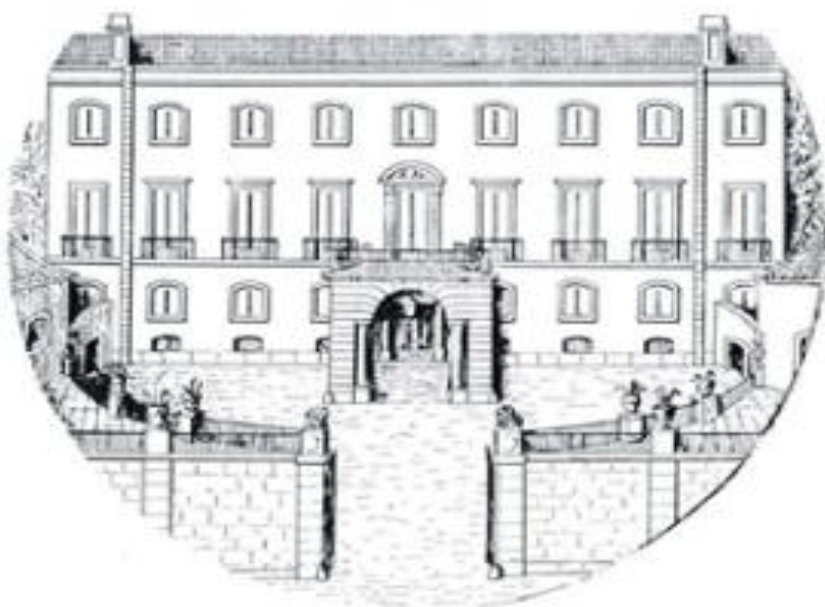


I Conferencia Trilateral
8-10 de abril 1999
Madrid



**A interpretaçao das leis, entre a
jurisdicaçao constitucional e as
restantes jurisdicoes**

Portugal

SEMINÁRIO DE TRABALHO

A interpretação das leis, entre a jurisdição constitucional e as restantes jurisdições

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de

Portugal

Madrid, 9 de Abril de 1999

Materiais de trabalho

1. Textos normativos pertinentes

2. Bibliografia sucinta

3. Acórdãos do Tribunal

1. Textos normativos pertinentes

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Artigo 204º *(Apreciação da inconstitucionalidade)*

Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Artigo 278º *(Fiscalização preventiva da constitucionalidade)*

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.

5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República.

6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no nº 4 deve ser requerida no prazo de oito dias à contar da data prevista no número anterior.

7. Sem prejuízo do disposto no nº 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o nº 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.

8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do nº 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Artigo 280º

(Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c)

3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do nº 1 e na alínea a) do nº 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

4. Os recursos previstos na alínea b) do nº 1 e na alínea d) do nº 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

Artigo 281º

(Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República;

d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) O Primeiro-Ministro;
- d) O Provedor de Justiça;
- e) O Procurador-Geral da República;
- f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;

g) Os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes das assembleias legislativas regionais, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República.

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro

Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional

SUBCAPITULO II

Processos de fiscalização concreta

Artigo 70º

(Decisões de que pode recorrer-se)

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais:
- a)* Que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade;
 - b)* Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;
 - c)* Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado;
 - d)* Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional, com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;
 - e)* Que recusem a aplicação de norma emanada de um órgão de soberania, com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;
 - f)* Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas *c)*, *d)* e *e)*;

- g) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional;
- h) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional, nos precisos termos em que seja requerido a sua apreciação ao Tribunal Constitucional;
- i) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a que questão pelo Tribunal Constitucional.

2. Os recursos previstos nas alíneas b) e f) do número anterior apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência.

3. São equiparadas a recursos ordinários as reclamações para os presidentes dos tribunais superiores, nos casos de não admissão ou de retenção do recurso, bem como as reclamações dos despachos dos juizes relatores para a conferência.

4. Entende-se que se acham esgotados todos os recursos ordinários, nos termos do n.º 2, quando tenha havido renúncia, haja decorrido o respectivo prazo sem a sua interposição ou os recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual.

5. Não é admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório, nos termos da respectiva lei processual.

6. Se a decisão admitir recurso ordinário, mesmo que para uniformização de jurisprudência, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precluir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira.

Artigo 71º **(Âmbito do recurso)**

1. Os recursos de decisões judiciais para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada.

2. No caso previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo anterior, o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida.

Artigo 72º **(Legitimidade para recorrer)**

1. Podem recorrer para o Tribunal Constitucional:

- a) O Ministério Público;
- b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso.

2. Os recursos previstos nas alíneas b) e f) do n.º 1 do artigo 70º só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar, obrigado a dela conhecer.

3. O recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação haja sido recusada, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, conste de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar, ou quando se verifiquem os casos previstos nas alíneas g), h) e i) do n.º 1 do artigo 70º, salvo o disposto no número seguinte.

4. O Ministério Público pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecido, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

.....

Artigo 76º
(Decisão sobre a admissibilidade)

1. Compete ao tribunal que tiver proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do respectivo recurso.

2. O requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional deve ser indeferido quando não satisfaça os requisitos do artigo 75º-A, mesmo após o suprimento previsto no seu n.º 5, quando a decisão o não admita, quando o recurso haja sido interposto fora do prazo, quando o requerente careça de legitimidade ou ainda, no caso dos recursos previstos nas alíneas b) e f) do n.º 1 do artigo 70º, quando forem manifestamente infundados.

3. A decisão que admita o recurso ou lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional e as partes só podem impugná-la nas suas alegações.

4. Do despacho que indefira o requerimento de interposição do recurso ou retenha a sua subida cabe reclamação para o Tribunal Constitucional.

Artigo 77º
*(Reclamação do despacho
que indefira a admissão do recurso)*

1. O julgamento da reclamação de despacho que indefira o requerimento de recurso ou retenha a sua subida cabe à conferência a que se refere o n.º 3 do artigo 78º-A, aplicando-se igualmente o n.º 4 da mesma disposição.

2. O prazo de vista é de 10 dias para o relator e de 5 dias para o Ministério Público e os restantes juizes.

3. Se entender que a questão é simples, o relator, após o visto do Ministério Público, pode dispensar os vistos dos restantes juizes e promover a imediata inscrição do processo em tabela, lavrando o Tribunal decisão sumária.

4. A decisão não pode ser impugnada e, se revogar o despacho de indeferimento, faz caso julgado quanto à admissibilidade do recurso.

.....

Artigo 79º-A
(Intervenção do plenário)

1. O Presidente pode, com a concordância do Tribunal, determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário, quando o considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir, caso em que o processo irá com vista, por 10 dias, a cada um dos juizes que ainda o não tenham examinado, com cópia do memorando, se este já tiver sido apresentado.

2. Tratando-se de recursos interpostos em processo penal, a faculdade prevista no número anterior deve ser exercida antes da distribuição do processo, podendo nos restantes casos essa faculdade ser exercida até ao momento em que seja ordenada a inscrição do processo em tabela para julgamento.

3. O disposto nos números anteriores, salvo quanto aos prazos de vista, é igualmente aplicável às reclamações previstas no artigo 77º.

.....

Artigo 79º-C ***(Poderes de cognição do Tribunal)***

O Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação, mas pode fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocado.

Artigo 79º-D ***(Recurso para o plenário)***

1. Se o Tribunal Constitucional vier julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções, dessa decisão cabe recurso para o plenário do Tribunal, obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido.

2. O recurso previsto no número anterior é processado sem nova distribuição e seguirá ainda que não tenham sido apresentadas alegações pelo recorrente.

3. Concluído o prazo para apresentação de alegações, irá o processo com vista ao Ministério Público, se este não for recorrente, por 10 dias, e depois a todos os juizes, por 5 dias.

4. Terminados os vistos, o processo é inscrito em tabela para julgamento.

5. A discussão tem por base o acórdão recorrido e, concluída ela e tomada a decisão do Tribunal, o acórdão é lavrado pelo relator ou, se este ficar vencido, pelo juiz que deva substituí-lo.

6. Se o Tribunal mantiver a decisão recorrida, o acórdão pode limitar-se a confirmá-la, remetendo para a respectiva fundamentação.

7. O disposto neste artigo é correspondentemente aplicável no caso de divergência jurisprudencial verificado no âmbito do recurso previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo 70º.

Artigo 80º ***(Efeitos da decisão)***

1. A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada.

2. Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

3. No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa.

4. Transitada em julgado a decisão que não admita o recurso ou lhe negue provimento, transita também a decisão recorrida, se estiverem esgotados os recursos ordinários, ou começam a correr os prazos para estes recursos, no caso contrário.

5. O disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à decisão do recurso previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo 70º.

.....

Artigo 82º

(Processo aplicável à repetição do julgado)

Sempre que a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, o qual é concluso ao Presidente, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei.

.....

2. Bibliografia sucinta

J. M. Cardoso da Costa, **A Jurisdição Constitucional em Portugal**, 2ª edição, 1992

Luís Nunes de Almeida, **Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en Portugal**, in *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Eliseu Aja (editor), Espanha, 1998

Mário de Brito, **Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional**, separata do n.º 62 da *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1995

3. Acórdãos do Tribunal Constitucional

Nota:

- a) Os Acórdãos n.ºs 102/84 e 359/91 exemplificam o acolhimento, ou não, pelo Tribunal Constitucional, da interpretação da lei feita pelos restantes Tribunais.
- b) Os Acórdãos n.ºs 63/85, 340/87 e 163/95 respeitam à utilização, pelo Tribunal Constitucional, da faculdade prevista no n.º 3 do artigo 80º da respectiva Lei.

ACÓRDÃO N.º 102/84

DE 31 DE OUTUBRO DE 1984

Julga o Tribunal Constitucional competente para conhecer do recurso de constitucionalidade quando esteja em causa a inconstitucionalidade de certa norma numa dada interpretação.

Processo: n.º 44/84.

Recorrente: António Abel Ferreira Mendes.

Relator: Conselheiro Mário de Brito.

SUMÁRIO:

- I — Constitui fundamento para o recurso de constitucionalidade a simples invocação da inconstitucionalidade da norma, tal como ela foi interpretada e aplicada na decisão recorrida: — há, pois, recurso para o Tribunal Constitucional com fundamento em que, interpretado o artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, no sentido de que, para a pena cominada na lei poder ser considerada prisão maior, basta que o seu limite máximo seja superior a dois anos, tal norma é inconstitucional.
- II — A circunstância de o recorrente ter entretanto sido posto em liberdade não retira interesse à decisão do recurso de constitucionalidade do citado artigo 51.º: — é que o juízo de inconstitucionalidade dessa norma, constituindo pressuposto do direito de indemnização conferido pelo n.º 5 do artigo 27.º da Constituição, não pode ser relegado para a acção de indemnização.

1 — Na sequência de uma ordem de captura emanada da Directoria de Coimbra da Polícia Judiciária, nos termos do disposto nos artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 458/82, de 24 de Novembro, 27.º, n.º 3, alínea *a*), da Constituição, 286.º, n.º 2.º, e 291.º, §§ 1.º e 2.º, alínea *b*), do

Código de Processo Penal, com referência ao artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, por haver fortes indícios de ter praticado em Dezembro de 1983 um crime de passagem e aquisição de valores selados (estampilhas fiscais) falsos, crime previsto e punível pelo artigo 245.º, n.º 2, alínea *b*), do Código Penal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), António Abel Ferreira Mendes foi capturado às 00 horas e 30 minutos do dia 1 de Fevereiro de 1984. Teria sido apresentado, com outros arguidos, no Tribunal de Instrução Criminal de Coimbra no dia 2, mas notificado da decisão de manutenção da prisão preventiva, depois do interrogatório a que ele e os seus co-arguidos foram submetidos, só na tarde do dia 3, e, portanto, já para além do prazo de 48 horas fixado no artigo 28.º, n.º 1, da Constituição, e, por isso, requereu, em 9 do mesmo mês, com fundamento no artigo 315.º, § único, alínea *c*), do Código de Processo Penal, a providência extraordinária do *habeas corpus*, para ser declarada ilegal a prisão e ordenada a sua imediata libertação, e também para eventual pedido de indemnização (ao abrigo do n.º 5 do artigo 27.º da Constituição).

Alegou para tanto que, não tendo a prisão ocorrido em flagrante delito, ela só podia ser ordenada «por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior» [2.ª parte da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição] e, no caso, a pena abstractamente cominada para o facto imputado — prisão até três anos — não pode ser qualificada de «pena maior»: — à falta de um conceito constitucional autónomo de pena maior, deve, na verdade, como tal considerar-se tão-somente a pena cujo limite mínimo é de dois anos (artigo 55.º do Código Penal de 1886). Interpretação diferente do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82, em que o juiz se baseou, e segundo o qual «sem prejuízo das disposições constantes deste decreto-lei, para efeito da aplicação de quaisquer normas que façam referência a prisão maior considera-se prisão desta natureza a de medida superior a dois anos», determinaria, segundo o requerente, a inconstitucionalidade dessa norma.

O juiz de instrução criminal respondeu, dizendo, por um lado, que o n.º 1 do artigo 28.º da Constituição, como aliás o artigo 311.º do Código de Processo Penal, apenas exige que no prazo de 48 horas a situação de prisão seja submetida à apreciação e, por outro lado, que, para estarmos em face de uma prisão maior, nos termos do artigo 51.º do

Decreto-Lei n.º 402/82, basta que seja superior a dois anos o seu limite máximo, sendo indiferente o seu limite mínimo.

O Supremo Tribunal da Justiça, em deliberação de 15 de Fevereiro, indeferiu o requerido, afastando da seguinte forma os fundamentos invocados pelo requerente: o primeiro, «já porque o requerente foi apresentado ao juiz de instrução dentro do prazo de 48 horas após a detenção, como se determina no artigo 311.º do Código de Processo Penal, já porque, face à redacção que foi dada à alínea c) do § único do artigo 315.º do mesmo Código pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, foi eliminado aquele fundamento»; o segundo, porque a pena aplicável ao crime imputado ao requerente, podendo exceder os dois anos de prisão — vai de um mês (artigo 40.º, n.º 1, do Código Penal) até três anos —, «é equiparada à antiga prisão maior, como expressamente se dispõe no artigo 51.º do citado decreto-lei». «Sendo assim — concluiu o Supremo —, foi aquela prisão efectuada a coberto do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição da República».

Arguiu o requerente a nulidade da deliberação, nos termos do artigo 668.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Civil, por o Tribunal ter deixado de se pronunciar sobre questão que devia apreciar: precisamente a inconstitucionalidade do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82. Mas, em sessão de 29 de Fevereiro, o mesmo Supremo deliberou indeferir a arguição, nos seguintes termos: «Não há nenhuma nulidade, pois se não deixou de conhecer de todas as questões postas e de fundamentá-las. Concretamente e no tocante à gravidade da pena, explicando-se por que uma prisão até três anos é equiparável à antiga maior, que bastava exceder dois anos, com isto se afastando o problema da inconstitucionalidade».

Daí o presente recurso, interposto pelo referido António Abel Ferreira Mendes para este Tribunal e em cuja alegação se concluiu:

- a) O artigo 27.º, n.º 3, alínea a), da Constituição não pode ser interpretado restritivamente pela lei ordinária, o que traduziria em última análise e em concreto um tratamento menos favorável ao arguido — artigo 29.º, n.º 4, da Constituição;
- b) O artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82 deve ser interpretado de acordo com a Constituição; logo, os dois anos nele referidos não podem deixar de ser interpretados como limite mínimo;

- c) Se não se interpretar o artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82 e os dois anos nele referidos como limite mínimo, o preceito é inconstitucional;
- d) Assim, é claramente inconstitucional a interpretação dada ao normativo pelo acórdão recorrido.

O ex.^{mo} magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal suscitou na sua alegação a questão prévia do não conhecimento do recurso, ou por falta de interesse jurídico relevante na sua decisão, já que o requerente se encontra em liberdade desde 10 de Abril — como veio a provar-se (fls. 53) —, ou por incompetência deste Tribunal, por isso que, sendo os recursos «restritos à questão da inconstitucionalidade» (n.º 6 do artigo 280.º da Constituição e artigo 71.º da Lei n.º 28/82), «o que o recorrente sempre vem controvertendo é a interpretação e a aplicação da alínea a) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição — na base da qual foi denegada a providência requerida — e não propriamente a interpretação e a aplicação do questionado artigo 51.º» ou, por outras palavras, «não é, consequentemente, a conformação com a Lei Fundamental do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82 que o recorrente, no fundo, põe em causa nestes autos».

Ouvido sobre a questão, pronunciou-se o recorrente no sentido de ela ser desatendida: — por um lado, continua a ter interesse na declaração de ilegalidade da sua detenção no período compreendido entre 1 de Fevereiro e 10 de Abril, para o efeito de poder reclamar a indemnização prevista no n.º 5 do artigo 27.º da Constituição; por outro lado, sempre no decurso do processo pôs em causa a conformação do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82 com a Lei Fundamental.

Cumprе decidir a questão prévia.

2 — A questão do não conhecimento do recurso pode ser suscitada tanto pelo relator como pelos juízes adjuntos e pelas próprias partes (artigos 704.º e 702.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, aplicáveis por força do artigo 69.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro).

Nada obsta, portanto, ao conhecimento da questão suscitada pelo Ministério Público, apenas se podendo discutir se a invocada falta de interesse jurídico relevante na decisão do recurso não configuraria antes a causa

de extinção da instância (do recurso) prevista no artigo 287.º, alínea e), 2.ª parte, do citado Código de Processo Civil (vejam-se a este propósito os votos de vencido lavrados no acórdão deste Tribunal, n.º 12, de 25 de Outubro de 1983, proferido no processo n.º 14/83).

Como quer que seja, importa conhecer em primeiro lugar da competência do Tribunal (cf. os artigos 510.º, 660.º, 494.º, 288.º e 101.º e seguintes do mesmo Código).

2.1 — O artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa dispõe no seu n.º 2 que ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade — a expressão «total ou parcialmente» foi acrescentada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro —, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança. E no n.º 3 exceptua deste princípio a privação da liberdade pelo tempo e nas condições que a lei determinar, no seguinte caso, entre outros que aqui não interessam: prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior [alínea a), segunda parte].

Como se sabe, o Código Penal de 1886, que era o aplicável à data da entrada em vigor da Constituição, ou seja, em 25 de Abril de 1976 (n.º 3 do artigo 312.º, na sua redacção primitiva), distinguia, entre as penas de prisão, a de prisão maior: prisão maior de dois a oito anos, de oito a doze anos, de doze a dezasseis anos, de dezasseis a vinte anos e de vinte a vinte e quatro anos (n.ºs 1.º a 5.º do artigo 55.º). O Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, eliminou, porém, a pena de prisão maior, prevendo apenas a pena de prisão, com a duração mínima de um mês e a duração máxima de vinte anos (artigo 40.º, n.º 1). A solução perfilhada pelo novo Código neste domínio partiu da ideia de que — como se lê no relatório do diploma que o aprovou — «a execução das penas privativas de liberdade tão-só pode diferenciar-se em função da sua maior ou menor duração».

Se a referência a «pena maior» feita na segunda parte da alínea a) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição não deixava dúvidas no domínio do Código Penal anterior, já o mesmo não iria acontecer a partir da entrada em vigor do novo Código, ou seja, a partir de 1 de Janeiro de 1983 (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 400/82). Foi precisamente para resolver as dúvidas que poderiam surgir que o Decreto-Lei n.º 402/82, tam-

bém de 23 de Setembro, estabeleceu no seu artigo 51.º que, «sem prejuízo das disposições constantes deste decreto-lei, para efeito da aplicação de quaisquer normas que façam referência a prisão maior considera-se prisão desta natureza a de medida superior a dois anos».

O entendimento deste preceito não é, porém, pacífico: — para uns, ao falar em dois anos, a lei contenta-se com que o limite máximo da pena seja superior a dois anos; para outros, a lei exige que seja de dois anos o limite mínimo da pena. Como resulta do que fica dito, foi a primeira tese a que foi perfilhada na deliberação do Supremo, enquanto o recorrente defende a segunda.

E parecerá que o que está em causa é apenas a interpretação desse preceito, não se colocando, portanto, qualquer questão de constitucionalidade. É essa precisamente a posição do ex.^{mo} magistrado do Ministério Público junto deste Tribunal, ao suscitar a questão do não conhecimento do recurso, por falta de competência do mesmo Tribunal para a apreciar, sabido como é que os recursos para ele são «restritos à questão da constitucionalidade», nos termos dos preceitos, já citados, do n.º 6 do artigo 280.º da Constituição e do artigo 71.º da Lei n.º 28/82.

Mas não é assim. Certo que o recorrente discorda da interpretação que ao preceito do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 402/82 foi dada pela deliberação impugnada. Simplesmente não se limita a isso: — segundo ele, essa disposição, na interpretação que lhe foi dada pelo Supremo, infringe o preceituado no artigo 27.º, n.º 3, alínea *a*), segunda parte, da Constituição.

Ora, nada obsta a que, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade — e é dela que nos ocupamos (artigos 69.º e seguintes da Lei n.º 28/82) —, se discuta a constitucionalidade de uma norma, tal como ela foi interpretada e aplicada ao caso concreto. Pode mesmo dizer-se que, ao submeter-se ao Tribunal Constitucional, em via de recurso, a apreciação da constitucionalidade de uma norma jurídica, o que o Tribunal deve fiscalizar é, não a constitucionalidade, em abstracto, da norma em questão (por isso ele não pode *declarar* a inconstitucionalidade dessa norma), mas a constitucionalidade dessa mesma norma, na sua aplicação concreta. Como ensina José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.^a ed. (1983), n.º 7.5.5 — embora partindo da hipótese de o tribunal recorrido ter decidido a favor da inconstitucionalidade —, «o órgão

encarregado de controlar a constitucionalidade da norma não pode ser impedido de verificar se, ao lado da interpretação dada pelo tribunal recorrido a favor da inconstitucionalidade, não haverá uma interpretação favorável à manutenção da validade da norma». O n.º 3 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82 favorece, aliás, este ponto de vista, ao dizer que, no caso de o juízo de constitucionalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.

Improcede, assim, a questão da incompetência do Tribunal para conhecer do recurso.

2.2 — Vejamos agora se a circunstância de o recorrente ter sido libertado no dia 10 de Abril terá determinado, como pretende o Ministério Público, a falta de interesse relevante na decisão do recurso.

Objecta o recorrente, como se disse, que o interesse na decisão do recurso no sentido por ele propugnado, isto é, no sentido da ilegalidade da manutenção da prisão para além do prazo de 48 horas fixado no artigo 28.º, n.º 1, da Constituição, se mantém para o efeito de poder reclamar a indemnização prevista no n.º 5 do artigo 27.º da Lei Fundamental.

Dispõe, na verdade, este preceito que «a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer».

E não é a circunstância de ainda não ter sido editada lei a estabelecer os termos desse dever de indemnizar em que o preceito constituiu o Estado que impede os interessados de exercerem o direito correspondente — como se entendeu no Acórdão deste Tribunal, n.º 90/84, de 30 de Julho, proferido no processo n.º 82/83, da 2.ª Secção, em caso idêntico. «Nesse preceito constitucional — lê-se no acórdão — não se assina apenas uma tarefa ao legislador (uma ‘incumbência legislativa’): antes simultaneamente se reconhece um ‘direito fundamental’, a cuja efectivação essa incumbência se preordena».

Pode, no entanto, perguntar-se se não seria na acção própria que o recorrente devia fazer prova da «privação de liberdade contra o disposto na Constituição» — resultante da inconstitucionalidade do artigo 51.º do Decreto-Lei

n.º 402/82, tal como foi interpretado e aplicado neste processo — enquanto requisito, essa privação de liberdade, do direito à indemnização.

A resposta parece dever ser negativa, como no caso do citado acórdão se decidiu. É que, se a deliberação do Supremo Tribunal de Justiça deixasse de ser apreciada no presente recurso e se dessa forma se consolidasse, transitando em julgado, ficaria definitivamente decidido, mesmo no tocante a um eventual efeito de carácter indemnizatório — como se argumenta no mesmo acórdão —, que a prisão do recorrente não tinha violado a segunda parte da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, e o recorrente, portanto, impedido de exercer o direito à indemnização consagrado no n.º 5 desse artigo 27.º Isto é: — a decisão da inconstitucionalidade que porventura venha a ser proferida no presente recurso constitui um pressuposto indispensável ao exercício daquele direito.

Mantém-se, assim, a utilidade do recurso.

3 — Pelo exposto, desatendem-se as questões suscitadas pelo Ministério Público e ordena-se o seguimento do recurso.

Lisboa, 31 de Outubro de 1984. — *Mário de Brito — Messias Bento — José Magalhães Godinho — José Manuel Cardoso da Costa — Mário Afonso — Luís Nunes de Almeida — Armando M. Marques Guedes.*

Anotação:

Acórdão inédito.

ACÓRDÃO N.º 359/91

DE 9 DE JULHO DE 1991

Declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1987, publicado no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, que considera não serem aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores, as normas do artigo 1110.º do Código Civil relativas à incomunicabilidade do arrendamento para habitação, e não tem por verificada a inconstitucionalidade por omissão suscitada.

Processo: n.º 36/90.

Requerente: Provedor de Justiça.

Relator: Conselheiro Monteiro Diniz.

SUMÁRIO:

- I — De modo constante e uniforme, o Tribunal Constitucional tem entendido que para efeito de fiscalização da constitucionalidade o conceito de norma há-de ser um conceito funcional, um conceito funcionalmente adequado àquele sistema fiscalizador e consonante com a sua justificação e sentido. O que ali se tem em vista é o controlo dos actos do poder normativo do Estado (*lato sensu*) — e em especial do poder legislativo —, ou seja, daqueles actos que contêm uma regra de conduta ou um critério de decisão para os particulares, para a Administração e para os tribunais.
- II — A esta luz, os assentos devem haver-se por normas para efeitos de fiscalização da constitucionalidade, uma vez que a fixação de doutrina com força obrigatória geral operada através dos assentos, traduz a existência

de uma norma jurídica com eficácia *erga omnes*, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade.

- III — Os assentos só caducam quando forem revogados por um preceito legislativa posterior ou quando for modificada a legislação no âmbito da qual foram proferidos — salvo, nesta última hipótese, se a legislação anterior for substituída por outra que contenha textos idênticos, não havendo razões para excluir que o sentido dos novos textos seja igual ao dos antigos.
- IV — Assim, havendo entrado em vigor, já depois da publicação de um assento, nova disciplina jurídica mas que quanto à matéria de que trata o assento é inteiramente coincidente com aquela que anteriormente vigorava, subsiste o interesse jurídico relevante no conhecimento da eventual inconstitucionalidade do assento cuja vigência por inteiro se mantém.
- V — O princípio da não discriminação entre filhos integrado num preceito constitucional respeitante aos direitos, liberdades e garantias é directamente aplicável, isto é, dispõe de eficácia imediata, não carecendo de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para esse efeito, e vincula as entidades públicas e privadas.
- VI — As normas do artigo 1110.º do Código Civil contêm diversos princípios informadores quanto à atribuição do direito ao arrendamento da casa de morada de família, princípios esses não hierarquizados e entre os quais se encontra o da protecção do interesse dos filhos menores.
- VII — Ora, quando se faz apelo a este princípio por força da exclusão de outros menos ponderosos ou inservíveis, este apresenta-se como critério de decisão determinante pelo que não poderá afirmar-se que aquelas normas não visam definir o estatuto dos filhos nem com ele directamente contendem.
- VIII — Assim sendo, e desde que se entenda que o interesse dos filhos apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo então erigido em critério decisivo de atribuição do arrendamento, se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto.
- IX — Deste modo, reconhecida que seja a discriminação resultante daquelas normas bem como do Assento do Supremo Tribunal de Justiça que não as considera aplicáveis às uniões de facto mesmo que desta haja filhos menores, há-de fazer-se apelo obrigatoriamente ao princípio da não discriminação entre filhos o qual é directamente aplicável e vincula os tribunais.
- X — A inconstitucionalidade por omissão só é verificável quando existir em concreto uma específica incumbência dirigida pela Constituição ao legisla-

dor que este se abstenha de satisfazer e não já quando ele deva acudir às necessidades gerais de legislação que se façam sentir na comunidade jurídica, isto é, não se reconduz ao dever geral de legislar.

Acordam no Tribunal Constitucional:

I — O pedido e os seus fundamentos

O Provedor de Justiça, invocando para tanto o disposto nos artigos 281.º da Constituição e 91.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, veio requerer a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, «na parte em que engloba os casos de uniões de facto em que haja filhos menores», e bem assim «a inconstitucionalidade por omissão de uma medida legislativa que expressamente determine que as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil são aplicáveis, com as necessárias adaptações às uniões de facto nos casos em que há filhos menores».

Como suporte do seu requerimento aduziu, em síntese, o seguinte:

- a) O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que foi tirado aquele assento, depois de considerar a *regra geral* contida no artigo 424.º do Código Civil, relativa à cessão da posição contratual, sustentou que o regime definido no artigo 1110.º, n.ºs 2 e 3, do mesmo código constitui uma excepção àquela regra, uma vez que nele se permite que o direito ao arrendamento se transmita entre os cônjuges ou ex-cônjuges, conforme se trate de separação judicial ou divórcio, sem que para o efeito seja necessário o consentimento do senhorio, para depois concluir no sentido de aquele regime não poder ser aplicado, por analogia, ao caso das uniões de facto, mesmo quando desta haja filhos menores, sob pena de infracção do artigo 11.º do mesmo Código Civil;
- b) Todavia, semelhante entendimento, correcto sob o ponto de vista do direito ordinário, colide com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, que consagra o *princípio da não discriminação dos filhos em função de os progenitores serem ou não casados*;
- c) Este preceito insere-se no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias, pelo que, por força do artigo 18.º também da Lei Fundamental, é directamente aplicável, vinculando entidades públicas e privadas, inclusivamente os tribunais;
- d) Simplesmente, a obediência dos tribunais a esta norma constitucional ficou algo prejudicada com a publicação do assento em causa, na

medida em que, por força dele, o regime contido no artigo 1110.º do Código Civil, deixou de poder ser aplicável, por analogia, às uniões de facto mesmo quando haja filhos menores, ficando os tribunais, nestes casos, impedidos de atender ao interesse de tais filhos, o que se traduz numa desigualdade de tratamento dos filhos, conforme eles provenham ou não do matrimónio;

- e) Assim sendo, o referido assento, na parte em que engloba as uniões de facto em que há filhos menores, viola o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, preceito que se sobrepõe, como norma constitucional, ao disposto no artigo 11.º do Código Civil, segundo o qual as normas excepcionais são insusceptíveis de aplicação analógica;
- f) Na eventualidade de se declarar a inconstitucionalidade material do assento questionado, ainda assim, a aplicação analógica do regime contido no artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil às uniões de facto em que haja filhos menores, não se imporá obrigatoriamente aos tribunais que são livres na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico;
- g) Entende-se, assim, que se está perante uma inconstitucionalidade por omissão de uma medida legislativa que expressamente determine que as normas do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil são aplicáveis, com as necessárias adaptações às uniões de facto nos casos em que há filhos menores.

II — A resposta do órgão autor da norma

Em conformidade com o disposto nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, foram notificados o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do assento, e o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro Ministro, quanto ao pedido de verificação da inconstitucionalidade por omissão.

Enquanto os dois últimos se limitaram a oferecer o merecimento dos autos, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça produziu uma desenvolvida resposta cujo conteúdo essencial, por transcrição, se pode assim compendiar:

- a) A doutrina (...) é no sentido de a «legislação portuguesa» se encontrar «muito longe de equiparar a união de facto ao casamento, mesmo depois das últimas reformas legislativas...».

Se assim é, como o assento se limitou a não reconhecer a aplicabilidade das normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código

Civil às referidas uniões de facto, segue-se que a decisão em nada contende com o artigo 36.º da Constituição;

- b) É certo que o assento acrescentou que aquela inaplicabilidade se mantinha mesmo quando houvesse filhos menores. Será nesta parte que a decisão jurisdicional contenderá com a norma constitucional que proíbe discriminação entre filhos do casamento e fora deste?

Aparentemente pareceria existir a mencionada desconformidade constitucional, mas realmente assim não acontece e por duas ordens de razões;

- c) Em primeiro lugar, o assento apenas negou a integração de uma suposta lacuna da lei, ou seja, entendeu que os citados preceitos do Código Civil não eram aplicáveis às uniões de facto por ter decidido que se tratava de «caso não regulado» (intencionalmente). Não se podendo atribuir o direito ao arrendamento ao pai ou à mãe não casados e não arrendatários, também ele nunca poderá ser adquirido pelos seus descendentes. Consequentemente, nunca podia estar em causa qualquer discriminação entre filhos fora do casamento ou proveniente deste;
- d) Em segundo lugar, (...) a atribuição de força obrigatória geral a uma decisão jurisprudencial não lhe retira esta última característica. Sendo assim, os assentos depois do respectivo acórdão ter transitado em julgado, tornam-se inatacáveis, o que vale por dizer não ser possível a fiscalização abstracta da sua inconstitucionalidade. Apenas se poderia ter recorrido para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta para, verificado o condicionalismo do artigo 281.º, n.º 2, da Constituição, se suscitar então a declaração com força obrigatória geral com base em juízos concretos de inconstitucionalidade. Isto porém não aconteceu;
- e) Nestes termos, não deverá ser dada continuidade à pretensão do Provedor de Justiça ou, quando assim não se entenda, deverá a mesma improceder.

Verificou-se entretanto, por vencimento, mudança de relator.

Cumpre agora apreciar e decidir.

E porque na resposta do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça se sustenta que os assentos, depois do respectivo acórdão ter transitado em julgado, não são susceptíveis de sindicância em sede de fiscalização abstracta de constitucionalidade, importa, antes de mais, passar a considerar esta matéria liminar.

Vejamos então.

III — Duas questões prévias

1 — Todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade tem por objecto *normas*, sendo certo que, como de modo constante e uniforme tem entendido este Tribunal (cfr., por todos, o Acórdão n.º 26/85, *Diário da República*, II Série, de 26 de Abril de 1985), para tal efeito há-de operar-se com um conceito funcional de norma, um conceito funcionalmente adequado àquele sistema fiscalizador e consonante com a sua justificação e sentido. O que ali se tem em vista, como logo se assinalou no aresto citado, «é o controle dos actos do *poder normativo* do Estado (*lato sensu*) — e em especial do poder legislativo —, ou seja, daqueles actos que contêm uma ‘regra de conduta’ ou um ‘critério de decisão’ para os particulares, para a Administração e para os tribunais».

Ora, nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral — artigo 2.º do Código Civil — sendo certo que o *assento* tanto pode fixar uma das várias interpretações possíveis da lei, como preencher uma lacuna do sistema, criando a norma correspondente, para depois fazer aplicação dela ao caso concreto.

Não tem sido pacífico o entendimento doutrinal sobre a exacta caracterização dos assentos, verificando-se acentuadas divergências quanto à definição da sua natureza jurídica, como bem se extrai do recenseamento que a tal respeito é fornecido por A. Castanheira Neves, *Enciclopédia Polis*, vol. I, pp. 418 e 419. Assim:

Se alguns autores entendem possível atribuir natureza estritamente jurisdicional à prescrição dos *assentos* (A. Martins de Carvalho, A. Oueiró) e outros, sem excluírem também essa natureza, não deixam de ver nela uma «interpretação autêntica», embora não uma lei interpretativa (J. Alberto dos Reis), o certo é que a maioria dos nossos juristas se vê forçada a reconhecer que estamos verdadeiramente perante uma *norma stricto sensu* — apenas «norma interpretativa», posto que igualmente não «lei interpretativa» ou interpretação autêntica (Marcello Caetano), irrecusavelmente norma jurídica «como qualquer outra do sistema» (Ferrer Correia, Pires de Lima-Antunes Varela, Oliveira Ascensão, etc.), e mesmo uma «disposição legislativa» (Barbosa de Magalhães, Paulo Cunha, Manuel Rodrigues, Fezas Vital, Cabral de Moncada, A. Palma Carlos). E, analisadas as coisas com a profundidade exigida, terá, na verdade, de concluir-se que a razão está com esta última posição: os Assentos prescrevem *normas jurídicas legislativas*, pois se realizam neles as dimensões tanto materiais como formais de uma norma dessa natureza, e com possibilidades normativas não só de interpretação autêntica, mas inclusivamente

inovadoras, e inovadoras mesmo para além do âmbito estrito da integração — sobre tudo isto, v. A. Castanheira Neves, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, pp. 273-350.

Como quer que seja, não importando aqui apreciar a natureza ou a validade constitucional do instituto dos assentos, sempre se há-de dizer que a fixação de doutrina com força obrigatória geral operada através dos assentos, traduz a existência de uma *norma jurídica* com eficácia *erga omnes*, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade. Aliás, já assim foi entendido por este Tribunal no Acórdão n.º 8/87, *Diário da República*, I Série, de 9 de Fevereiro de 1987, que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante dos artigos 561.º e 651.º, § único, do Código de Processo Penal e artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Outubro, e do *Assento do Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 4/79, de 28 de Junho.

2 — Como já atrás se observou, no entendimento do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, os assentos, depois do respectivo acórdão ter transitado em julgado, tornar-se-iam inatacáveis, não sendo possível quanto a eles a fiscalização abstracta da sua inconstitucionalidade. Em tais casos, ainda segundo esse entendimento, apenas se poderia recorrer para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta para, verificado que fosse o condicionalismo do artigo 281.º, n.º 2, da Constituição, se suscitar então a declaração com força obrigatória geral *com base em juízos concretos de inconstitucionalidade*.

Mas esta argumentação, seja qual for o seu exacto sentido — e há-de dizer-se não ser o mesmo inteiramente seguro — não pode proceder.

Com efeito, sendo ela entendida em termos de haver, primeiro, de recorrer-se para o Tribunal Constitucional do acórdão no qual o *assento* se contém — recurso a interpor antes do respectivo trânsito em julgado —, para, só depois, se utilizar o dispositivo contido no artigo 281.º, n.º 3, da Constituição (e não 281.º, n.º 2, como por manifesto lapso ali se escreveu), sempre que ao recurso fosse concedido provimento, a reformulação do acórdão recorrido daí derivada, impediria a subsistência do *assento* enquanto tal, gorando-se simultaneamente a possibilidade da sua aplicação naqueles casos concretos.

Mas, ainda quando se interprete a resposta do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça em termos de os juízos concretos de inconstitucionalidade ali referidos se deverem reportar a decisões tiradas em processos de fiscalização concreta nos quais haja sido questionado o rigor constitucional do assento, sempre teria de se concluir no sentido da inexactidão da afirmação ali produzida a respeito de os assentos, depois do respectivo acórdão ter transitado em

julgado, se tornarem inatacáveis, por ser, quanto a eles, vedada a fiscalização abstracta de constitucionalidade. É que, por esta via, sempre o assento viria a ser sujeito a controle de constitucionalidade em processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade, sendo certo não existir qualquer diferença de grau ou de conteúdo entre estes processos, sejam eles requeridos nos termos do n.º 2 ou do n.º 3 do artigo 281.º da Constituição.

Do exposto, improcedendo sempre a argumentação desenvolvida na resposta a propósito desta questão prévia, concluiu-se no sentido do seu desatendimento.

3 — O assento cuja constitucionalidade vem questionada reporta-se às normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil relativas à incomunicabilidade do arrendamento para habitação.

Simplemente, já depois da publicação do assento no *Diário da República*, em 28 de Maio de 1987, foi editado o Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, que aprovou o Regime do Arrendamento Urbano, em cujo capítulo II (Do arrendamento urbano para habitação), Secção III (Da transmissão do direito do arrendatário), se insere uma nova e completa disciplina jurídica neste domínio, se bem que, no caso específico da incomunicabilidade do arrendamento, inteiramente coincidente com aquela que anteriormente vigorava (cfr. artigos 1110.º do Código Civil e 83.º e 84.º do Decreto-Lei n.º 321-B/90).

Será que à luz deste quadro normativo a vigência do assento ainda se mantém?

A resposta terá de ser afirmativa, pois que, os assentos só caducam quando forem revogados por um preceito legislativo posterior ou quando for modificada a legislação no âmbito da qual foram proferidos — salvo, nesta última hipótese, se a legislação anterior «for substituída por outra que contenha textos idênticos, não havendo razões para excluir que o sentido dos novos textos seja igual ao dos antigos — Vaz Serra, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, anos 96.º, p. 366, e 101.º, p. 343, em nota» (cfr., neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed., 1982, p. 53).

Deste modo, numa linha de continuidade deste entendimento doutrinal, aliás, generalizadamente aceite, e porque na situação em presença a norma do artigo 84.º do Regime de Arrendamento Urbano se limita a reproduzir o texto do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, há-de concluir-se pela subsistência de interesse jurídico relevante no conhecimento da eventual inconstitucionalidade do assento aqui em causa, cuja vigência, por inteiro, se mantém.

Aqui chegados, desatendidas que foram as duas questões prévias, cabe agora partir ao encontro do pedido, começando-se porém, em ordem a uma melhor

sistematização e compreensão do tema a decidir, por fazer uma breve referência aos antecedentes legislativos e jurisprudenciais do assento sob sindicância.

IV — A história do assento

1 — O artigo 1110.º do Código Civil dispunha do modo seguinte:

1 — Seja qual fôr o regime matrimonial, a posição do arrendatário não se comunica ao cônjuge e caduca por sua morte, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

2 — Obtido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, podem os cônjuges acordar em que a posição de arrendatário fique pertencendo a qualquer deles.

3 — Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento, e quaisquer outras razões atendíveis; estando o processo pendente no tribunal de menores, cabe a este a decisão.

4 — A transferência do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, por efeito de acordo ou decisão judicial, deve ser notificada oficiosamente ao senhorio.

As normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo que vem de se transcrever — no que aqui importa — prescreviam que, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, o direito ao arrendamento da casa de morada de família podia ser atribuído, por acordo dos cônjuges ou ex-cônjuges, ou, a falta deste, por decisão judicial, ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário.

Estas normas, que tiveram como antecedente imediato a disposição contida no artigo 45.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, sempre foram jurisprudencialmente interpretadas em termos de apenas regerem para o caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, e não já para o caso de os cônjuges se acharem simplesmente separados de facto ou para as simples uniões de facto [cfr. acórdãos da Relação de Lisboa, de 13 de Outubro de 1965 (*Jur. Rel.*, 4, p. 625); da Relação do Porto, de 9 de Novembro de 1966 (*Jur. Rel.*, 5, p. 877); da Relação de Lisboa, de 21 de Fevereiro de 1978 (*Bol. Min. Justiça*, n.º 276, p. 312); e da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1984 (*Col. Jur.*, 1984, 5, p. 165) e de 16 de Janeiro de 1986 (*Col. Jur.*, 1986, I, p. 91)].

Simplesmente, e em oposição ao uniforme entendimento jurisprudencial que vinha sendo firmado, a Relação de Lisboa, por acórdão de 2 de Junho

de 1981 (*Col. Jur.*, 1981, 3, p. 165), depois de ponderar que «não obstante a incomunicabilidade do arrendamento no matrimónio legitimamente constituído, o senhorio tem de sujeitar-se à transferência do arrendamento para o outro cônjuge, no interesse dos filhos do arrendatário [...] não poderá opor-se a análoga transferência, no interesse dos filhos naturais, seja ela operada por acordo de pais não casados entre si, seja deliberada pelo Tribunal no interesse dos filhos, visto que doutro modo se violaria o princípio constitucional da igualdade (artigos 13.º, n.º 2, e 36.º, n.º 4, da Constituição)», concluiu no sentido de nada impedir que as normas do artigo 1110.º do Código Civil sejam aplicáveis analogicamente às uniões de facto quando haja filhos menores.

Todavia, a Relação de Lisboa não manteve esta jurisprudência vindo a decidir, em acórdão de 4 de Maio de 1984, referido no texto do assento, em termos de inteira oposição àquele anterior aresto.

2 — Este conflito de julgados foi decidido pelo Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, que dispõe da formulação seguinte:

As normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores.

Aquele Alto Tribunal, para alcançar esta decisão, partiu, essencialmente, do seguinte quadro argumentativo:

- As normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º revestem carácter excepcional, relativamente ao regime geral de cessão da posição contratual do arrendatário, previsto nos artigos 424.º e seguintes *ex vi* do artigo 1059.º, n.º 2, todos do Código Civil;
- Com efeito, aquelas normas não só se desviam, para o caso que regulam, das normas gerais, como estão em absoluta oposição com estas, o que é da essência das normas excepcionais;
- Atribuída essa natureza às referidas normas, é evidente que a sua aplicação, por analogia, a outros casos não previstos está, desde logo, vedada por força do disposto no artigo 11.º do mesmo código;
- Contudo, ainda que a essas normas se não pudesse atribuir a natureza de «normas excepcionais» (o que só por absurdo ou conveniência de raciocínio se admite), nem por isso a sua aplicação analógica às situações de «união de facto» era de sufragar, enquanto se não estava perante um caso omissos e, portanto, face a uma lacuna da lei, pressuposto do recurso à analogia, mas antes em presença de «um caso

- não regulado», o que é bem diferente do «caso omissio», como se extrai do artigo 10.º do Código Civil;
- É que o legislador não conferiu, em princípio, às «uniões de facto» quaisquer efeitos jurídicos, só em casos meramente pontuais lhes atribuindo efeitos dessa natureza (artigos 2020.º, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, e 1111.º, n.º 2, na redacção da Lei n.º 46/85, de 20 de Julho);
 - No que respeita à transmissão ou transferência de arrendamento para habitação por acto entre vivos, não se vê justificação para «forçar» o senhorio a aceitar, como arrendatário, o «companheiro» do primitivo arrendatário que com este tenha vivido em economia comum quando, por qualquer motivo, essa «união» haja terminado;
 - E a questão não tem qualquer «especificidade» pelo facto de surgir em processos instaurados para regulação do poder paternal de filhos menores cujos pais viviam em simples «união de facto», como no caso do presente conflito de julgados aconteceu;
 - Não pode, por isso falar-se, como se argumenta no acórdão de 2 de Junho de 1981, em qualquer violação dos princípios da igualdade contidos nos artigos 13.º, n.º 2, e 36.º n.º 4, da Constituição, com fundamento na discriminação no tratamento dos filhos naturais.

Sustenta-se no pedido, que o assento em causa, fundamentado nos termos atrás expostos na parte em que compreende as uniões de facto mesmo quando destas haja filhos menores, viola o princípio da não discriminação dos filhos em função de os seus progenitores serem ou não casados.

Acaso será assim?

É o que de seguida se intentará averiguar.

V — O assento e a norma do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição

1 — O artigo 36.º da Lei Fundamental, subordinado à epígrafe «Família, casamento e filiação», acha-se inscrito no Título II (Direitos, liberdades e garantias pessoais) da Parte I (Direitos e deveres fundamentais), e dispõe, no seu n.º 4, do modo seguinte:

Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

O princípio *da não discriminação entre filhos*, independentemente de os progenitores estarem ou não casados, que neste preceito se consagra, representa

uma das grandes transformações provocadas pela Constituição na ordem jurídica precedente, fazendo caducar ou revogar numerosas normas que em múltiplos domínios jurídicos afirmavam a distinção entre filhos «legítimos» e filhos «ilegítimos», e que com base nela estabeleciam múltiplas discriminações, desde a constituição da relação de filiação até aos direitos sucessórios (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 2.ª ed., p. 231).

Integrado num preceito constitucional respeitante aos direitos, liberdades e garantias, é este princípio directamente aplicável, isto é, dispõe de *eficácia imediata*, não carecendo de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para esse efeito, e vincula as entidades públicas e privadas.

Todavia, as normas do artigo 1110.º do Código Civil, a que o assento se reporta, não visam a definição do estatuto dos filhos menores, antes se projectam sobre a disciplina de um dos efeitos do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, mais exactamente, a sua incidência sobre o contrato de arrendamento da casa de morada da família.

Assim, dir-se-á talvez, as consequências advindas da ruptura de uma união de facto para os filhos menores dela eventualmente existentes, não cabem no âmbito da sua previsão pois que o legislador, ao contemplar ali o *interesse dos filhos*, quis atender apenas ao interesse dos filhos nascidos do casamento e não já ao interesse dos filhos nascidos de uniões de facto.

E deste modo, concluir-se-ia, não pode legitimamente, convocar-se aqui, para servir de parâmetro aferidor da genuinidade constitucional daquelas normas, o princípio consagrado no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, que proíbe a discriminação entre filhos.

Simplemente, como de seguida se verá, semelhante entendimento das coisas é, de todo, inaceitável.

2 — Como já atrás se observou, as normas a que o assento se reporta prescrevem, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, que o direito ao arrendamento da casa de morada de família pode ser atribuído por acordo ou por decisão judicial ao cônjuge ou ex-cônjuge não arrendatário.

Na falta de acordo, a decisão de atribuição a proferir pelo juiz, há-de atender aos diversos índices ou factores de referência ali elencados: situação patrimonial dos cônjuges; circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa; o interesse dos filhos; a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio; o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento; quaisquer outras razões atendíveis.

Na enumeração destes diversos elementos factuais não se estabeleceu na lei qualquer hierarquia de valores, podendo contudo dizer-se que, quando

são iguais ou muito aproximadas as necessidades materiais dos cônjuges, a decisão sobre a atribuição do arrendamento há-de atender, sobretudo, à capacidade económica de cada um e ao interesse dos filhos menores.

Deste modo, a regra sobre a atribuição da casa de morada de família contém diversos princípios informadores dos quais, em última análise, no plano da respectiva aplicação, vai depender o sentido da própria regra.

Ora, um desses conteúdos normativos de que pode depender a transferência do arrendamento, consubstancia-se num *princípio da protecção do interesse dos filhos menores*.

E, desde que se entenda, que o *interesse dos filhos* apenas vale no caso dos filhos nascidos do casamento e não já relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto, parece seguro que, no plano específico deste segmento normativo, então erigido em *critério decisivo* de atribuição do arrendamento se verifica um manifesto tratamento discriminatório relativamente aos filhos cujos pais viviam em união de facto.

E não vale dizer-se, contra isto, que as normas a que o assento se reporta não visam definir o *estatuto* dos filhos menores, ou que, nem com ele directamente contendem.

E não vale, porque no plano da sua axiologia, contém-se um segmento de estatuição relativo ao *interesse dos filhos* o qual, quando a ele se faz apelo por força da exclusão de outros menos ponderosos ou inservíveis, se apresenta como *critério de decisão fundamental, critério de decisão determinante* e, por inteiro, fundado na consideração do que é mais justo, adequado e conveniente para o interesse dos filhos face à situação de instabilidade familiar resultante da ruptura verificada entre os pais.

Assim, reconhecida que seja a discriminação resultante daquelas normas, bem como da doutrina do assento, para os filhos menores nascidos de uniões de facto aos quais é concedido um tratamento de desfavor em relação aos filhos nascidos do casamento — e este ponto, por inteiramente patente, é insusceptível de ser questionado —, há-de fazer-se obrigatoriamente apelo ao princípio constitucional *da não discriminação dos filhos* o qual, por força do seu especial regime jurídico, goza de conteúdo preceptivo e de eficácia imediata, vinculando as entidades públicas e privadas e, necessariamente, os tribunais.

Por força deste princípio e da sua aplicação cogente, haverá de se considerar inconstitucional o Assento de 23 de Abril de 1987, pois que, por força dele, consente-se um tratamento diferenciado entre filhos menores, consoante sejam nascidos dentro ou fora do casamento, impondo-se a estes últimos um regime de manifesto desfavor relativamente àqueles, tudo em aberta contravenção com o disposto no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição.

Entendimento semelhante ao que vem de se expor foi sustentado por Pereira Coelho em anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5

de Junho de 1985, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 120.º, n.º 3756, pp. 81 e 82, na qual, a propósito da doutrina do assento aqui em causa, se escreveu o seguinte:

Não nos propondo analisar a argumentação do Assento, não deixaremos de notar que este passa muito por alto, salvo o respeito devido, a objecção fundamental que podia invocar-se contra a doutrina que fez vencimento: a objecção tirada da *discriminação contra os filhos nascidos fora do casamento* que assim fica a existir, a que se refere a declaração de *vencido* do Conselheiro Lima Cluny. Com efeito, o tribunal pode atribuir o direito ao arrendamento, «tendo em conta o interesse dos filhos» (artigo 1110.º, n.º 3), ao progenitor a quem os filhos são confiados, mesmo que este não seja o arrendatário; segundo a doutrina do Assento, porém, o «interesse dos filhos» só pode ser critério para atribuição do direito ao arrendamento se se tratar de *filhos nascidos do casamento* e os progenitores se divorciarem. Se os progenitores viverem em união de facto e se separarem, não pode o tribunal atribuir o direito de arrendamento ao progenitor não arrendatário, mesmo que os filhos lhe tenham sido confiados em acção de regulação de poder paternal e tal atribuição seja mais favorável ao «interesse dos filhos». Note-se que, se a solução que fez vencimento no Assento se julgar contrária ao princípio do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República (como nos inclinamos a crer), ou seja, se se entender que é uma *discriminação* contrária àquele princípio o facto de o tribunal, tratando-se de *filhos nascidos fora do casamento*, não poder atribuir o direito de arrendamento, *no interesse dos filhos*, ao progenitor a quem fiquem confiados se esse progenitor não for o arrendatário, não assumirá relevância o argumento (a que se cinge, praticamente, a fundamentação do Assento) de que a extensão à união de facto do preceituado nos n.ºs 2-4 do artigo 1110.º implicaria a aplicação *analógica* de normas que fazem *excepção à regra* do artigo 424.º, n.º 1, do Código Civil, contra o disposto no artigo 11.º do mesmo Código; o argumento não assumirá relevância, pois a sujeição dos dois casos ao mesmo regime será exigida por aquele preceito constitucional.

E aquele Ilustre Professor, depois de contrapor à argumentação contida no assento relativamente ao facto de nele não se ter visto «justificação para ‘forçar’ o senhorio a aceitar, como arrendatário, o ‘companheiro’ do primitivo arrendatário que com este tenha vivido em economia comum» a consideração de que o princípio do artigo 424.º, n.º 1, do Código Civil sobre a cessão da posição contratual comporta numerosas excepções no âmbito de

direito de locação [divórcio ou separação judicial de pessoas bens (artigo 1110.º); cessão da posição contratual havendo trespasse (artigo 1118.º, n.º 1) ou transmissão do local arrendado para exercício de profissão liberal (artigo 1120.º, n.º 1); falecimento do arrendatário, quer se trate de arrendamento para habitação (artigo 1111.º), quer se trate de arrendamento comercial ou equiparado (artigo 1113.º), e no primeiro caso, inclusivamente, na hipótese de união de facto (artigo 1112.º) o que não pode deixar de se registar], pelo que não será excessiva *violência* «forçar» o senhorio a reconhecer como arrendatário a mulher que vivia em união de facto com o primitivo inquilino se, havendo filhos, a união se desfizer, remata o seu comentário pela forma seguinte:

Finalmente, também não parece decisivo o argumento, que já se tem invocado contra a orientação preconizada (acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 1984, *Col. Jur.*, 1984, tomo 5, p. 165), de que o interesse dos filhos, sendo *meramente indirecto*, não justificaria a atribuição de direito de arrendamento ao progenitor não arrendatário. Não só os filhos beneficiam imediatamente da atribuição de direito de arrendamento ao progenitor a quem ficam confiados, como poderão vir a suceder no direito de arrendamento por morte desse progenitor, se se entender, como parece razoável (P. Lima-A. Varela, *Código Civil Anotado*, vol. 2.º, 3.ª ed., p. 627), que o artigo 1111.º, n.º 4, também se aplica ao caso previsto no artigo 1110.º

Também Gomes Canotilho, num estudo sobre «Constituição e Défice Procedimental», publicado na revista *Estado e Direito*, n.º 2, 2.º semestre de 1988, depois de considerar o assento em causa como «uma decisão jurisdicional violadora do princípio constitucional da igualdade dos filhos (CRP, artigo 36.º/4)», acrescenta a seguir, que ali se mostram verificados os pressupostos típicos da *Verfassungsbeschwerde* (acção constitucional de defesa) assim enumerados: «(1) violação imediata, actual e autónoma de um direito, liberdade e garantia; (2) em que se esgotaram já as vias judiciais normais; (3) está em causa um direito constitucional específico (princípio constitucional da igualdade dos filhos); (4) são entidades públicas (decisão do Tribunal) as autoras do 'acto de agressão'».

Este entendimento das coisas afigura-se como irrecusável.

Ao excluir a aplicação das normas dos n.ºs 2, 3 e 4 de artigo 1110.º do Código Civil às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores, o assento veio definir uma doutrina *contrária* ao princípio da não discriminação dos filhos, nascidos fora do casamento, estabelecido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, princípio este que, sobrepondo-se às normas de direito ordi-

nário ali invocadas, tem de aplicar-se directa e obrigatoriamente por forma a assegurar um tratamento *idêntico* para os filhos nascidos do casamento e para os filhos havidos de uniões de facto.

E por assim ser, a nuclearidade essencial da fundamentação do assento — a extensão às uniões de facto da disciplina contida nas normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º, implicaria a aplicação *analógica* de disposições que fazem excepção à regra do artigo 424.º, n.º 1, do Código Civil, com desrespeito ao disposto no artigo 11.º do mesmo Código, segundo o qual as normas excepcionais não comportam aplicação analógica — deixa de ter relevância, havendo a questão de vir a ser decidida numa pura perspectiva constitucional.

Aliás, em última análise, a decisão sobre a matéria impugnada há-de situar-se, não já no plano da diferente natureza do casamento e da união de facto, mas sim no plano do *interesse dos filhos* que, por força daquele preceito constitucional, não podem conhecer tratamento discriminatório derivado do facto de os respectivos progenitores serem ou não casados, mostrando-se assim irrelevante a argumentação que, pelo facto de a lei civil proibir a aplicação analógica de normas excepcionais, acaba por não rejeitar aquela discriminação.

VI — A inconstitucionalidade por omissão

Em conformidade com o juízo de avaliação formulado no pedido, verificar-se-ia no ordenamento jurídico *inconstitucionalidade por omissão* de uma medida legislativa que expressamente determine que as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as uniões de facto nos casos em que há filhos menores.

Isto porque, segundo tal entendimento, na eventualidade de o assento vir a ser declarado inconstitucional, e apesar de os tribunais passarem então a dispor da possibilidade de aplicar, por analogia, aquelas normas às uniões de facto em que haja filhos menores, nada garante que, para os mesmos, a aludida aplicação analógica seja um imperativo constitucional.

Nos termos do artigo 283.º, n.º 1, do texto constitucional, assiste ao Provedor de Justiça legitimidade para requerer a apreciação e verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Este Tribunal, em diversos arestos (cfr. Acórdãos n.ºs 182/89, 276/89 e 36/90, *Diário da República*, I Série, de 2 de Março de 1989, e *Diário da República*, II Série, respectivamente, de 12 de Junho de 1989 e 4 de Julho de 1990) teve ensejo de tratar a matéria da inconstitucionalidade por omissão, escrevendo-se no Acórdão n.º 276/89, a propósito da deli-

mitação do âmbito do conceito de «omissão legislativa», nomeadamente, o seguinte:

(...) a intervenção do legislador não se reconduz aqui ao «dever» que impende sobre o órgão ou órgãos de soberania para tanto competentes de acudir às necessidades «gerais» de legislação que se façam sentir na comunidade jurídica (isto é, não se reconduz ao «dever geral» de legislar), mas é antes algo que deriva de uma *específica e concreta* incumbência ou encargo constitucional (*Verfassungsauftrag*). Por outro lado, trata-se de uma incumbência ou «imposição» não só claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir (isto é, quanto ao *an* da legislação) — em tais termos que bem se pode falar, na hipótese, de uma verdadeira «ordem de legislar» —, como o seu cumprimento fica satisfeito logo que por uma vez emitidas (assim pode dizer-se) as correspondentes normas.

Pode dizer-se assim, na sequência deste entendimento, que uma inconstitucionalidade por omissão só é verificável, quando existir em concreto uma específica incumbência dirigida pela Constituição ao legislador que este se abstenha de satisfazer (cfr., sobre este tema, Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, pp. 325 e segs., Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, 2.º vol., p. 549, e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2.ª ed., Coimbra, 1983, pp. 393 e segs.).

Ora, à luz das considerações anteriores, não pode dizer-se que a medida legislativa *reclamada pelo Provedor de Justiça* decorra de um *específico e concreto* dever de legislar imposto pela Constituição, em termos de o seu incumprimento gerar uma inconstitucionalidade por omissão.

A admitir-se a necessidade dessa medida, decorreria ela do dever geral que impende sobre os órgão de soberania com competência legislativa de satisfazer as necessidades «gerais» de legislação sentidas pela comunidade.

Com efeito, o artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, prescreve que os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação, proibindo, simultaneamente, a edição de normas contrárias a esse princípio.

Não pode porém sustentar-se que, naquele preceito, se contenha uma imposição concreta dirigida ao legislador em termos de este se encontrar constitucionalmente obrigado, sob pena de omissão legislativa, *a emitir uma norma do tipo daquela que vem defendida pelo requerente*.

A tudo isto acresce que, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do assento de 23 de Abril de 1987, nos termos que atrás se

definiram, imporá que o *princípio constitucional da não discriminação dos filhos haja de ser obrigatoriamente aplicado*, em termos de o «interesse dos filhos» na atribuição do direito ao arrendamento a que se reportam as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil, quando erigido em critério relevante de atribuição daquele direito, haver de ser respeitado tanto no *caso dos filhos nascidos do casamento* como no *caso dos filhos nascidos de uniões de facto*.

E assim sendo, não se verifica aqui, a necessidade de qualquer intervenção do legislador ordinário dirigida ao preenchimento de uma omissão legislativa que, em bom rigor, não existe.

VIII — A decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, publicado no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, por força da violação do princípio da não discriminação dos filhos, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição.
- b) Não ter por verificada a inconstitucionalidade por omissão suscitada pelo requerente, desde logo, por força da conclusão constante da alínea anterior.

Lisboa, 9 de Julho de 1991. — *Antero Alves Monteiro Diniz* — *José de Sousa e Brito* — *Alberto Tavares da Costa* — *António Vitorino* — *Luís Nunes de Almeida* — *Armindo Ribeiro Mendes* — *Mário de Brito* (com a declaração de voto junta) — *Messias Bento* (vencido, como relator, quanto à alínea *a*), nos termos da declaração de voto que junto) — *Vitor Nunes de Almeida* (vencido, quanto à decisão da alínea *a*), nos termos da declaração de voto do Conselheiro Messias Bento a que adiro) — *Bravo Serra* (vencido, nos termos da declaração de voto que ora junto) — *Maria da Assunção Esteves* (vencida, nos termos da declaração de voto junta) — *Fernando Alves Correia* (vencido, quanto à alínea *a*), louvando-me nos fundamentos constantes da declaração de voto do primitivo relator, Ex.^{mo} Juiz Conselheiro Messias Bento) — *José Manuel Cardoso da Costa* (vencido quanto à alínea *a*) da decisão, acompanhando a declaração de voto, a esse respeito, do Ex.^{mo} Conselheiro Messias Bento, primitivo relator).

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 — O Provedor de Justiça requereu a este Tribunal que apreciasse a constitucionalidade do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril

de 1987, segundo o qual «as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores».

Sabendo-se que os assentos se destinam a resolver conflitos de jurisprudência, entre acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou entre acórdãos das Relações, sobre a mesma questão fundamental de direito (artigos 763.º e 764.º do Código de Processo Civil), ou seja, no fundo, sobre a *interpretação* de uma norma jurídica — no caso, tratava-se de saber se os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil, que provêm acerca da posição de arrendatário da casa de morada do casal em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, se aplicavam à ruptura das uniões de facto quando destas houvesse filhos menores —, manifestei-me no sentido de que o pedido se referia, em rigor, não apenas ao Assento, mas sim aos referidos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil em conjugação com o Assento ou a esses números na interpretação do Assento.

2 — O presidente do Supremo Tribunal de Justiça, ouvido, nos termos do artigo 54.º da Lei n.º 28/82, sobre o pedido de apreciação da constitucionalidade do referido Assento, suscitou a questão prévia do seu não conhecimento, por os assentos não poderem ser objecto de fiscalização abstracta de constitucionalidade. Citando Oliveira Ascensão, invocou a consideração de que «a atribuição de força obrigatória geral a uma decisão jurisdicional não lhe retira esta última característica», para concluir que, sendo assim, e depois de o respectivo acórdão ter transitado em julgado, os assentos se tornam inatacáveis.

Mas acrescentou:

Apenas se poderia ter recorrido para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta para, verificado o condicionalismo do artigo 281.º, n.º 2, da CRP [trata-se da redacção na versão de 1982], se suscitar então a declaração com força obrigatória geral *com base em juízos concretos de inconstitucionalidade*.

Como parece evidente, esta passagem da resposta do presidente do Supremo não pode ter o sentido que o Acórdão lhe atribui em primeira linha e, por isso, não subscrevi o que a seu respeito se escreve no primeiro parágrafo de fls. 11. — *Mário de Brito*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Entendi — contrariamente à posição que fez vencimento — que o Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Abril de 1987, publicado

no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, dispondo que «as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores», não é inconstitucional. São as seguintes as razões do meu voto.

1 — A história do assento aqui *sub iudicio*:

O artigo 1110.º do Código Civil dispunha como segue:

1 — Seja qual for o regime matrimonial, a posição do arrendatário não se comunica ao cônjuge e caduca por sua morte, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

2 — Obtido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, podem os cônjuges acordar em que a posição do arrendatário fique pertencendo a qualquer deles.

3 — No falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a situação patrimonial dos cônjuges, as circunstâncias de facto relativas à ocupação da casa, o interesse dos filhos, a culpa imputada ao arrendatário na separação ou divórcio, o facto de ser o arrendamento anterior ou posterior ao casamento e quaisquer outras razões atendíveis; estando o processo pendente no tribunal de menores, cabe a este a decisão.

4 — A transferência do direito ao arrendamento para o cônjuge do arrendatário, por efeito de acordo ou decisão judicial, deve ser notificada oficiosamente ao senhorio.

Seja, pois, qual for o regime de bens do casamento, o direito ao arrendamento para habitação é um *direito incomunicável*. É-o, hoje, por força do disposto no artigo 83.º do *Regime do Arrendamento Urbano*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro.

A *regra da incomunicabilidade do direito ao arrendamento*, constante da primeira parte do n.º 1 do artigo 1110.º do Código Civil, é uma *regra imperativa*, que foi introduzida no nosso direito pelo artigo 44.º da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, no propósito de evitar as dificuldades que poderiam surgir se tal direito entrasse na comunhão, quando houvesse que partilhar os bens do casal.

Escreveu-se a propósito no n.º 14 do parecer n.º 16 (1947) da Câmara Corporativa de que foi relator F. A. Pires de Lima:

A afirmação de que o direito de arrendamento não se comunica ao cônjuge justifica-se. Trata-se de um direito, constituído muitas vezes *intuitu personae* e é um direito que se adapta mal ao mecanismo de uma contitularidade entre marido e mulher. Podem surgir, e têm efectivamente

surgido, embaraços graves de construção a quem, vendo nele um elemento patrimonial comum, procura regular a sua transmissão nos casos de morte de um dos cônjuges ou de divórcio ou separação. É, pois, preferível, por todos os títulos, proclamar a incomunicabilidade desse direito e regular a sua transmissão, por forma a satisfazer os interesses atendíveis dos cônjuges.

(Cfr. *Diário das Sessões da Câmara Corporativa*, suplemento ao n.º 83, de 5 de Fevereiro de 1947).

Antes da Lei n.º 2030, a questão da comunicabilidade ou incomunicabilidade do direito ao arrendamento para habitação era controvertida.

Assim, Alberto dos Reis [*Transmissão do Arrendamento (Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 79.º, pp. 385 e segs.)] pronunciava-se no sentido da sua incomunicabilidade. Já, porém, Anselmo de Castro (*Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano II, pp. 140 e segs.) se pronunciava no sentido de que tal direito era comunicável, razão por que o cônjuge do arrendatário podia licitar em tal direito no caso de vir a ser decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens. E neste último sentido se orientava também a jurisprudência (cfr. Alberto dos Reis, *loc. cit.*, pp. 386-7).

Sendo o direito ao arrendamento um *direito incomunicável*, necessário era, pois — como se assinalou na passagem do parecer da Câmara Corporativa que atrás se transcreveu —, que se regulasse a sua transmissão nos casos de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens (e, claro está, também nos casos de morte).

As regras do direito comum podiam, na verdade, não dar satisfação aos «interesses atendíveis dos cônjuges» interesses em que ocupam lugar primeiro os dos cônjuges divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens.

É que, em caso de divórcio, por exemplo, a falta de um regime especial, o cônjuge não arrendatário não poderia ficar na casa que foi a *habitação familiar*, na *casa de morada de família* — o que, há-de convir-se, poderia ser profundamente injusto.

Foi para proteger esses «interesses atendíveis dos cônjuges» — concretamente para «defender a *estabilidade da habitação familiar*», «no interesse dos cônjuges e eventualmente dos filhos [...] nas situações de *crise* provocadas [...] pelo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens» (este modo de dizer é de Pereira Coelho, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 122.º, p. 136) — que, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1110.º do Código Civil, se consignou a possibilidade de transmissão do direito ao arrendamento para o cônjuge não arrendatário.

A transmissão de que aqui se trata é a do *direito ao arrendamento da casa de morada de família*, da sua *residência habitual* ou *principal*, e não da de um direito ao arrendamento que tenha por objecto uma *habitação secundária* do casal [cfr., neste sentido, Pereira Coelho, *Revista*, cit., p. 136, nota (4)].

A doutrina constante dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil foi consagrada no nosso direito pela primeira vez no artigo 45.º da citada Lei n.º 2030.

A tal propósito, escreveu-se no já mencionado parecer da Câmara Corporativa (n.º 15):

O que se pretende com estas medidas excepcionais em matéria de arrendamento é proteger o facto da habitação, e, portanto, em princípio, deveria atribuir-se o direito aos dois, e não apenas ao que figura como arrendatário, visto o contrato ser normalmente celebrado em benefício do agregado familiar, e não de um cônjuge apenas. Como, porém, isto é impossível, desde que seja decretado o divórcio ou separação, parece indicado que acima de um critério, muitas vezes puramente ocasional, como é o da outorga do contrato, se atenda efectivamente às necessidades de habitação de cada um dos cônjuges, facultando-se-lhes um acordo, e atribuindo ao juiz, na falta dele, o poder de dirimir o conflito, conferindo a posse da casa a quem melhor direito invoque, baseado na culpa do outro cônjuge, na situação patrimonial de cada um, no interesse dos filhos, etc.

De notar é que a Reforma de 1977 — para além de passar a proteger a *habitação familiar* também quando instalada em bem comum do casal ou, mesmo, em bem próprio de um dos cônjuges (cfr. artigos 1682.º-A, n.º 2, e 1793.º do Código Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) — para além disso, passou a proteger de forma mais eficaz a morada de família instalada em casa arrendada.

Na verdade, só com o consentimento do outro cônjuge o arrendatário pode denunciar ou resolver o arrendamento, revogá-lo por mútuo consentimento ou subarrendar ou emprestar o local arrendado, total ou parcialmente (cfr. artigo 1682.º-B do Código Civil) — consentimento que antes não era necessário.

Essa protecção foi ainda reforçada com a publicação da Lei n.º 35/81, de 27 de Agosto, que, no que ora importa, veio dispor deverem ser propostas contra o marido e contra a mulher as acções de despejo que tenham por objecto a casa de morada de família.

Antes da Lei n.º 35/81, quando fosse o arrendatário a abandonar o lar conjugal, permanecendo aí o outro cônjuge com os filhos, a acção de despejo,

que o senhorio eventualmente intentasse, sempre esbarraria, é certo, com o facto impeditivo de «permanecerem no prédio os familiares do arrendatários» [cfr. artigo 1093.º, n.º 2, alínea c), do Código Civil]. Simplesmente, não sendo o cônjuge não arrendatário citado para a acção, sempre ele podia vir a ser despejado, juntamente com os filhos, tão-só por o arrendatário decidir não contestar, por desleixo ou por má fé.

Não fique por dizer também que a regra da *incomunicabilidade do direito ao arrendamento* tem sido criticada (cfr., a propósito, Pereira Coelho, *Revista*, cit., p. 139; e Mário Frota, *Arrendamento Urbano*, Coimbra, 1987, p. 461).

Em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, a *casa de morada de família*, achando-se instalada em imóvel arrendado, pode ser adjudicada ao cônjuge do arrendatário. Ou seja: o direito ao respectivo arrendamento pode ser atribuído ao cônjuge não arrendatário, por acordo dos cônjuges ou decisão judicial.

É um caso de *cessão ou transmissão forçada da posição contratual*.

A hipótese do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, é, pois, a de o arrendatário ser casado, ter a casa de morada de família instalada em local arrendado e vir a divorciar-se ou a separar-se judicialmente de pessoas e bens.

O que a lei pretende é que, decretado o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, a casa de morada de família, que estiver instalada em imóvel arrendado, possa ser utilizada pelo cônjuge ou ex-cônjuge a quem for *mais justo* atribuí-la, sendo que é *mais justo* atribuí-la ao cônjuge ou ex-cônjuge que dela mais necessitar. Do que se trata, com efeito — como acentua Pereira Coelho (*Revista*, cit., p. 207) —, é «de *proteger o cônjuge ou ex-cônjuge que mais seja atingido pelo divórcio ou separação quando a estabilidade da habitação familiar, cônjuge ou ex-cônjuge ao qual, porventura, os filhos tivessem ficado confiados*».

E o mesmo Autor acrescenta:

A necessidade da casa (ou a «premência», como vem a dizer a jurisprudência; melhor se diria: a premência da necessidade) parece-nos ser, assim, o factor principal a atender. É certo que a «necessidade» da casa não vem expressamente referida no enunciado do artigo 1110.º, n.º 3, mas é a ela que naturalmente se reportam tanto a «situação patrimonial» dos cônjuges como o «interesse dos filhos».

Na avaliação da premência da necessidade da casa deve o tribunal ter em conta, em primeiro lugar, justamente estes dois elementos, que mais expressivamente a revelam e mereceram expressa referência no artigo 1110.º, n.º 3.

(Cfr. *Revista*, cit., p. 217).

E mais adiante:

Mas o juízo sobre a necessidade ou a premência da necessidade da casa não depende apenas destes dois elementos. Haverá que considerar ainda as demais «razões atendíveis»: a idade e o estado de saúde dos cônjuges ou ex-cônjuges, a localização da casa relativamente ao local de trabalho de um e outro, o facto de algum deles dispor eventualmente de outra casa em que possa estabelecer a sua residência, etc.

(Cfr. *Revista*, cit., p. 218).

Pretende-se, assim, *proteger a família*, mesmo para além do termo da comunidade de vida que o *casamento* se destinou a criar.

Isto é, de resto, coisa que bem se compreende, pois, achando-se os cônjuges obrigados a viver juntos por força do *dever de coabitação* que sobre eles impende (cfr. artigo 1672.º do Código Civil), tendo, inclusive, que escolher um local para instalarem a *residência da família* (cfr. artigo 1673.º do mesmo Código), uma vez divorciados ou separados (e, assim, *dispensados* de viver juntos: cfr. artigos 1779.º, n.º 1, e 1795.º-A do Código Civil), bem se compreende — dizia-se — que essa residência seja atribuída àquele que dela mais precisar, independentemente de ser ou não o arrendatário.

O artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil regula, assim, um *efeito do divórcio* ou da *separação judicial de pessoas e bens*. Isto mesmo afirmou o Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 17 de Junho de 1975, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 248, p. 431.

Pressuposto, por isso, da atribuição do direito ao arrendamento, prevista no artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, é que os «pretendentes» à casa tenham sido casados um com o outro e haja, entretanto, sido decretado o seu divórcio ou que, mantendo-se embora casados, se hajam separado judicialmente de pessoas e bens.

Significa isto que o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, não foi pensado para o caso de os cônjuges se encontrarem simplesmente *separados de facto*, nem para a hipótese de duas pessoas não unidas entre si pelo casamento viverem, não obstante, *more uxorio*, ou seja, como se casados fossem, em situação em tudo análoga às dos cônjuges — situação a que, entretanto, puseram termo.

Foi, de resto, nesses termos que, *até ao acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 1981*, a jurisprudência sempre interpretou o dito artigo 45.º da Lei n.º 2030, primeiro, e o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, depois.

Assim, a Relação de Lisboa, ainda no domínio do artigo 45.º da Lei n.º 2030, decidiu que, não havendo ainda sido proferida sentença na acção

de divórcio (ou de separação judicial de pessoas e bens), que havia sido proposta, tinha o juiz que aguardar a prolação de tal sentença para, depois, na acção de regulação do exercício do poder paternal, decidir sobre a atribuição do direito ao arrendamento nos termos daquele artigo 45.º (cfr. acórdão de 13 de Outubro de 1965, publicado na *Jurisprudência das Relações*, 4, p. 625).

A Relação do Porto, por sua parte, no seu acórdão de 9 de Novembro de 1966 (*Jurisprudência das Relações*, 5, p. 877), decidiu que o artigo 45.º da Lei n.º 2030 e o artigo 89.º, n.º 2, da Organização Tutelar de Menores de 1962 — que preceituava que a «atribuição do direito ao arrendamento para habitação ao pai não arrendatário será feita, quando tenha lugar, independentemente de requerimento e a respectiva notificação ao senhorio será ordenada oficiosamente» —, não eram aplicáveis ao «*casal*» *que vive em mancebia*.

Já no domínio do Código Civil de 1966, veio a Relação de Lisboa, pelo seu acórdão de 21 de Fevereiro de 1978, decidir que, para poder ter lugar a atribuição do direito ao arrendamento a que se refere o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, não basta que os cônjuges estejam *separados de facto*, necessário sendo que tenha sido decretado o seu divórcio ou separação judicial de pessoas e bens (cfr. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 276, p. 312).

No tocante às *uniões de facto*, a Relação de Lisboa reafirmou, posteriormente, a doutrina de que lhes não é aplicável o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, ainda quando esteja em causa, indirectamente, o interesse dos filhos menores [cfr. acórdãos de 11 de Dezembro de 1984 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1984, 5, p. 165); e de 16 de Janeiro de 1986 (*Colectânea*, cit., 1986, 1, p. 91)].

A Relação de Lisboa, porém, como se disse já, no seu acórdão de 2 de Junho de 1981, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, 1981, 3, p. 61, pronunciou-se no sentido de que, quando haja filhos menores, os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil — que, disse, não são normas excepcionais, sim especiais — devem ser aplicadas analogicamente às simples *uniões de facto* [cfr., identicamente, o acórdão da mesma Relação, de 19 de Novembro de 1985 (*Boletim*, cit., n.º 358, p. 602)].

A orientação jurisprudencial a que por último se fez referência mereceu o aplauso de certa doutrina. Assim, Pereira Coelho escreveu a tal propósito:

O direito ao arrendamento pode igualmente transmitir-se nos termos do artigo 1110.º, o qual, embora respeite ao caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, é aplicável por analogia ao caso de ruptura de união de facto, como decidiu o acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Junho de 1981 [...], e como parece razoável, pelo menos em casos

como o do acórdão, em que haja filhos nascidos da união de facto e estes tenham sido confiados ao progenitor não arrendatário.

(Cfr. «Casamento e Família no Direito Português», in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, 1986, pp. 3 e segs., esp. p. 17).

Em face da jurisprudência divergente da Relação de Lisboa sobre a matéria (acórdãos de 4 de Maio de 1984, citado no texto do *assento*, e acórdão de 2 de Junho de 1981), o Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, em 23 de Abril de 1987, tirou o *assento* publicado no *Diário da República*, I Série, de 28 de Maio de 1987, aqui *sub iudicio*, que novamente se transcreve:

As normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores.

O Supremo, para assim concluir, começou por ponderar que as normas do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil são normas excepcionais, dado estarem em absoluta oposição com as normas que contêm o regime geral da cessão da posição contratual (ou seja, com os artigos 424.º e seguintes do Código Civil, aplicáveis *ex vi* do disposto no artigo 1059.º, n.º 2, do mesmo Código), e que, por isso, são insusceptíveis de aplicação analógica (cfr. artigo 11.º do Código Civil). E acrescentou: mesmo que tais normas não fossem excepcionais, nunca elas poderiam aplicar-se analogicamente, por não se estar em presença de um *caso omissis*, mas antes de um *caso não regulado*. E isso, porque o legislador, que, confessadamente, pretende não «estimular as uniões de factos» [cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (n.º 46)] só em casos contados lhes atribuiu efeitos jurídicos. Ora — acrescentou o Supremo —, a «união de facto» não tem qualquer protecção legal para efeitos de se poder 'impor' ao senhorio, no caso de arrendamento para habitação, como arrendatário, o membro dessa 'união' — quando esta termine — que não seja o titular do respectivo direito ao arrendamento».

2 — O assento *sub iudicio* e o princípio da igualdade:

Do que se trata é de saber se o mencionado *assento* — fixando a doutrina de que as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicável aos casