

Mesmo assim, e desde logo, subsiste a dúvida interpretativa legítima, decorrente de uma escolha difícil entre cumprir a presunção do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas exprimindo-se de forma adequada – por um lado – admitir que o sentido da norma foi imperfeitamente expresso para os efeitos do mínimo de correspondência literal exigida pelo n.º 2 do mesmo artigo – por outro –, consistente na flutuação entre as possibilidades de – por um lado – se se exigir uma autorização permissiva *«uso diverso de exercício de alojamento local»*, ou – alternativamente – decisão autorizativa de *«uso diverso do uso de habitação, previsto no título constitutivo para a fração autónoma em causa, uso diverso esse que se entenda*

de exercício de alojamento local».

Como ensinou o Prof. Menezes Cordeiro, a pp. 1176 e 1177 da sua dissertação de doutoramento¹⁵, «A ideia de conceito indeterminado (...) sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, [entre outras circunstâncias] por (...) ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira».

Como ensina o mesmo Mestre: «A ambiguidade advém quer da língua portuguesa ter a particularidade de admitir proposições sem sujeito expresso ou de fazer concordar os possessivos com o adjectivado e não com o beneficiário — p. ex., no art. 402.º, «A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça»: o sujeito de corresponde tanto pode ser o dever moral como o cumprimento (...); e no art. 1352.º/3, «...os proprietários que participam do benefício das obras são obrigados a contribuir para as despesas delas, em proporção do seu interesse...»: interesse dos proprietários ou das obras (...)?— quer de barbarismos legislativos — p. ex. o lamentável DL 236-/80, de 18 de Julho, caso tivesse, como resulta da sua letra mas contraria o seu espírito, alterado o art. 442.º/2 do Código Civil, incluiria uma menção à tradição da coisa que tanto se poderia reportar à tradição da coisa-sinal como da coisa-objecto do contrato-promessa»¹⁶.

Também aqui não se sabe se a locução complementar predicativa «de exercício de alojamento local» se refere — como a letra indicia — à locução «uso diverso», ou simplesmente à palavra «uso», sendo a palavra «diverso» um predicativo cumulativo com a locução «de exercício de alojamento local», ambos referentes a «uso».

¹⁵ Cfr. *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984.

¹⁶ Cfr. *op. cit.* na nota anterior, pp. 1177-1178.

O problema aqui, de facto, é o de que o registo de estabelecimentos de alojamento local pode ocorrer segundo uma das duas interpretações possíveis, o que deixa à sorte da ambiguidade o exercício, como se viu, da livre iniciativa económica, enquanto exercício de um direito fundamental análogo a direitos, liberdades e garantias.

Ora, tal como decorre do lapidar Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 123/2021, de 15 de março, tirado em fiscalização preventiva justamente em resposta a um requerimento em que Sua Excelência o Senhor Presidente da República pedia a pronúncia pela inconstitucionalidade de um conceito ambíguo utilizado numa norma de condicionamento do exercício de direitos, liberdades e garantias, Acórdão esse cujas proposições, a respeito, nos permitimos aqui sequenciar como premissas da censura correlata a que intentamos proceder:

- (I) *«a exigência de um especial cuidado em matéria de determinabilidade da lei ou de densificação normativa pode resultar não só de se estar no âmbito de domínio abrangido pela reserva de lei parlamentar, mas igualmente das exigências do princípio da legalidade administrativa (v., em especial, o artigo 266.º, n.º 2, da Constituição), na sua vertente da precedência da lei[, pois,] (...) Como se afirmou no Acórdão n.º 296/2013 (II, 46), «a norma legal habilitante da atuação administrativa tem de apresentar um mínimo de densidade, i.e., tem de conter uma disciplina suficientemente precisa (densa, determinada), de forma a, no mínimo, poder representar um critério legal orientador da atuação para a administração, permitindo o respetivo controlo por juízos de legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos[, sendo que] (...) A falta de um critério legal efetivo, garantindo a imparcialidade e evitando a arbitrariedade, priva a função administrativa de parâmetro de atuação)» (cfr. o ponto 38. Da Fundamentação);*

- (II) «Conforme a jurisprudência deste Tribunal tem entendido – v., por exemplo, o Acórdão n.º 225/2018 (n.º 53) –, a disciplina legislativa em matéria de direitos, liberdades e garantias, que é matéria de reserva de lei parlamentar, em especial quando restritiva daqueles (...), deve obedecer a critérios de precisão ou determinabilidade, decorrentes do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição» (ibidem);
- (III) «Como referido no Acórdão n.º 285/92, e foi reiterado em jurisprudência posterior: «[A] questão da relevância do princípio da precisão ou determinabilidade das leis anda associada de perto à do princípio da reserva de lei e reconduz-se a saber se, num dado caso, o âmbito de previsão normativa da lei preenche ou não requisitos tidos por indispensáveis para se poder afirmar que o seu conteúdo não consente a atribuição à Administração, enquanto executora da lei, de uma esfera de decisão onde se compreendem elementos essenciais da própria previsão legal, o que, a verificar-se, subverteria a ordem de repartição de competências entre o legislador e o aplicador da lei. [...]» (ibidem);
- (IV) «Reconhece-se, sem dificuldade, que o princípio da determinabilidade ou precisão das leis não constitui um parâmetro constitucional “a se”, isto é, desligado da natureza das matérias em causa ou da conjugação com outros princípios constitucionais que relevem para o caso[, mas,] (...) Se é, pois, verdade que inexistente no nosso ordenamento constitucional uma proibição geral de emissão de leis que contenham conceitos indeterminados, não é menos verdade que há domínios onde a Constituição impõe expressamente que as leis não podem ser indeterminadas, como é o caso das exigências de tipicidade em matéria penal constantes do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, e em matéria fiscal (cfr. artigo 106.º da Constituição) ou ainda enquanto

afloramento do princípio da legalidade (nulla poena sine lege) ou da tipicidade dos impostos (null taxation without law)» (ibidem);

- (V) *«Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18.º da Constituição, em especial do seu n.º 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), forçoso se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio de proporcionalidade a que deverão estar obrigadas as aludidas restrições [...], o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de atuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o “núcleo essencial” da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (Tatbestand); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objetivo efetivo da adequação das concretas atuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem» (ibidem);*

- (VI) *«Ou seja, conforme sintetizado no Acórdão n.º 474/2013: «Incumbe ao Estado inscrever na lei critérios claros, precisos e seguros de decisão, em termos de conferir à atuação da Administração espaço concretizado de vinculação – e não de volição primária – através da identificação de um núcleo relevante para legitimar a intervenção restritiva do direito, liberdade e garantia afetado. Como, igualmente, permitir o controlo judicial da (eventual) ausência de*

critérios de gestão e a proporcionalidade das suas consequências face à lesão profunda [daquele] direito [...].»» (ibidem);

- (VII) *«No mesmo sentido, afirma JORGE REIS NOVAIS «[e]m Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, o reconhecimento da inevitabilidade de a autonomia, liberdade e bem-estar individuais constitucionalmente protegidos poderem ser restringidos vem a par da necessidade de o sentido e o alcance da restrição, bem como a medida concreta da sua potencial aplicação, serem determináveis com suficiente precisão, possuírem um conteúdo normativo suficientemente denso e, como tal, identificável pelos destinatários e afetados, virem estritamente recortados em função dos fins que os justificam e serem, portanto, necessários, reconhecíveis no seu conteúdo e previsíveis nos seus efeitos.» (v. Princípios Estruturantes de Estado de Direito, Almedina, Coimbra, 2019 [reimpr.], p. 267)» (ibidem).*

Precisamente a indeterminação por ambiguidade do conceito de «*uso diverso de exercício de alojamento local*», em cuja presença se está no enunciado projetado, conduz, no âmbito da restrição de um direito fundamental análogo a direitos, liberdades e garantias (cfr. *supra*, a rubrica 2.1.), a que: **(1)** os empreendedores de alojamento local não saibam de que deliberação do condomínio estão à mercê para poderem registar a sua atividade, enquanto condicionamento da sua livre iniciativa económica; e **(2)** a Administração, consoante o sentido interpretativo que escolha no quadro da diagnosticada ambiguidade, possa substituir-se ao legislador, determinando, arbitrariamente, qual o conteúdo da deliberação do condomínio – de entre os dois possíveis – exigido como pressuposto do preenchimento da regra de instrução do pedido de registo constante da ora projetada alínea f) do n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-lei n.º 128/2014.

De resto, esta inconstitucionalidade, por violação do imperativo de determinabilidade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, resultantes dos artigos 2.º, 18.º e 266.º da Constituição, agrava-se tanto mais quanto cada qual dos sentidos alternativos possíveis do projetado n.º 4 do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 128/2014, por si só, padece também de inconstitucionalidade material.

Assim, se o sentido adotado como norma emergente do enunciado ambíguo for o de exigir, para o registo de alojamento local numa fração autónoma destinada a habitação, uma decisão do condomínio que autorize um uso diverso do exercício de alojamento local, no sentido de uso diferente do exercício da atividade de alojamento local ou não coincidente com o exercício da atividade de alojamento local, sendo o fim do projetado preceito o de consagrar a exigência de uma deliberação do condomínio habilitante do exercício da atividade de alojamento local, tal solução é patentemente violadora do princípio da proporcionalidade, na vertente da adequação. Se, tal como deflui do recentíssimo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022, de 28 de junho, «*a aptidão deve ser aferida (...) bastando-se, antes, como uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido (...), sendo suficiente uma realização parcial do propósito – desde que esta realização não seja marginal ou desprezível*»; não há qualquer aproximação sensível do fim de autorizar o registo da atividade do alojamento local de uma norma que, para tanto, imponha uma autorização para uso diverso do exercício do alojamento local, no sentido de outro uso que não o do exercício de alojamento local.

Simplesmente, também a via interpretativa da norma projetada que aponta, de forma pelo menos mais adequada, para a exigência, por ocasião do registo de alojamento local em fração autónoma destinada a habitação, da autorização pelo condomínio de um uso diverso do de habitação, padece, e limitando-nos apenas ao conteúdo da autorização sem agora se discutir o bem-fundado da exigibilidade da mesma, de inconstitucionalidade material a vários títulos.

Desde logo se repete a inconstitucionalidade material por violação da regra da determinabilidade da norma restritiva de direitos análogos a direitos, liberdades e garantias, extraível dos artigos 2.º, 18.º e 266.º da Constituição, nos termos supra isolados, pois é impossível determinar-se qual o uso diverso do de habitação, acomodaticio do alojamento local, que o condomínio há de autorizar, como uso diverso do de habitação.

Será, em concreto, um uso de exercício de alojamento local, ou um uso mais genérico, que não habitacional, o qual possa acomodar a atividade de alojamento local?

Com facilidade se reconhece a inspiração deste novo n.º 4 projetado para o artigo 5.º.

A mesma reside no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2022, proferido no Processo n.º 24471/16.4T8PRT.P1.S2-A, de acordo com cuja fundamentação de direito, de cuja transcrição se abusará em nome da clareza e da inequívocidade:

«16. Conforme decorre do exposto anteriormente, a questão do alojamento local a realizar em fracção autónoma de edifício constituído em propriedade horizontal, quando a referida fracção se encontra destinada a habitação – maxime com indicação dessa finalidade igualmente no regulamento do condomínio – tem sido questão jurídica debatida e sobre a qual é possível identificar, pelo menos, três orientações diversas: a do acórdão recorrido, a do acórdão fundamento, ou uma posição a que apelidaremos de intermédia.

A questão consiste em saber se o exercício da actividade de alojamento local, regulada pelo Dec.-Lei n.º 128/2014, de 29-08, com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 63/2015, de 23-04, em fracção autónoma destinada a habitação, segundo menção constante do título constitutivo da propriedade horizontal do prédio em que esta se integra, nos termos do artigo 1418.º, n.º 2, alínea a), do Código Civil, constitui ou não uso diverso do fim a que essa fracção é destinada, vedado aos condóminos, nos termos e para os efeitos do preceituado no artigo 1422.º, n.º 2,

alínea c), do mesmo Código.

(...)

A constituição válida da propriedade horizontal depende da verificação dos parâmetros e requisitos legais a que está sujeita, como são os previstos, quanto ao seu objeto, no artigo 1415.º do mesmo Código, e as prescrições respeitantes à construção urbanística e respectiva utilização constantes, nomeadamente, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU).

(...)

Da conjugação destes regimes resulta que a existência de licença de utilização para um determinado uso de certa fracção não visa propriamente estabelecer as condições específicas ou sectoriais para o exercício de cada tipo de actividade económica que neles se pretenda instalar, mas tão só que se indica o fim, como categoria de utilização genérica ou aberta, no quadro dos usos urbanísticos dominantes admissíveis para cada zona territorial.

Por isso é admissível a utilização com sentidos complementares ou mistos, face ao indicado, sem necessidade de alteração das autorizações de utilização emitidas (cf. artigo 62.º do RJUE).

O alojamento local (AL), no quadro destas licenças, é compatível com o destino genérico “habitação” dado a um prédio urbano em regime de propriedade horizontal e às suas fracções autónomas no respectivo projecto de construção e atestado na subsequente autorização de utilização, o que também é compatível com o seu uso para a instalação de alojamento local, em face do disposto no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do Dec.-Lei n.º 128/2014, de 29-08.

Ainda assim, isso não invalida que se tenham de conjugar as regras civilistas com o regime urbanístico e de cariz administrativo e que, em consequência, a par do destino do prédio ou das suas fracções autónomas fixado no projecto de construção e na autorização de utilização, o título constitutivo da propriedade horizontal contenha a menção do fim a que se destina cada fracção autónoma ou parte comum (cf. alínea a) do n.º 2 do artigo 1418.º do CC) de âmbito mais restrito do que aquele que consta do projecto ou da licença de utilização.

Na verdade, o título constitutivo pode conter proibições de os condóminos praticarem quaisquer actos ou actividades (cf. artigo 1422.º, n.º 2, alínea d), 1.ª parte, do CC) e pode do regulamento do condomínio que seja, porventura, inserido naquele título, constar a disciplina do uso, fruição

e conservação, quer das partes comuns, quer das fracções autónomas.

Também posteriormente à constituição da propriedade horizontal pode ser proibida a prática de actos ou de actividades mediante deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição (cf. parte final da alínea d) do n.º 2 do citado artigo 1422.º).

No entanto, tanto a menção do fim a que se destina cada fracção autónoma ou parte comum, como as específicas proibições de prática de actos ou actividades constantes do título constitutivo, de regulamento do condomínio nele inserido ou de deliberação posterior nos termos referidos, devem ser compatíveis com o fim do prédio ou das suas fracções fixado no projeto e atestado na autorização de utilização, sob pena de nulidade (cf. n.º 3, parte final, do mencionado artigo 1418.º do CC).

Nessa medida, aquela menção e as aludidas proibições constituem modos de delimitar ou restringir, por via negocial, o destino ou o uso das fracções autónomas ou das partes comuns, desde que tais delimitações ou proibições não desvirtuem o conteúdo essencial dos direitos de propriedade abrangidos.

Não menos relevante é o efeito de publicidade que resulta da conjugação dos regimes indicados com as regras do registo predial, em que a delimitação do fim e as restrições de utilização das fracções autónomas e das partes comuns, porque objeto do registo, adquirem eficácia externa e oponibilidade generalizada (cf. artigos 2.º, n.º 1, alíneas b) e v), e 95.º, n.º 1, alíneas r) e z), do Código de Registo Predial), da qual decorre ainda que o fim ou destino das fracções autónomas configurado no título constitutivo assegura, antecipadamente, aos potenciais adquirentes delas o conteúdo dos direitos de propriedade singular e de compropriedade que lhe são inerentes.

É por isso de acompanhar a posição afirmada no acórdão recorrido quando diz: “Em suma, as sobreditas delimitações do fim e proibições do uso das fracções autónomas incorporadas no estatuto condominial não se confundem com as menções genéricas de destino e uso urbanísticos das mesmas constantes do projeto de construção e da autorização de utilização, devendo antes ser interpretadas na sua função económico-social de definição do conteúdo dos direitos de propriedade singular incidentes sobre essas fracções em conexão com os direitos de

compropriedade sobre as partes comuns.”

Por via destas afirmações, se conclui que o destino de certa fracção autónoma mencionado no título constitutivo da propriedade horizontal e constante do respectivo registo predial é o de ser usada para habitação como centro da vida doméstica, ainda que a licença de utilização se reporte a uma menção genérica de “habitação”, não é lícito concluir que qualquer utilização da fracção que comporte pernoitar ou descansar, independente do modo como ela ocorre ou se organiza, deve ser lícita, segundo as regras civilistas indicadas.

E é aqui que o alojamento local surge como potencialmente causador de problemas de compatibilidade entre o regime administrativo e o regime civilista da propriedade horizontal, pois de acordo com este será em função do destino ou fim decorrente da propriedade horizontal que importa aferir o âmbito de tutela traçado no artigo 1422.º, n.º 2, alínea c), do CC, que confere a cada condómino o direito de se opor a que qualquer das fracções dos restantes condóminos seja usada para fim diverso do que lhe é destinado no estatuto da propriedade horizontal.

Porque o “fenómeno hoje designado por “alojamento local” traduz-se numa realidade sócio-económica que tem vindo a desenvolver-se a partir de 2008 e, de forma exponencial, desde 2014, abrindo um pujante segmento de mercado, em especial na esfera da oferta turística, propiciador de proventos bem mais rentáveis do que os auferidos pela via do tradicional mercado imobiliário urbano de venda e arrendamento habitacional».

(...)

[O]riginando uma pressão da crescente procura turística no mercado português, muitos proprietários de prédios urbanos procederam à sua afectação ao mercado de alojamento local, respondendo ao repto de oportunidade económica surgida, e que também mereceu por parte do legislador uma atenção especial, com a criação de regras específicas dirigidas à referida mudança.

(...)

A sujeição do prédio constituído em propriedade horizontal a regras administrativas de construção e licenciamento é outro facto incontestável, sendo de assumir que a licença de utilização emitida para uma fracção autónoma com destino à habitação é compatível com a

fixação de residência, permanente ou não, e sendo possível aí pernoitar de modo continuado, ou esporádico. Em regra, essa permissão administrativa, indicativa da finalidade possível da utilização de fracção, não é contrária a uma utilização no âmbito da regulamentação legal do alojamento local.

Contudo, como se diz no acórdão recorrido:

“A par do destino do prédio ou das suas fracções autónomas fixado no projeto de construção e na autorização de utilização, pode o título constitutivo da propriedade horizontal conter a menção do fim a que se destina cada fracção autónoma ou parte comum, conforme o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 1418.º do CC.

Uma tal menção, contrariamente ao respeitante às especificações referidas no n.º 1 do mesmo artigo, não reveste natureza obrigatória.

Pode ainda o título constitutivo conter proibições de os condóminos praticarem quaisquer atos ou atividades, de acordo com o previsto no artigo 1422.º, n.º 2, alínea d), 1.ª parte, do CC, e pode do regulamento do condomínio que seja, porventura, inserido naquele título, constar a disciplina do uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das fracções autónomas.

Como pode também, já posteriormente à constituição da propriedade horizontal, ser proibida a prática de atos ou de atividades mediante deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição, conforme resulta do disposto na parte final da alínea d) do n.º 2 do citado artigo 1422.º.

No entanto, as proibições assim tomadas são suscetíveis de ser suprimidas por nova deliberação aprovada por maioria dos votos representativos do capital investido, nos termos gerais do artigo 1432.º, n.º 3, do CC.

Tanto a menção do fim a que se destina cada fracção autónoma ou parte comum como as específicas proibições de prática de atos ou atividades constantes do título constitutivo, de regulamento do condomínio nele inserido ou de deliberação posterior nos termos referidos

devem ser compatíveis com o fim do prédio ou das suas frações fixado no projeto e atestado na autorização de utilização, sob pena de nulidade, conforme o estatuído no n.º 3, parte final, do mencionado artigo 1418.º.

Nessa medida, aquela menção e as aludidas proibições constituem modos de delimitar ou restringir, por via negocial, o destino ou o uso das frações autónomas ou das partes comuns, na órbita mais lata do fim fixado no projeto de construção e na autorização de utilização, em ordem a delinear o modelo ou estilo de convivência condominial pretendido, quiçá como mais-valia da função sócio-económica do conjunto imobiliário. O que não será lícito é que tais delimitações ou proibições desvirtuem o conteúdo essencial dos direitos de propriedade abrangidos (1Neste sentido, vide HENRIQUE MESQUITA, A propriedade horizontal no Código Civil português, in RDES Ano XXIII, pp.123-124).

Essa delimitação do fim e as restrições de utilização das frações autónomas e das partes comuns, embora de génese negocial, sendo objeto do registo a que se encontram sujeitas nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, alíneas b) e v), e 95.º, n.º 1, alíneas r) e z), do Código de Registo Predial, integram o estatuto do condomínio, assumindo natureza real com eficácia erga omnes, para além do conteúdo típico dos direitos reais inerente ao numerus clausus estabelecido no artigo 1306.º do CC.

(...) tais restrições só assumem eficácia real, tornando-se eficazes em relação a terceiros, após o respetivo registo predial.

Em suma, as sobreditas delimitações do fim e proibições do uso das frações autónomas incorporadas no estatuto condominial não se confundem com as menções genéricas de destino e uso urbanísticos das mesmas constantes do projeto de construção e da autorização de utilização, devendo antes ser interpretadas na sua função económico-social de definição do conteúdo dos direitos de propriedade singular incidentes sobre essas frações em conexão com os direitos de compropriedade sobre as partes comuns.”

É assim defensável a orientação perfilhada no acórdão recorrido quando afirma: “a menção do destino para habitação das frações autónomas, mormente a constante do título constitutivo,

nos termos do artigo 1418.º, n.º 2, alínea a), do CC, deve ser interpretada na perspetiva de uso substancialmente colimado ao modelo ou estilo de vivência condominial pretendido no âmbito do negócio constitutivo da propriedade horizontal.

Com efeito, tratando-se de uma menção facultativa de quem constitui a propriedade horizontal, mal se compreenderia que aquela menção do destino das frações no título constitutivo fosse uma mera repetição ou reedição da indicação constante do projeto construtivo ou da autorização de utilização. Terá, em princípio, de traduzir algo de mais útil, mormente associado à sua função de servir de parâmetro ao conteúdo dos direitos inerentes ao estatuto condominial, devendo o seu âmbito ser encarado neste contexto e não como simples expressão do uso urbanístico do prédio.

Em tal perspetiva, importa colher, nos termos do artigo 236.º, n.º 1, do CC, o alcance da declaração negocial constitutiva da propriedade horizontal com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de um real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante constituínte.” (fim de citação)

18.2. A posição adoptada no acórdão recorrido é aquela que melhor adesão colhe no regime civilista da protecção da propriedade condominial e dos direitos dos condóminos, suplantando-se os eventuais obstáculos da posição contrária, e pode sustentar-se a partir das seguintes premissas, também desenvolvidas no acórdão recorrido (que se seguem de perto):

a) A nova versão dada ao regime do AL pela Lei n.º 62/2018 não introduz alterações no regime civilista da propriedade horizontal, envolvendo uma opção legal de âmbito administrativo no sentido de se prescindir do controlo administrativo sobre o fim ou destino ou sobre as proibições de uso da fracção constantes do título constitutivo da propriedade horizontal ou de deliberações levadas a registo;

b) Do novo regime do AL não consta qualquer disposição que revele intenção de derrogar o estatuto condominial inserido no CC;

c) A alteração legal ao regime do alojamento local operada pela Lei n.º 62/2018, de 22 de Agosto

– art.º 9, n.ºs 2 e 3 do DL 128/2014, de 29 de Agosto, permitindo à assembleia de condóminos adotar deliberação em que se opõe ao exercício da actividade de alojamento local em fracções autónomas, por mais de metade da permilagem do edifício, fundamentando a deliberação na prática reiterada e comprovada de actos que perturbem a normal utilização do prédio, bem como de actos que causem incómodo e afectem o descanso dos condóminos é uma medida de reacção, a posteriori, para um AL que não respeita o normal funcionamento de um condomínio, distinta da permissão para o exercício do AL a partir de uma “autorização para habitação” da fracção autónoma; não se trata de um meio susceptível de substituir os meios de tutela cível dos direitos privados dos condóminos alicerçada na reserva de jurisdição consagrada nos artigos 20.º, n.º 1, e 202.º, n.º 1 e 2, da Constituição;

d) Aquele meio constituiu apenas uma tutela administrativa que, além de apresentar uma frágil garantia do exercício dos direitos condominiais, nem tão pouco contempla a tutela de cada condómino nos casos em que ocorra uso da fracção autónoma diversa do destino que lhe é dado pelo estatuto condominial, nem das hipóteses de violação de proibições condominiais de actos ou actividades, nos termos previstos, respectivamente, nas alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 1422.º do CC, independentemente do seu grau de concretização, podendo aproximar-se da tutela concedida ao condomínio, que não propriamente aos condóminos, confinada a actos de perturbação à semelhança do tipo de actos previstos no artigo 1346.º do CC;

e) Nas situações dos autos o regime do alojamento local constante dos Dec.-Leis n.º 39/2008 e n.º 128/1014 – o aplicável -, não contém sequer nenhuma disposição normativa que contemple a protecção dos direitos dos condóminos perante a instalação de estabelecimentos de alojamento local em fracção autónoma destinada a habitação por parte de outro condómino, como também não contém nenhuma disposição que possa ser tida como derogatória da tutela desses direitos conferida pelo regime da propriedade horizontal disciplinado pelo CC;

f) Na situação dos autos, a par deste regime de alojamento local (constante dos Dec.-Leis n.º 39/2008 e n.º 128/1014), a qualquer condómino de fracção autónoma de prédio em regime de propriedade horizontal assistem os meios de tutela previstos no âmbito deste regime consagrado no CC para reagir contra a violação das limitações ao exercício do direito de outro condómino, nomeadamente em caso de uso da respectiva fracção em desvio do destino que lhe é dado pelo

estatuto condominial ou nos casos de prática de actos ou actividade violadoras de proibições condominiais, respectivamente, ao abrigo do disposto nas alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 1422.º do referido Código, assim como assiste a qualquer condómino a tutela geral da propriedade constante do artigo 1346.º do mesmo Código contra concretos actos de perturbação ali contemplados praticados por outro condómino;

g) A tais domínios de tutela não obsta o facto de ter sido viabilizado, por via administrativa, o registo e instalação de estabelecimento de alojamento

local nos termos do respectivo regime;

h) O AL não é um simples habitar da fracção, equivalente à habitação que dele fazem os usuários não abrangidos pelo AL, ainda que possam aí pernoitar e descansar - sob o ponto de vista da destinação da coisa e da respectiva envolvência sócio-económica condominial, uma vivência habitacional é essencialmente diversa da sua utilização em alojamento de terceiros, com repercussões diversas no meio inter-habitacional ou condominial em que se desenvolvem;

i) A afectação de uma fracção destinada a habitação a AL pode ou não implicar o exercício de actividade comercial, mas isso não afasta a sua natureza de afectação distinta da habitação constante do título constitutivo da propriedade horizontal;

j) Os motivos que conduziram o legislador a autonomizar a figura do AL são específicos e não conduzem a que no AL se possa identificar um arrendamento de curta duração, nos termos desta figura;

k) As utilidades proporcionadas pelo explorador do alojamento local ao utente alojado, através do uso do prédio ou fracção dele, embora requeiram as necessárias condições de habitabilidade, não se consubstanciam numa prestação de gozo habitacional, por natureza com um grau de permanência e estabilidade que não se verificam nos casos de alojamento local;

l) No âmbito do Dec.-Lei n.º 128/014, quer na sua versão original, quer na actual redacção dada pela Lei n.º 62/2018, a exploração de estabelecimentos de alojamento local é expressamente definida no artigo 4.º, n.º 1, como correspondendo ao exercício, por pessoa singular e coletiva,

da actividade de prestação de serviços de alojamento;

m) Para efeitos tributários o AL não é tratado como habitação;

n) O uso de fracções autónomas em hospedagem no âmbito do contrato de arrendamento, nos termos do artigo 1093.º do CC, em arrendamentos sazonais de curta duração em áreas de veraneio ou “alojamento” de estudantes em determinados núcleos urbanos universitários inserem-se noutra contexto económico-social, distinto do AL, não justificando necessariamente a mesma solução jurídica;

o) A solução preconizada é perfeitamente harmoniosa com a Constituição da República Portuguesa, que reconhece a propriedade privada mas não a absolutiza em termos de impedir que o legislador ordinário limite os direitos de propriedade singular sobre as fracções autónomas, no âmbito do regime da propriedade horizontal, atenta a especificidade deste direito real, que sofre de limitações específicas ao seu exercício, como as constantes do artigo 1422.º, n.º 2, do CC, e que são justificadas pela ordem unitária do conjunto imobiliário em que essas fracções se integram;

p) O paralelismo que se possa fazer com outras actividades permitidas pelo legislador, em diploma específico, como sucede como o Regime Jurídico aplicável ao Sistema de Indústria Responsável (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de Agosto – art.º 18.º do SIR), não determina que a solução preconizada pelo legislador nesse diploma se possa sobrepor necessariamente ao estatuto condominial, sem alteração jurídica do mesmo. 18.4. A dicotomia de destinos das fracções autónomas aporta significado (citando o acórdão recorrido):

“Esta dicotomia revela, por si só, um padrão condominial em que as fracções destinadas a comércio se encontram localizadas em espaço físico distinto do ocupado pelas fracções habitacionais e até com entradas também distintas entre aquelas e estas.”

Apurando-se o carácter voluntário da dicotomia de destinos, não se apurando o sentido efectivo da vontade dos declarantes, é de aplicar o regime legal decorrente das normas de interpretação dos negócios jurídicos – art.º 236.º e ss do CC – para se concluir (citando o acórdão recorrido):

“o sentido normal do destino “habitação” para qualquer potencial adquirente das referidas frações não poderá deixar de ser o de que a sua função económico-social é a de servir de fogos ou de residência para pessoas e agregados familiares, proporcionando-lhes o sossego, a tranquilidade, a segurança e o conforto requeridos por qualquer economia doméstica, num envolvente espaço comum instrumental desse tipo de convivência coletiva.”

(...)

“Será, portanto, em função desse destino ou fim que importa aferir o âmbito de tutela traçado no artigo 1422.º, n.º 2, alínea c), do CC, que confere a cada condómino o direito de se opor a que qualquer das frações dos restantes condóminos seja usada para fim diverso do que lhe é destinado no estatuto da propriedade horizontal em foco.”

(...)

“Não é demais sublinhar que o fim ou destino das frações autónomas configurado no título constitutivo assegura, antecipadamente, aos potenciais adquirentes delas o conteúdo dos direitos de propriedade singular e de compropriedade que lhe são inerentes.”

(...)

18.9. É assim de confirmar a orientação colhida no acórdão recorrido, em detrimento da constante do acórdão fundamento, e, tendo em conta a contradição jurisprudencial, uniformizar jurisprudência nos seguintes termos: No regime da propriedade horizontal, a indicação no título constitutivo, de que certa fracção se destina a habitação, deve ser interpretada no sentido de nela não ser permitida a realização de alojamento local».

Independentemente do mérito da jurisprudência uniformizada acabada de citar, o qual aliás será posto em causa na rubrica imediatamente seguinte no presente parecer, cumpre fazer, pelo menos, justiça a tal jurisprudência uniformizada, no sentido de se esclarecer que um legislador que pretenda acolher a mesma não poderá escrever, a bem da determinabilidade das restrições ao direito de livre iniciativa económica enquanto direito análogo, que « *Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fracção autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local*».

Ainda se se dispusesse em sentido no qual «*Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio que permita, em tal fração, o exercício da atividade de alojamento local*», talvez a determinabilidade constitucionalmente exigida se salvasse, que não, naturalmente, outras vertentes da constitucionalidade material, como de seguida veremos.

Um tal enunciado, pelo menos, esclareceria que o destino de habitação, previsto para uma fração autónoma no título constitutivo da propriedade horizontal, do ponto de vista dos fins civilísticos do correspondente regime, não comporta a atividade de alojamento local, salvo se a autorização para o exercício da mesma for aditada, relativamente à fração onde o mesmo venha a ser registado, no próprio título constitutivo.

Agora, prescrever que «*Sempre que o estabelecimento de alojamento local seja registado em fração autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal que se destine, no título constitutivo, a habitação, deve o registo ser precedido de decisão do condomínio para uso diverso de exercício da atividade de alojamento local*», coloca um sem-número de questões a que o ordenamento jurídico não dá resposta.

Na verdade: **(1)** não sofrendo contestação a diferenciação teleológica entre o destino de cada fração autónoma de edifício em propriedade horizontal previsto no respetivo título constitutivo para efeito de respeito mútuo e previsibilidade de ocupações entre os proprietários – por um lado – e o uso urbanístico adstrito a cada qual dessas frações na autorização urbanística de utilização como atestado público de que a fração

comporta tecnicamente um certo destino – por outro ¹⁷ –; **(2)** também não pode sofrer contestação que o destino civilístico tem como limite o uso urbanístico, pois, se na alínea a) do n.º 2 do artigo 1418.º do Código Civil se prescreve que «*O título constitutivo pode ainda conter, designadamente menção do fim a que se destina cada fração ou parte comum*», vem o subsequente n.º 3 especificar, na sua parte final, que «*...a não coincidência entre o fim referido na alínea a) do n.º 2 e o que foi fixado no projecto aprovado pela entidade pública competente determinam a nulidade do título constitutivo*».

Dentro de um semelhante quadro, prescrever que sobre a fração destinada há habitação no título constitutivo da propriedade horizontal tem que existir uma decisão para uso diverso deste destino quando ali se queira praticar o alojamento local é ir além da prescrição segundo a qual o destino habitacional em propriedade horizontal só comporta a atividade de alojamento local após autorização expressa para essa atividade aditada ao título constitutivo: é dizer também que a atividade de alojamento local implica não uma autorização especial com respeito à fração autónoma destinada a habitação, de um uso que à partida a mesma não comporta, mas sim o abandono do destino de habitação em favor de um outro absolutamente diverso.

Sendo assim, a decisão para uso diverso, ao contrário de uma decisão – se se quiser – de autorização extraordinária, embora ambas tomadas em sede de alteração do título constitutivo nos termos do artigo 1419.º do Código Civil, coloca, sem lhe responder, a questão de saber se a alteração do destino da fração, de habitacional para outro, na propriedade horizontal, permanecendo a autorização urbanística de utilização como de habitação, não conduzirá, salvo pedido urbanístico de modificação da própria

¹⁷ Cfr. neste sentido, Fernanda Paula Oliveira, «Alojamento Local e Urbanismo...», *cit., loc. cit.*, pp. 111-112; *idem*, «Instalação de estabelecimentos de alojamento local em frações habitacionais: o impacto do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça na atividade dos municípios», in *Questões Atuais de Direito Local*, Braga, n.º 34, 2022, pp. 88-89.

autorização urbanística de utilização, à nulidade do título constitutivo, por não coincidência entre o fim previsto para a fração no título constitutivo e o que foi fixado no projeto aprovado pela entidade pública competente.

Só o levantar-se tal dúvida interpretativa, sobre o potencial alcance de desalinhamento entre o uso civilístico e o uso urbanístico da norma em projeto, faz com que a sua determinabilidade, enquanto restrição à livre iniciativa económica, se veja posta em causa, também por ambiguidade, em termos de conduzir à respetiva inconstitucionalidade material nos moldes descritos.

Isto, sendo que o âmbito em que a norma em projeto instala a dúvida é vastíssimo, já que a atividade de alojamento local em frações autónomas de edifícios em propriedade horizontal é processada, as mais das vezes, e na modalidade de apartamentos, em frações autónomas com autorização de utilização, nos termos do artigo 62.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, para habitação.

Isto assim é, em primeiro lugar, porque, como cristalinamente escreve a Professora Fernanda Paula Oliveira¹⁸, *«a propósito desta problemática (de saber que autorização de utilização tem de ter o edifício para que nele se possa instalar e funcionar um estabelecimento de alojamento local), o legislador, em vez de exigir, como faz noutros casos, que o alojamento local (enquanto atividade de prestação de serviços) se instale em edifício ou fração cujo título de utilização admita (genericamente) a atividade em causa, exige apenas que ele se instale em edifício ou fração com “autorização de utilização ou título de utilização válido do imóvel», sem referência a qualquer utilização específica [alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º][, e] (...) Esta exigência abstrata de que o edifício ou fração disponha de autorização de utilização adequada ou título de utilização válido sem que se faça qualquer específica exigência quanto à utilização que deve*

¹⁸ Cfr. «Alojamento local e urbanismo...» *cit., loc. cit.*, pp. 114-115.

constar de tal ato ou título (seja ele o habitacional, o comercial, o industrial, etc., com exceção do uso turístico, já que este está reservado para os empreendimentos turísticos, qualificação que o alojamento local está impedido de ter) significa, em nossa opinião, a intenção do legislador de tornar desnecessário o desencadeamento de um procedimento administrativo de alteração das autorizações de utilização que já existam, estando apenas preocupado em que o edifício ou fração onde a atividade se vai instalar seja legal (e sê-lo-á se dispuser de autorização de utilização) e idóneo para o cumprimento da sua função [, pelo] (...) que, do ponto de vista jus-urbanístico, a atividade de alojamento local pode instalar-se e funcionar tanto em edifícios e frações destinados a habitação como em edifícios ou frações destinados a outro fim (com exceção, como referimos, para a modalidade de quartos, cuja autorização de utilização será necessariamente habitacional), desde que cumpra os requisitos gerais e específicos para a respetiva atividade enumerados nos artigos 11.º e segs., tornando desnecessária a alteração das autorizações de utilização já existentes para as adequar à utilização urbanística a que se reconduz esta atividade económica».

Tal enquadramento não sofreria qualquer alteração mediante a introdução, no ordenamento jurídico, de uma norma que prescrevesse, do estrito ponto de vista civilístico do regime da propriedade horizontal, que o exercício da atividade de alojamento local em fração destinada a habitação no título constitutivo da propriedade horizontal só pode ser registado mediante autorização expressa para o efeito a constar ou aprovar como alteração, relativamente a tal fração, do mesmo título constitutivo.

Simplesmente, os termos do que agora se projeta exigir não ficam, nem de perto nem de longe, claros e determináveis quando se faz depender o exercício de alojamento local em fração, civil e urbanisticamente, destinada a habitação, de uma decisão de alteração, de alteração do título constitutivo, para «uso diverso» do destino de habitação, quando

o uso habitacional da propriedade horizontal está em linha com a autorização urbanisticamente autorizado e a desconformidade entre um e outro gera nulidade do título constitutivo.

A bem da clarificação do novo n.º 4 que o Parlamento se propõe acrescentar ao artigo 5.º do Decreto-lei n.º 128/2014, bem se poderão ter em consideração as judiciosas considerações da Professora Fernanda Paula Oliveira¹⁹, de acordo com as quais, se «*No caso do alojamento local, precisamente, o legislador permite (e não impõe, como alguns entendem) que o mesmo se possa instalar em frações com autorização de utilização habitacional, por ter considerado que esta autorização é perfeitamente adequada quando está em causa uma atividade cujos serviços que se prestam são, precisamente, os de alojamento[;] (...) Questão diferente é a de saber se, estando um edifício constituído em propriedade horizontal e uma das suas frações autónomas estiver destinada, no respetivo título constitutivo, para habitação, a sua destinação para alojamento local corresponde a "um uso diverso do fim a mesma que é destinada" nesse mesmo título, necessitando, para o efeito, de autorização, obtida por unanimidade dos condóminos[; sendo que,] (...) Embora do ponto de vista do senso comum possa parecer que estamos a tratar da mesma questão, a verdade é que, do ponto de vista jurídico, estão em causa duas situações completamente distintas: uma coisa é a autorização de utilização camarária da fração (um título de direito público que visa garantir a adequação da fração ao uso que se lhe pretende dar de modo a garantir interesses públicos ligados à salubridade, saúde pública e qualidade de vida dos utentes); outra o título constitutivo da propriedade horizontal (que visa estabelecer e regular a relação privada entre os condóminos num condomínio)».*

Mesmo assim, a mesma Ilustre Autora sentiu a necessidade de complementar esta judiciosa distinção, em que a jurisprudência uniformizada também se baseou para poder

¹⁹ «Questão...» *cit, loc. cit.*, pp. 88-89.

aplicar à instalação de alojamentos locais em frações autónomas habitacionais a alínea c) do artigo 422.º do Código Civil, com nota de pé de página a advertir para que *«Se bem que o uso que consta do título constitutivo não possa estar em desconformidade com a utilização que consta do alvará de autorização, admite-se que mesmo possa ser mais limitado (por exemplo, sendo a autorização de utilização emitida para serviços, não pode constar do título da PH comércio ou habitação; mas pode tal título excluir determinado tipo de serviços, apenas admitindo outros)»*.

Por conseguinte, se a distinção entre uso diverso a título civilístico – por um lado – e a título urbanístico – por outro – requer esta nota de compatibilização entre um e outro no quadro da nulidade prevista no n.º 3 do artigo 1418.º do Código Civil, o acolhimento normativo da jurisprudência uniformizada, se deixar dúvidas sobre a necessidade ou não de espoletar um alinhamento urbanístico com a alteração de destino no plano do título constitutivo, de habitação para alojamento local, é inconstitucional, por violação da anteriormente enquadrada exigência constitucional de determinabilidade das normas restritivas da livre iniciativa económica; sendo que as deixa, e muitas, na formulação projetada para o novo n.º 4 a acrescentar ao artigo 5.º do Decreto-lei n.º 128/2014.

Essas dúvidas mais se adensam perante a vigência de regulamentos municipais como o Regulamento Municipal de Alojamento Local de Lisboa, nos termos de cujo artigo 10.º, n.º 2 se dispõe que, *«A autorização de utilização adequada a que se refere o n.º 1 do artigo 6.º do RJEEAL é, para efeitos do presente Regulamento, a autorização de utilização para habitação»*.

Perante uma norma regulamentar deste jaez, aprovada ao abrigo da discricionariedade municipal de planeamento, de uma norma legal que sinaliza o alojamento local como *«uso diverso»* do de habitação, ainda que no âmbito da alteração do título constitutivo, sempre se dirá que deixa a dúvida, normativamente inconstitucional face ao princípio da segurança jurídica, sobre se o seu cumprimento viola tal regulamento Municipal ou

não, e sobre se gera ou não desalinho entre o uso alterado no título constitutivo e a utilização urbanisticamente autorizada.

Uma palavra final para referir que, com tal dizer, não se esquece que a solução normativa criticada do ponto de vista da sua determinabilidade, mesmo que se exprimisse em termos claros, também seria inconstitucional, nos termos a descrever imediatamente a seguir.

3.2. Da violação, evidenciada na projetada exigência da unanimidade do condomínio para autorização da instalação de alojamento local em fração autónoma destinada a habitação no título constitutivo, do princípio da proporcionalidade, na sua tríplice vertente

Mesmo que se determine, clara e seguramente, o conteúdo dos projetados novos n.ºs 4 e 5 do artigo 5.º e da alínea f) do n.º 2 do artigo 6.º a serem introduzidos no Decreto-lei n.º 128/2014, enquanto exigência de alteração do título constitutivo por unanimidade para que um alojamento local se instale numa fração autónoma com uso habitacional previsto nesse título, tal solução, ainda que inspirada em jurisprudência civil uniformizada, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade.

Relembre-se, em especial, com o já citado e recentíssimo Acórdão n.º 468/2022, que retoma em termos muito claros e atualizados a jurisprudência constante da jurisdição constitucional na matéria, o quanto «*O princípio da necessidade, enquanto subprincípio do princípio do excesso, impõe que se recorra ao meio menos restritivo para atingir o fim em vista[,] (...) De modo que a norma será excessiva se existir um meio alternativo menos oneroso que se mostre comprovada e igualmente eficaz na prossecução da mesma finalidade*».

Precisamente a este propósito, atente-se nas considerações tecidas pelo Conselheiro Rijo Ferreira, no seu voto de vencido exarado no Acórdão uniformizador de jurisprudência em referência, de acordo com as quais:

«Isso não prejudica, no entanto, que os condóminos não possam, em função do concreto circunstancialismo em que essa exploração se desenvolva, lançar mão dos meios de tutela que a lei lhes confere, em particular a tutela geral do direito de propriedade – art.º 1346º do Código Civil – e a tutela geral dos direitos de personalidade – art.º 70º do Código Civil (sendo que a oposição prevista no nº 2 do art.º 9º do referido regime jurídico mais não é do que um meio alternativo e simplificado, dependente da formação da maioria aí requerida para a aprovação da deliberação da assembleia de condóminos e da apreciação do Presidente da Câmara Municipal, não constituindo um verdadeiro meio de defesa dos condóminos).

Nem, por outro lado, prejudica a proibição específica desse tipo de actividade no título constitutivo ou por deliberação posterior da assembleia de condóminos aprovada sem oposição – art.º 1422º, nº 2, al. d) do Código Civil (na medida em que tal proibição seja oponível ao explorador do estabelecimento)».

Daqui se pode concluir que os meios acabados de referir pelo Conselheiro Rijo Ferreira são suficientes para se pôr termo, com rapidez ou mediante vontade expressa, ao alojamento local num edifício em propriedade horizontal, em frações destinadas a habitação.

Tudo o que vá para além disso, como dar o alojamento local, em princípio, por bloqueado, na modalidade de apartamentos, a frações autónomas destinadas a habitação, salvo deliberação em contrário da unanimidade do condomínio, é excessivo, porque não põe termo a qualquer perturbação ao funcionamento do condomínio, se a mesma não ocorrer de facto. O alojamento local em apartamento, ao contrário do alojamento local em quartos ou estabelecimentos de hospedagem, é um alojamento em

tudo semelhante ao uso habitacional, com exceção da sua curta duração: o apartamento é cedido apenas a um usuário ou grupo de usuários com relação entre si, não há pluralidade de contratos de alojamento local numa fração autónoma só.

Daí poderem ocorrer perturbações para o condomínio por ocasião da prática de alojamento local em frações destinadas a habitação, mas não poder a lei presumir, sob pena de violar o princípio da necessidade, que as mesmas vão ocorrer, deixando, na prática, o exercício da livre iniciativa económica de um dos condóminos, em nome de um preconceito, nas mãos dos demais.

Esta última consideração conduz-nos ao diagnóstico de violação congénere do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, segundo a formulação doutrinal adotada pelo Tribunal Constitucional²⁰, se «...convola (...) na exigência de que o sacrifício imposto a uma das partes não vá além de uma justa medida, daquilo que é ordenado e legitimado pela referência reconhecida à posição da outra parte ou ao interesse constitucionalmente tutelado[, quando,] (...) de acordo com a denominada lei da ponderação, quanto maior for a intensidade e a premência da realização do direito ou bem constitucional que justifica essa mesma intervenção – e vice-versa[, no quadro de uma] (...) ideia de proporcionalidade em sentido estrito [que] vela pela necessidade de evitar soluções legais demasiado desequilibradas, em que a justa cedência de um direito em face de outro se transforme, por falta de contenção do legislador, numa verdadeira capitulação».

Mais uma vez se convocam as palavras do voto de vencido apostado pelo Conselheiro Rijo Ferreira ao acórdão uniformizador de jurisprudência inspirador do normativo sob censura no sentido de alertar para que, desta feita, «*Numa outra perspectiva argumentativa, reconhecendo que nas situações em causa possa ocorrer um conflito de*

²⁰ Cfr. o ponto 22. da Fundamentação do citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 468/2022.

interesses, não se me afigura adequado que a sua resolução se faça partindo da genérica e apriorística afirmação da ilicitude da exploração de alojamento local em fracção autónoma destinada a ‘habitação’, devendo antes, por mais consentâneo com critérios de proporcionalidade, tal conflito ser resolvido, na falta de prévia e específica proibição de tal actividade, em função da ponderação da concreta e individualizada situação e mediante a subsequente invocação de um uso efectivo que ponha em causa a integridade do imóvel ou os direitos de personalidade dos condóminos».

Ora, numa solução como a de fazer depender a instalação de um alojamento local em fracção autónoma de edifício em propriedade horizontal da autorização da unanimidade dos condóminos, o que acontece, longe de uma restrição da livre iniciativa económica equilibrada em face dos direitos de propriedade correlatos dos condóminos, é uma total capitulação dos direitos de propriedade e de livre iniciativa económica de um condómino a favor dos direitos dos restantes, não permitindo a proporcionalidade em sentido estrito que se exige em Estado de Direito às restrições de direitos fundamentais, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição, uma tamanha e tão desequilibrada capitulação!

Será de relevar, a este propósito, a advertência que Fernanda Paula Oliveira e Dulce Lopes²¹ fazem para a geral inadmissibilidade de restrições à liberdade de iniciativa económica em nome de interesses estritamente privados, qualificando como tais, e assim inadmissíveis, aquelas restrições congéneres às agora em crise que, atualmente, se aplicam aos «hostels», aliás com mais razões substantivas para a respetiva consagração, dado o maior número de pessoas que um «hostel» comporta, face a um alojamento local em apartamento com um único núcleo de hóspedes.

Finalmente, e a admitir-se que a exigência de mudança para uso diverso de habitação,

²¹ *Op. cit.*, pp. 42-43.

no título constitutivo, de uma fração anteriormente destinada nesse título a habitação quando nela se queira instalar um alojamento local, supõe o abandono do uso habitacional em favor de um outro uso, faz com que, quando se queira reverter esse uso para habitação, por regresso a uma função puramente habitacional, essa reversão exija, novamente, a unanimidade dos condóminos.

E se essa unanimidade não se encontrar reunida?

Então, temos um entrave ao fim que o próprio legislador se propôs atingir, ou seja, a reversão de alojamentos locais para habitação, pelo que semelhante complexo normativo evidencia uma violação do princípio da proporcionalidade nas restrições, de novo sob o ponto de vista da aptidão.

Ainda um problema consideravelmente sensível, do ponto de vista do nuclear princípio da igualdade, na sua vertente de proibição de arbítrio, que a jurisprudência constitucional, em moldes que nos abstemos de citar porque de sobremaneira conhecidos, censura constantemente, se pode colocar. Com efeito, o artigo 1095.º, n.º 3 do Código Civil prevê expressamente a possibilidade de serem celebrados contratos de arrendamento para fins especiais transitórios, «*designadamente por motivos (...) turísticos*». Ora, com que fundamento se poderá distinguir, em termos de uso, estes contratos para «*fins especiais transitórios*», através dos quais, por exemplo, alguém arrenda uma casa de férias para receber turistas ocasionalmente, do alojamento local? À luz do referido princípio, quem celebra regularmente estes contratos para fins turísticos teria também de alterar o uso ou pedir autorização, por unanimidade, do condomínio. De outra forma, estar-se-ia perante um inaceitável tratamento desigual do alojamento local em relação a situações em tudo semelhantes.

4. Da inconstitucionalidade da precarização dos títulos de alojamento local subsistentes ou posteriores a 2030

4.1. Inconstitucionalidade do regime jurídico previsto na proposta de lei, para os títulos válidos à data da sua entrada em vigor como lei e que além dessa data se prolonguem

Norma expressamente dirigida à conformação dos títulos de alojamento local vigentes é a do artigo 19.º da Proposta de Lei.

Nos termos do n.º 1 deste artigo 19.º, «*Os registos de alojamento local emitidos à data da entrada em vigor da presente lei são reapreciados, durante o ano de 2030, nos termos previstos no artigo 6.º-A do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto*».

Nesse artigo 6.º-A do Decreto-lei n.º 128/2014, cuja aprovação também é solicitada à Assembleia da República na presente Proposta de Lei, vem prever-se que «*o registo de estabelecimento de alojamento local tem a duração de cinco anos, renovável por iguais períodos*», (n.º 1), mediante ato expresso do Presidente da Câmara (n.º 3).

Contudo, os n.ºs 2 e 3 do artigo 19.º dão-nos a saber que estes registos válidos à data da entrada em vigor da Lei ora em proposta acabam por, via de regra, só poderem beneficiar de apenas mais uma renovação em 2030, após o que ocorrerá o seu definitivo ocaso. Assim se dispõe no n.º 2 do artigo 19.º que «*Os registos referidos no número anterior são, a partir da primeira reapreciação, renováveis por cinco anos*», ressalvando-se, no n.º 3, que «*Excetuam-se do disposto no n.º 1 os estabelecimentos de alojamento local que constituam garantia real de contratos de mútuo celebrados até 16 de fevereiro de 2023, que ainda não tenham sido integralmente liquidados a 31 de dezembro de 2029, e cuja primeira reapreciação só tem lugar após a amortização integral,*

inicialmente contratada».

Ora, se, no n.º 3 do artigo 19.º, o Governo tem em conta a frustração brutal de expectativas que se faz sentir nos alojamentos locais que sejam dados em garantia real de mútuo, o que dizer, além dessa previsão, da situação de quem planeou, gastando as economias de uma vida de trabalho, o seu futuro e o dos seus descendentes ou dependentes para os próximos trinta ou quarenta anos e vê esse investimento totalmente perdido, como quem perde centenas de milhares de euros num jogo de casino, dentro, na melhor das hipóteses, de doze anos, quais sejam os sete que transcorrerão até 2030 mais a possível – que não certa – renovação por cinco anos?

Impõe-se, nestes casos de frustração abrupta de expectativas e investimentos avultados correspondentes, lembrar, desde logo, que, tal qual se pode ler nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 575/2014²², 267/2017²³e 255/2020²⁴, em sequência de proposições que justifica o abuso de espaço na sua transcrição, pela respetiva clareza e articulação:

- (1) *Se «O Estado de direito é um estado de segurança jurídica (...) E a segurança exige que os cidadãos saibam com o que podem contar, sobretudo nas suas relações com os poderes públicos [,] Saber com o que se pode contar em relação aos atos da função legislativa do Estado é coisa incerta ou vaga, precisamente porque o que é conatural a essa função é a possibilidade, que detém o legislador, de rever ou alterar, de acordo com as diferentes exigências históricas, opções outrora tomadas»;*

²² De 14 de agosto, proferido no Processo n.º 819/2014.

²³ De 31 de maio, proferido no Processo n.º 466/16.

²⁴ De 29 de abril, proferido no Processo n.º 358/2019.

- (2) Ainda assim e «Contudo, a possibilidade de alteração dessas opções, se é irrestrita (uma vez cumpridas as demais normas constitucionais que sejam aplicáveis) quando as novas soluções legislativas são pensadas para valer apenas para o futuro, não pode deixar de ter limites sempre que o legislador decide que os efeitos das suas escolhas não de ter, por alguma forma, certa repercussão sobre o passado», pois, sendo certo que «A Constituição não proíbe, em geral, que as novas escolhas legislativas – tomadas pelo legislador ordinário no quadro da sua estrutural habilitação para rever opções antes tomadas por outros legisladores históricos – façam repercutir os seus efeitos sobre o passado (...), [tal como] não proíbe nem pode proibir genericamente que o legislador recorra a uma “técnica” de modelação da repercussão dos efeitos das suas escolhas em face da variabilidade dos graus de intensidade de que ela pode revestir [,] (...) Na verdade, a repercussão sobre o passado das novas escolhas legislativas pode assumir uma intensidade forte ou máxima, sempre que a lei nova faça repercutir os seus efeitos sobre factos pretéritos, praticados ao abrigo de lei anterior, redefinindo assim a sua disciplina jurídica [,] (...) Mas pode também assumir uma intensidade fraca, mínima ou de grau intermédio, sempre que a lei nova, pretendendo embora valer sobre o futuro, redefina a disciplina de relações jurídicas constituídas ao abrigo de um (diverso) Direito anterior [,] (...) Neste último caso (...) designa[ndo]-se este especial grau de repercussão dos efeitos das novas decisões legislativas como sendo de “retroatividade fraca, imprópria ou inautêntica”, ou ainda, mais simplesmente, de “retrospetividade”»;
- (3) «Como quer que seja, e não sendo o recurso por parte do legislador a qualquer uma destas formas de retroação da eficácia dos seus atos genericamente proibida pela Constituição, a convocação legislativa de qualquer uma destas técnicas não deixa de colocar problemas

constitucionais, face justamente ao imperativo de segurança jurídica que decorre do princípio do Estado de direito [, porque] (...) É (...) evidente que a repercussão sobre o passado das novas escolhas legislativas, qualquer que seja a forma ou o grau de que se revista, diminui ou fragiliza a faculdade, que os cidadãos de um Estado de direito devem ter, de poder saber com o que contam, nas relações que estabelecem com os órgãos de poder estadual [e,] (...) Precisamente por isso, a Constituição proibiu expressamente o recurso, por parte do legislador, à retroatividade forte, sempre que a medida legislativa que a ela recorre implicar intervenções gravosas na liberdade e (ou) no património das pessoas, assim sucedendo quando estejam em causa restrições a direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3), a definição de comportamentos criminalmente puníveis (artigo 29.º, n.º 1), ou a criação de impostos ou definição dos seus elementos essenciais (artigo 103.º, n.º 3) [, sendo que] (...) A razão pela qual a Constituição exclui a possibilidade de existência de leis retroativas nesses casos reside precisamente na intensidade da condição de insegurança pessoal que do contrário resultaria no quadro de um Estado de direito democrático como é aquele que o artigo 2.º institui»;

- (4)** *Ante o «... que o facto de não haver uma proibição constitucional explícita de, noutros casos, se recorrer às formas graduais e muito variáveis de “retroatividade própria” ou “imprópria” não significa que o recurso a qualquer uma destas formas esteja sempre e em qualquer circunstância à disposição do legislador ordinário [, porque] (...) O princípio segundo o qual o poder legislativo está genericamente habilitado pela Constituição a atribuir às suas decisões, por diferentes formas e em diferentes graus, eficácia para o passado, conhece limites (...) [que] decorrem da necessária convivência entre este princípio e o princípio do Estado de direito, na sua dimensão de “segurança jurídica”»;*

- (5) Razão pela qual se impõe encontrar «*O método a adotar na resolução deste específico problema constitucional, decorrente da necessária conciliação entre o princípio democrático, que sustenta a autorrevisibilidade das leis, e o princípio do Estado de direito, que sustenta os limites impostos a esta autorrevisibilidade por exigências de segurança jurídica*»²⁵.

Nesta conformidade, impõe-se convocar a grelha de teste firmada no Acórdão n.º 188/2009, de 22 de abril²⁶, nos termos da qual:

- (1) Já segundo a jurisprudência firmada no Acórdão n.º 287/90, perante uma norma que altera uma situação anterior à ocorrência de factos posteriores à sua entrada em vigor e a partir da qual se geraram expectativas jurídicas em face dessa anterioridade, à luz da tutela da confiança enquanto vertente material do princípio da segurança jurídica, todos extraídos da cláusula de Estado de Direito consagrada no artigo 2.º da Constituição, «*a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda (...) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses*

²⁵ Cfr. a referência da nota anterior. Razão de ordem igualmente lapidar, em sentido idêntico e de estilo semelhantemente apelativo e escorreito, encontramos-la nos Acórdãos n.º 568/2016, de 19 de outubro, proferido no Processo n.º 522/16, e 509/2015, de 13 de outubro, proferido no processo n.º 179/15, ambos com precedentes identificados nos Acórdãos n.ºs 108/2012, de 6 de março, proferido no Processo n.º 774/2010, 575/2014 cit. e 241/2015, de 29 de abril, proferido no Processo n.º 830/14. Formulação deste conjunto de proposições ainda mais compulsada, não tão auto-explicativa mas inspiradora de toda a jurisprudência constitucional, é a do Acórdão n.º 287/90, de 30 de outubro, proferido no Processo n.º 309/88.

²⁶ Proferido no Processo n.º 505/08. cfr. nomeadamente, o ponto 3 da fundamentação, a que se refere o texto subsequente. Adotando idêntica grelha, ver também, todos acedidos por último na mesma data e disponíveis no mesmo sítio, os Acórdãos n.ºs: 283/2011, de 7 de junho, proferido no Processo n.º 900/10; 474/2013, já citado; 575/2014, já citado; 847/2014, de 3 de dezembro, proferido no processo n.º 537/14; 161/2015, de 4 de março, proferido no processo n.º 1148/2014.

constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes» (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição)»;

- (2) *«Os dois critérios enunciados (e que são igualmente expressos noutra jurisprudência do Tribunal) são, no fundo, reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou “testes” [, em cujo quadro,] (...) Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa».*

Convém fazer o confronto da vertente medida legislativa com a *ratio decidendi* de algumas decisões de inconstitucionalidade, com base na grelha de teste acabada de citar, por violação do princípio da tutela da confiança.

Desde já, e na falta de previsão em contrário no Regime Jurídico do Alojamento Local, aplica-se aos competentes títulos habilitantes de atividade o regime jurídico da revogação dos atos administrativos constante do Código do Procedimento Administrativo, regime esse nos termos do qual:

- (1) *«...consideram-se constitutivos de direitos os atos administrativos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ónus, encargos ou sujeições, salvo quando a sua precariedade decorra da lei ou da natureza do ato» (artigo 167.º, n.º 3 do CPA);*

- (2) *«Os atos constitutivos de direitos só podem ser revogados (...) Na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos beneficiários [,] (...) Quando todos os beneficiários manifestem a sua concordância e não estejam em causa direitos indisponíveis[,] (...) Com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados [, bem como] (...) Com fundamento em reserva de revogação, na medida em que o quadro normativo aplicável consinta a precarização do ato em causa e se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula» (idem, n.º 2);*

- (3) No caso de revogação *«Com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados»*, essa revogação deve ser proferida *«no prazo de um ano, a contar da data do conhecimento da superveniência ou da alteração das circunstâncias, podendo esse prazo ser prorrogado, por mais dois anos, por razões fundamentadas»* e *«os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm direito a ser indemnizados, nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício, mas quando a afetação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado tem direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do*

direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida (...), considera[ndo]-se de boa-fé os beneficiários que, à data da prática do ato revogado, desconheciam sem culpa a existência de fundamentos passíveis de determinar a revogação do ato» (idem, n.ºs 4 a 6); e

- (4)** *«Salvo disposição especial, são aplicáveis à alteração e substituição dos atos administrativos as normas reguladoras da revogação» (n.º 1 do artigo 173.º).*

A constância da aplicabilidade deste quadro geral radica expectativas sólidas na manutenção de tal quadro, tão sólidas quanto as que, por exemplo, o Tribunal Constitucional entendeu serem, pela constância legislativa, as dos trabalhadores em funções públicas a que não se aplicava o Código do Trabalho na não extinção do posto de trabalho por causas objetivas, assim julgada inconstitucional no já citado Acórdão n.º 474/2013.

Nesse aresto, julgou-se inclusivamente *«...que a expectativa assentou em boas razões [, quando] (...) Estamos perante mais do que o protelamento no tempo de um elemento do estatuto laboral [e] (...) A convicção dos trabalhadores coloca-se no âmago do vínculo que os liga ao empregador público e receberam do Estado múltiplos sinais claros e aproximados no tempo de que continuavam vivas as razões materiais que os ligavam (ou pelo menos não justificavam a diferenciação) aos trabalhadores que, como eles, no momento da mudança de paradigma, beneficiam do regime de nomeação»*. E assim, quanto aos títulos de alojamento local, também subitamente tornados precários, a inexistência, por anos, dessa precarização, mesmo a par de medidas bastante racionais como a sanção do condomínio em caso de danos ou a introdução de zonas de contenção, conferiu solidez idêntica à expectativa em causa.

Já vimos, por outro lado, e tal corre em paralelo com o caso deste Acórdão, a

centralidade do investimento num estabelecimento de alojamento local para as vidas familiares correntes: *«Do mesmo jeito, a centralidade que a preservação do emprego assume em qualquer trabalhador marcou seguramente as opções de vida do grupo de trabalhadores em causa [, até porque] (...) Dificilmente se encontra grau de investimento pessoal superior àquele que incide sobre a preservação do trabalho, valor essencial para a realização pessoal e para a obtenção de condições de existência ao sustento próprio e do agregado familiar»* (cfr. Acórdão n.º 683/99).

Identificados, quer no *leading case*, quer no nosso caso vertente, os valores constitucionais inerentes às fortes expectativas sacrificadas, revertendo ao caso do Acórdão n.º 474/2013 como no vertente, *«Pelo que se vem de dizer, importa concluir que os três primeiros requisitos ou testes, supra enunciados, encontram-se verificados, e verificados com particular intensidade, o que se projeta em maior exigência na demonstração de razões de interesse público de peso prevalecente»*.

E quanto ao que, ainda assim, justificaria a frustração de tão sólidos investimentos e expectativas, com o mesmo Acórdão *«Importa dizer que o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida constitui ónus do legislador [,] (...) aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera para todo um grupo de trabalhadores, muitos deles com dezenas de anos de serviço na Administração Pública [– ou de investidores de economias de uma vida num complemento de baixa reforma ou baixo rendimento através do alojamento local – pelo que] (...) O legislador carece de demonstrar, nos planos da adequação, necessidade e justa medida, que a intervenção funda e não transitória que opera responde a exigências...»*.

Tal como, no caso julgado no Acórdão n.º 474/2013, *«a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 154/XII/2ª nada diz a este propósito [,] (...) Refere tão somente que o regime de mobilização especial, por não comportar limite temporal máximo, levava*

em muitos casos à ausência de ligação ou de apelo para o regresso ao exercício de funções na Administração Pública e impedia a aplicação de processos de reforma e racionalização», também no caso vertente a medida em que a precarização do alojamento local, tendente à respetiva extinção, em mudança abrupta de um regime ao abrigo do qual nasceram atos a que essa precarização se aplica sem poder ter sido prevista, contribui para o incremento da habitação acessível, não no-la revela qualquer elemento legislativo.

É crítica que prossegue na afirmação de que, «Para além desses diagnósticos, que remetem para a necessidade de substituição do regime de mobilidade, mostra-se ausente da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 154/XII/2ª e dos respetivos trabalhos preparatórios, qualquer razão objetiva específica para a revogação da norma de salvaguarda do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro».

Por isso se concluiu relativamente à precarização das nomeações mediante a alteração essencial do seu regime de durabilidade, exatamente em termos semelhantes aos que analisamos, que «... estão reunidas razões bastantes para considerar que não se demonstram razões de interesse público idóneas a postergar a tutela de confiança legítima quanto à continuidade do comportamento do Estado relativamente a peça nuclear do estatuto juslaboral dos trabalhadores abrangidos pela norma do n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro [, pelo que,] (...) Assim sendo, a norma revogatória sub judicio viola a previsibilidade do Direito, como forma de orientação de vida (...) e, desse jeito, a confiança e a segurança jurídica inerentes ao princípio do Estado de direito consagrado no artigo 2.º da Constituição».

Mesmo em situações nas quais o interesse público justificativo da frustração de expectativas sólidas se descortina, se se atentar na fundamentação do Acórdão n.º 283/2011, repare-se em como nele se pode ler, desde logo, que se «O Código de Processo Civil, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março,

diferenciava os fundamentos invocáveis pelo executado para se opor à execução por embargos consoante o título executivo fosse uma sentença, (artigo 814.º), uma decisão arbitral em que aos fundamentos anteriores se aditavam os que podiam basear a anulação judicial da decisão arbitral (artigo 815.º) ou outro título em que aos fundamentos invocáveis na execução fundada em sentença acresciam quaisquer outros que seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração (artigo 816.º) [, de tal modo que,] (...) até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008 o executado, cuja execução se fundava na fórmula executória aposta no requerimento de injunção, tinha a possibilidade de deduzir embargos de executado, nos termos do então artigo 816.º do Código de Processo Civil, ou seja, não circunscrito às situações de oposição à sentença, mas a "outros títulos" [, sendo] (...) a oposição, no requerimento de injunção, da fórmula executória [,] (...) um facto que produziu, imediatamente, o efeito de jurídico de fixar os fundamentos da oposição à execução nele fundada, nos termos previstos na lei processual vigente "anteriormente à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008" para os "outros títulos" (artigo 816.º), diversos da sentença e da decisão arbitral (artigos 814.º e 815.º)» (cfr. o ponto 7 da Fundamentação); então, «...facilmente se verifica que a mencionada mutação legislativa lesa as legítimas expectativas do executado, que, confiadamente tinha por assente a sua posição jurídica já firmada [, pois,] (...) Na verdade, considerava, legitimamente, que se poderia defender em termos amplos, face ao facto de a execução ter sido intentada com base em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta a fórmula executória no âmbito da lei antiga e não tão-somente como se a oposição à execução se fundasse em situação equiparável à sentença» (idem, ponto 9).

Salientar este ponto torna-se sobremaneira importante porquanto o caso do artigo 19.º da Proposta de Lei ora em análise, ao afetar renovações de atos já praticados e vigentes, bem como a subsistência de alguns deles ou a viabilidade de investimentos com fundamento nos quais se abriram procedimentos já em curso, mudando inesperadamente os requisitos condicionantes dessas viabilidade e subsistência,

enquadra-se exatamente nestes circunstancialismos de atos jurídicos ou factos passados a que, inesperadamente e no meio da produção dos respetivos efeitos, o referencial de produção de efeitos é retirado, exprimindo-se essa retirada numa frustração de expectativas legítimas que afeta extremamente o comércio jurídico dos visados, para efeitos de aplicação do princípio da confiança.

Nessa altura, tal como se refere no ponto 15 da Fundamentação do Acórdão n.º 847/2014, igualmente já citado e reproduzido no Acórdão n.º 161/2015 em julgamento sobre a mesma norma, tendo-se decidido pela inconstitucionalidade da retirada de força executória pela lei nova a títulos executivos formados ao abrigo da lei antiga, *«Demonstrada a verificação de uma mutação inesperada da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas não podiam contar, o que causou uma afetação das suas legítimas expetativas, cabe, portanto, apreciar se existem razões de interesse público que justifiquem aquela afetação»*.

E tendo concluído pela existência dessas razões, julga o Tribunal Constitucional, no mesmo ponto, ainda assim, que *«Se em si mesma esta perda do benefício de uma presunção da prova de um direito se contém na liberdade de conformação do legislador, a incidência do novo regime jurídico sobre situações jurídicas constituídas no passado exige, todavia, uma ponderação de interesses contrapostos, constituídos, por um lado, pelas expetativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente e, por outro, pelas razões de interesse público que justificam a alteração das soluções legislativas [, sendo que] (...) Nessa ponderação assume especial relevância a lesão ao interesse particular legítimo, na medida em que esta constitui uma ablação do valor de título executivo do documento particular que possui [,] (...) A esta relevância da lesão do interesse particular contrapõe-se a prossecução de um interesse público de particular relevância que pode ser alcançado com um nível similar de eficácia através de meios menos lesivos ou numa escala temporal maior»*.

No caso em apreço na Proposta de Lei em comentário, mesmo admitindo-se que a prossecução do direito à habitação é um interesse público em abstrato justificativo da ablação inesperada de expectativas legítimas geradoras de um investimento de confiança pelos prejudicados, a falta de ponderação legislativa de meios menos gravosos de prosseguir esse interesse público determina a inconstitucionalidade da medida, por violação do princípio da proporcionalidade.

Quanto à inconstitucionalidade inelutavelmente decorrente, se se quiser, da falta de prova de que, no quadro da frustração de expectativas em nome de um interesse público, o meio utilizado é o menos gravoso de entre os meios adequados, e por isso estritamente necessário, é sobremaneira eloquente o julgamento contido no citado Acórdão n.º 575/2014, no qual, em matéria de corte definitivo de pensões de reforma que já se encontravam a ser recebidas pelos beneficiários, se aplicou igualmente a grelha de teste da admissibilidade da retroatividade.

Neste aresto, identificada a posição dos pensionistas – como o é a dos titulares de registo de alojamento local em causa na vertente proposta de lei – uma posição com tutela jurídico-constitucional, e surgindo a restrição como intensa, vem afirmar-se que, *«... Sendo intenso o grau de não satisfação de um princípio constitucional [(neste caso, o princípio segundo o qual devem ser protegidas as legítimas expectativas dos pensionistas ao recebimento de um benefício definido e adquirido ao abrigo de Direito anterior, que é similar à proteção dos titulares de estabelecimentos de alojamento local,)], mais intensa terá ainda que ser a razão que justifica essa não satisfação [,] (...) Quer[endo] isto dizer que a afetação dos direitos dos pensionistas só poderá, neste caso e à luz da Constituição, ser desconsiderada, se se mostrar que ela é necessária para satisfazer “direitos e interesses constitucionalmente protegidos que se devam considerar prevaletentes”»* (cfr. ponto 24 da Fundamentação do Acórdão).

Tendo-se colocado no aresto frente a frente o direito à pensão para a qual se descontou

e a sustentabilidade do sistema, como aqui se hão de colocar a propriedade e a subsistência de quem faz alojamento local frente à política de habitação, julgou-se neste aresto, com muito interesse, que, se «...*não há dúvidas quanto à relevância constitucional que assume a imperatividade de realização de políticas públicas que assegurem a disciplina orçamental, tal como esta última é imposta à República*», nem de que «*Está em causa, neste domínio, não apenas o cumprimento leal do dever, constitucionalmente assumido, de “empenhamento de Portugal no reforço da identidade europeia” (artigo 7.º, n.º 5, da CRP), mas ainda o cumprimento leal do dever que as gerações presentes assumem perante as gerações futuras, dever esse que se traduz em impedir a existência de uma dívida pública que, onerando e pré-determinando as suas escolhas, diminua a capacidade que não podem deixar de ter essas mesmas gerações de se conduzir nos termos prescritos, desde logo, pelos artigos 1.º e 2.º da Constituição [.] (...) Resta porém saber – pois que esta é a específica tarefa que, nos termos do artigo 221.º da CRP, compete indeclinavelmente ao Tribunal Constitucional – se não será ela [- a medida -] excessivamente onerosa para as pessoas afetadas, ao ponto de, por isso, se não poder concluir que sejam no caso prevaletentes os direitos e interesses constitucionalmente protegidos que justificam a afetação» (ibidem).*

É no desempenho de tal tarefa que, segundo o Tribunal Constitucional, um tal nível de ponderação, impõe-se «... *a consistência particular que no caso adquire a necessária tutela da confiança das pessoas afetadas, titulares de direitos já «formados», e valorados – nos termos já descritos – pela Constituição» (idem, n.º 26), pelo que «Não restam dúvidas – face a todo o anterior percurso argumentativo – que a escolha política essencial contida nos artigos 2.º e 4.º do Decreto n.º 262/XII da Assembleia, implicando a redução do montante de pensões em pagamento, afeta fortemente posições jurídicas subjetivas dotadas de intensa tutela Constitucional» (idem, ponto 28).*

Também no nosso caso há que repisar a produção de efeitos do artigo 29.º da Proposta de Lei sobre atos constitutivos de direitos, segundo o ordenamento português apenas

revogáveis por superveniência de novo interesse público mediante indemnização, salvo reserva inicial de revogação.

Ora, este artigo merece o mesmo juízo de inconstitucionalidade que defluiu do Acórdão n.º 575/2014 em curso de citação, nos termos do qual, «*Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afetação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação [,,] (...) Não basta[ndo] invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões [, pois] (...) É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas [, razão pela qual] (...) o interesse da sustentabilidade do sistema público de pensões, realizado através de uma mera medida de redução do valor da pensão, sem qualquer ponderação de outros fatores que seriam relevantes para mitigar a lesão das posições jurídicas subjetivas dos pensionistas – mormente no plano da igualdade e equidade interna e da justiça intrageracional e intergeracional –, e desacompanhado também de uma suficiente justificação que possa esbater as dúvidas quanto à adequação e necessidade da medida, não pode ser tido como um interesse público prevalecente face à intensidade do sacrifício que é imposto aos particulares» (idem, ponto 36.).*

É exatamente por falta desta ponderação, e da sua explicitação, que a modificação dos efeitos de títulos de alojamento local atribuídos ao abrigo da lei anterior, intentada pela presente Proposta de Lei, é totalmente inconstitucional, por violação do princípio da tutela da confiança, medido à luz do princípio da proporcionalidade.

O mesmo se diga, de resto, por identidade de razão, da incorporação, em títulos vigentes

à data da entrada em vigor do ato legislativo proposto, de outros elementos de precarização, tais como a intransmissibilidade do estabelecimento (n.ºs 2, 3 e 4 *a contrario*, do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 128/2014, na redação constante do artigo 16.º da Proposta de Lei), ou o da deliberação imotivada do condomínio proibitiva de alojamento local sem fundamento no incumprimento de qualquer regra (*idem*, n.º 2 do artigo 9.º, segundo a Proposta de Lei).

- 4.2.** Da inconstitucionalidade, independentemente da aplicabilidade para o passado ou não, decorrente da nova proibição de transmissão do estabelecimento e da habilitação do condomínio para deliberar o encerramento de alojamento local

As duas novidades pretensamente introduzidas pela Proposta de Lei que se referem em título e se descreveram no fim da rubrica anterior são também inconstitucionais, mesmo quando aplicadas a estabelecimentos futuros.

Assim, nos termos dos propostos novos n.ºs 2 a 4 do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 128/2014, constantes do artigo 16.º da Proposta de Lei em análise: «*O número de registo do estabelecimento de alojamento local é pessoal e intransmissível, ainda que na titularidade ou propriedade de pessoa coletiva*» (n.º 2); «*o título de abertura ao público caduca em caso de (...) Transmissão da titularidade do registo, cessação de exploração, arrendamento ou outra forma de alteração da titularidade da exploração [, ou] (...) Transmissão de qualquer parte do capital social da pessoa coletiva titular do registo, independentemente da percentagem*» (*idem*, n.º 3); e «*O disposto nos n.ºs 2 e 3 não se aplica em caso de sucessão*» (*idem*, n.º 4).

Isto significa que, salvo em virtude de sucessão por morte, os estabelecimentos de alojamento local licenciados passam a ser intransmissíveis.

Repare-se que, com semelhante proposta, se trata de estender o regime estritamente excecional de intransmissibilidade do registo atualmente vigente apenas para as áreas de contenção.

Já nos termos do proposto n.º 2 do artigo 9.º do mesmo Decreto-lei, *«No caso de a atividade de alojamento local ser exercida numa fração autónoma de edifício ou parte de prédio urbano suscetível de utilização independente, a assembleia de condóminos, por deliberação de dois terços da permissão do edifício, pode opor-se ao exercício da atividade de alojamento local na referida fração, salvo quando o título constitutivo expressamente preveja a utilização da fração para fins de alojamento local ou tiver havido deliberação expressa da assembleia de condóminos a autorizar a utilização da fração para aquele fim»*.

Trata-se aqui, mais uma vez, da proposta de extensão de uma faculdade até agora excecional, apenas exercível, nos termos da redação atual do n.º 2 do artigo 9.º, mediante *«... deliberação fundamentada, decorrente da prática reiterada e comprovada de atos que perturbem a normal utilização do prédio, bem como de atos que causem incómodo e afetem o descanso dos condóminos»*.

Quanto às regras de geral intransmissibilidade dos estabelecimentos de alojamento local, por via da prescrição da intransmissibilidade do respetivo registo, o Tribunal Constitucional, nomeadamente quando teve oportunidade de fiscalizar a constitucionalidade de uma interpretação normativa que fizera prevalecer a liberdade de cessão de exploração de estabelecimentos comerciais e industriais arrendados sobre a vontade do senhorio relativamente à consecução dessa cessão, salientou, pelo menos por duas vezes²⁷, que *«... o que é certo é que, tratando-se, como no caso se trata, de*

²⁷ Nos Acórdãos 289/99, de 12 de maio, proferido no Processo n.º 391/98; e 77/2001, de 14 de fevereiro,

uma cessão de exploração de um estabelecimento comercial ou industrial, a manutenção do contrato de arrendamento onde tal estabelecimento se sedia ou situa, não deixará de ser perspectivável como uma protecção desse mesmo estabelecimento e, desta sorte, de protecção da própria livre iniciativa económica consubstanciada na exploração do estabelecimento».

Exatamente o mesmo se há de dizer do registo de um estabelecimento de alojamento local, coexistencial à manutenção desse mesmo estabelecimento.

Isto significa que, para o Tribunal Constitucional, e mais uma vez interpretando-se o artigo 61.º da Constituição, a transmissibilidade da exploração de um estabelecimento integra, por princípio, o conteúdo da livre iniciativa económica constitucionalmente protegida.

Nessa altura, e regressando ao exame das restrições à livre iniciativa económica em aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, cujos fundamentos e procedimentos se analisaram na rubrica n.º 2, não há qualquer razão, nem de adequação, tão-pouco de necessidade ou de equilíbrio, para assim se restringir a livre iniciativa económica. Se – embora a um farmacêutico – se pode transmitir um alvará de farmácia, se se pode transmitir a licença de um operador de gestão de resíduos, mantendo-se no essencial o estabelecimento, porque não se há de poder transmitir inter vivos o registo de um estabelecimento de alojamento local, a bem da manutenção de uma organização produtiva e da sua transacionabilidade nos quadros da livre iniciativa económica, consagrada no artigo 61.º da Constituição?

Parece-nos bem que não.

proferido no Processo n.º 415/2000; ambos adotando *ipsis literis* a mesma fundamentação que a seguir se transcreve.

Regressando às palavras epigráficas de Evaristo Mendes²⁸, «Quando esteja em causa uma liberdade económico-productiva - como sucede no caso previsto no artigo 61.º, n.º 1, e em boa parte dos casos abrangidos pelo artigo 47.º, n.º 1 - ela implica, genericamente, o direito de, sem interferências externas, incluindo do Estado, produzir, comercializar e fornecer, de forma onerosa, sistemática e duradoura, bens e serviços, selecionando, organizando e afetando a esse fim, livremente, os recursos considerados convenientes [, sendo que] (...) A liberdade de empresa, em particular, abarca, mais especificamente, a liberdade de estabelecimento em sentido restrito ou acesso à atividade, a liberdade de configuração da empresa e de escolha do modelo de negócio, a livre opção por um exercício singular ou coletivo, a livre escolha das respetivas formas jurídicas de enquadramento, a liberdade de conformação jurídica destas, a liberdade de investir e desinvestir, de exercício e gestão sem interferências por parte do Estado ou de outras entidades públicas, a liberdade de contratar, nomeadamente com os fornecedores de recursos ou fatores produtivos e os destinatários da oferta empresarial de bens e/ou serviços, a liberdade de comunicação comercial, mais latamente, a liberdade de concorrer, incluindo a opção por estratégias competitivas mais baseadas na qualidade e nos preços ou em técnicas publicitárias e na diferenciação dos bens ou serviços, bem como a liberdade de conservar, aumentar ou reduzir os níveis de atividade e de lhe pôr termo, etc.».

É tudo isto que é colocado em causa com a intransmissibilidade do registo de alojamento local, sem se saber se a extinção de um registo de alojamento local por intransmissibilidade registal vai dar origem a uma nova habitação para quem dela precise ou sequer é necessária para o fazer.

²⁸ Cfr. *op. e loc cits.*

Aliás, a desproporção deste regime de intransmissibilidade ressalta ainda mais quando se sabe que o mesmo, atualmente, vigora apenas para as áreas de contenção (cfr. n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 128/2014, na redação atual), isto é, quando, «... *Com o objetivo de preservar a realidade social dos bairros e lugares, a câmara municipal territorialmente competente, (...) aprovar por regulamento e com deliberação fundamentada, a existência de áreas de contenção, por freguesia, no todo ou em parte, para instalação de novo alojamento local, podendo impor limites relativos ao número de estabelecimentos de alojamento local nesse território, que podem ter em conta limites percentuais em proporção dos imóveis disponíveis para habitação»* (*idem*, n.º 1 do artigo 15.º-A), com comunicação ao Turismo de Portugal e reavaliação periódica obrigatória (*ibidem*, n.ºs 2 e 3).

Portanto, um regime ultra restritivo que, atualmente, se aplica apenas em casos de estrita necessidade, com pressupostos dessa necessidade estritamente fixados na lei, com recurso a padrões objetivos e sempre mediante deliberação fundamentada, exatamente por ser um regime ultra restritivo da livre iniciativa económica e por se saber isso, passa a ser agora o regime comum e inescapável, enquanto não se avaliem as necessidades de habitação.

Seja-nos permitida a liberdade de linguagem para afirmar que a confissão da inconstitucionalidade desta alteração proposta, se aflora noutros lugares, revela-se inelutavelmente aqui.

De resto, da administração de um estabelecimento sem espectro de transmissibilidade, ou sempre sujeito a que uma deliberação de condomínio com ele acabe, se há de dizer o mesmo que o Tribunal Constitucional, na alínea d) do ponto 8 da citada fundamentação do Acórdão n.º 392/89, disse do estabelecimento que, por motivos

alheios à sua vontade e aleatórios, se via obrigado a receber trabalhadores que não eram seus: *«mesmo que a garantia constitucional de segurança no emprego, constante do artigo 53.º, tivesse esse alcance, impor uma tal restrição com essa finalidade, seria de todo desproporcionado (excessivo) [, enquanto,] (...) De facto, obrigar uma empresa — que acaba de contratar a limpeza das instalações de uma outra empresa ou serviço — a integrar nos seus quadros todos os trabalhadores que aí faziam a limpeza ao serviço de outra empresa — que perdeu em concurso aquele local de trabalho — é, ao cabo e ao resto, tornar, neste específico sector de actividade, o exercício da liberdade económica privada particularmente oneroso [, pois] Do que se trata, com efeito, é de obrigar as empresas em causa a funcionar sem possibilidades de fazer uma rigorosa previsão de custos — condição esta indispensável para uma gestão racional —, pois que elas, para além de não poderem, sequer, escolher os seus próprios trabalhadores, não podem saber exactamente quantos vão ter de empregar nem qual a «qualidade» dos mesmos».*

Também tornar um estabelecimento de alojamento local num estabelecimento intransmissível e em permanência «com uma espada em cima da cabeça», tem exatamente o mesmo e paralelo efeito desproporcional.

Repare-se, revertendo agora ao proposto n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 128/2014, como o mesmo habilita dois terços do condomínio a adotar uma deliberação imotivada de encerramento de um estabelecimento. As exceções a essa desproporcional habilitação, que se preveem ser a previsão da utilização de alojamento local no título constitutivo da propriedade horizontal ou a vigência de uma autorização precedente do condomínio para o exercício dessa atividade na fração, além de não serem casos de verificação frequente, nem sequer protegem exigências feitas pela lei para a abertura de um estabelecimento de alojamento local em fração autónoma.

E tal como sucede relativamente às alterações propostas para o artigo 7.º, a violação do

princípio constitucional da proporcionalidade assacável à norma atributiva de competência a uma assembleia de condóminos para aniquilar por completo a livre e lícita iniciativa económica de um dos seus membros de forma imotivada e arbitrária, tendo a deliberação da maioria como único fundamento, reverbera tanto mais quanto tal faculdade, atualmente, é uma faculdade excecional, exercível apenas mediante «... *deliberação fundamentada, decorrente da prática reiterada e comprovada de atos que perturbem a normal utilização do prédio, bem como de atos que causem incómodo e afetem o descanso dos condóminos*».

É caso para lembrar o proponente desta alteração de que os direitos fundamentais, como o é a livre iniciativa económica, são, antes demais, na expressão de Dworkin, que Jorge Reis Novais celebrizou na literatura jurídica de língua portuguesa, «trunfos contra a maioria»!

5. Meios de tutela dos interessados face às inconstitucionalidades que os prejudicam

Além da não aprovação da vertente Proposta de Lei no Parlamento, desde logo o Presidente da República, nos termos da faculdade que lhe confere o artigo 278.º da Constituição, tem legitimidade ativa para, antes de promulgar o vertente diploma, requerer a respetiva fiscalização preventiva, com base nas inconstitucionalidades aqui diagnosticadas ou noutras; no que pode obter vencimento, vencimento esse a que se associa, logo antes de ver a luz do dia, o «aborto» desta disciplina inconstitucional (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 279.º da Constituição).

Se as vertentes teses de inconstitucionalidade não fizerem vencimento em sede de fiscalização preventiva e a disciplina aqui em crise entrar em vigor, podem sempre os interessados impugnar, nos tribunais administrativos, os atos de denegação ou precarização dos registos de alojamento local, identificando como fundamento de tal

impugnação a inconstitucionalidade das normas que os suportam (cfr. artigo 204.º da Constituição). O mesmo se diga quanto aos tribunais judiciais, no que diz respeito às deliberações do condomínio fundadas em norma inconstitucional ora proposta. Caso não obtenha vencimento junto do tribunal da causa, pode sempre o interessado recorrer para o Tribunal Constitucional, nos termos gerais do artigo 280.º da Constituição. Sempre pesando embora o facto de a norma inconstitucional, a ser assim julgada, só se poder tomar por inconstitucional dentro de cada litígio em que a questão ocorre, e não para todos os casos.

Enfim, a erradicação da norma para todos os casos, com efeitos retroativos e repristinatórios da disciplina anterior (artigo 282.º) pode ser requerida por órgãos públicos que não o Governo proponente, quais sejam, nos termos do n.º 2 do artigo 281.º, o Presidente da República, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República ou vinte e três deputados; todos órgãos junto dos quais a Associação ora Consulente poderá fazer valer a vertente posição.

6. Conclusões

Em conclusão do presente Memorandum, que versa as inconstitucionalidades diagnosticadas, quanto ao regime do alojamento local, na Proposta de Lei n.º 71/XV/1.ª, salvo as respeitantes a normas fiscais, cumprirá firmar que:

- 6.1.** O artigo 18.º da Proposta de Lei, ao consagrar que, salvo exceções marginais, a emissão de novos registos de estabelecimento de alojamento local, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 128/2014, de 29 de agosto, na sua redação atual, nas modalidades de apartamentos e estabelecimentos de hospedagem integrados numa fração autónoma de edifício, fica suspensa em todo o território nacional, até que cada Município defina, expressamente, nas

respetivas Cartas Municipais de Habitação aprovadas, nos termos previstos no artigo 22.º da Lei n.º 83/2019, de 3 de setembro, na sua redação atual, o adequado equilíbrio de oferta de habitações e alojamento estudantil no respetivo território, que permita o termo da suspensão, é materialmente inconstitucional:

6.1.1. Seja por violação do princípio constitucional da proporcionalidade, na vertente da necessidade, enquanto, em nome de um desígnio geral de prossecução do direito à habitação, inclusivamente qualificado pela jurisprudência constitucional como um direito não diretamente exigível pelos respetivos titulares e extremamente dependente de conformação político-legislativa – artigo 65.º da Constituição –, aniquila por completo uma via de exercício das liberdades produtivas de iniciativa económica – artigo 61.º da Constituição – e até de profissão – idem, artigo 47.º –, tantas vezes apanágio do mínimo de existência condigna de quem as exerce, investindo ou trabalhando, sendo de ponderar tantas outras medidas mais eficazes do que está para a resolução do problema da habitação, ou até fontes mais intensas desse problema que não a prática do alojamento local;

6.1.2. Seja por violação do n.º 5 do artigo 112.º da Constituição, o qual impede as leis de remeterem para outros atos o poder revogatório das respetivas disposições, o que sucede justamente no n.º 2 do artigo 18.º, em que se permite que a suspensão legal da atribuição de novos registos seja derogada por cada Município, por meio da sua Carta Municipal de Habitação.

6.2. O inovatoriamente proposto artigo 6.º-A para o Decreto-lei n.º 128/2014, combinado com o artigo 19.º da Proposta de Lei, ao tornarem os títulos de

permissão de exercício de alojamento local em títulos precários, violam o princípio da proporcionalidade, na vertente do equilíbrio, por introduzirem um elemento de precarização insustentável numa atividade que existe um significativo investimento imobiliário de partida, além do que a concomitante e prática caducidade dos registos vigentes à putativa data de entrada em vigor da Proposta de Lei, caducidade essa a operar em 2033, viola patentemente o princípio da segurança jurídica e da tutela da confiança em que investiram quantos, com esforço financeiro, afetaram recursos avultados, quais sejam os normalmente associados à aquisição de um imóvel, no lançamento da atividade de alojamento local.

6.3. Quanto à projetada exigência, emergente dos propostos n.º 4 e 5 a acrescentar ao artigo 5.º do Decreto-lei n.º 128/2014, bem como da reformulação da alínea f) do n.º 2 do artigo 6.º, de deliberação da unanimidade dos condóminos, modificativa do título constitutivo da propriedade horizontal, para que seja registado um alojamento local numa fração autónoma destinada a habitação, deliberação essa consagradora de um uso diverso do do uso habitacional, se há-de dizer:

6.3.1. Para além de que não é clara, quanto ao seu alcance implicativo ou não da alteração da autorização de utilização da fração, por força do n.º 3 do artigo 1418.º do Código Civil, o que viola a exigência constitucional de determinabilidade das leis restritivas de direitos como a livre iniciativa económica;

6.3.2. É um meio exagerado de tutelar os direitos dos demais condóminos quanto a perturbações decorrentes da atividade de alojamento local, neutralizáveis através de outros meios como as deliberações fundamentadas de fecho da atividade motivado pela ocorrência de perturbações;

- 6.3.3.** Assim como significa não uma solução equilibrada, e sim uma capitulação total do direito de um condómino face aos interesses dos demais;
- 6.3.4.** Circunstâncias a consubstanciarem uma violação do princípio da proporcionalidade, quer na vertente da necessidade, quer na vertente do equilíbrio em sentido estrito;
- 6.3.5.** Senão mesmo uma violação do princípio da igualdade proporcional, ao estender ao alojamento local em apartamentos reservados a uma única pessoa ou a um único núcleo de hóspedes, do regime até agora só consagrado para os hostels, em que a profusão de clientes num espaço, essa sim, é anormal face ao uso habitacional.
- 6.4.** A proposta consagração da intransmissibilidade dos registos de alojamento local em qualquer situação, e não apenas em situações particularizadas/ponderadas/fundamentadas de falta de habitação em áreas localizadas, viola o artigo 61.º da Constituição, por ser coexistencial à livre iniciativa económica a transmissibilidade dos estabelecimentos, enquanto apropriação legítima do valor dos mesmos.
- 6.5.** O alargamento da faculdade de uma maioria qualificada dos condóminos de um edifício em propriedade horizontal proibirem a prática do alojamento local já instalada numa fração, de molde a que o exercício de tal faculdade deixe de ter de ser fundamentado em mau uso da fração ou incómodo dos vizinhos – como atualmente é –, constitui, igualmente, violação desproporcional da livre iniciativa económica, enquanto coloca nas mãos da maioria a aniquilação da liberdade de um ente minoritário.

6.6. Além da não aprovação da presente proposta de lei, consubstanciam garantias contra as inconstitucionalidades diagnosticadas, e outras, quer uma possível pronúncia de inconstitucionalidade em fiscalização preventiva a desencadear pelo Presidente da República e que obrigará – pelo menos – ao expurgo destas inconstitucionalidades (cfr. artigos 278.º, bem como os n.ºs 1 e 2 do artigo 279.º, todos da Constituição), assim como a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas quando já em vigor para cujo requerimento ao Tribunal Constitucional têm legitimidade ativa órgãos que não o Governo proponente – nos termos do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição, o Presidente da República, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República ou vinte e três deputados -, ou mesmo o julgamento da inconstitucionalidade nas impugnações judiciais dos atos administrativos relativos ao alojamento local que os interessados podem suscitar nos tribunais administrativos com recurso para o Tribunal Constitucional (cfr. artigos 204.º e 280.º da Constituição).

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer.

Lisboa, 21 de julho de 2023

Ricardo Branco

Consultor Jurídico da Abreu Advogados

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa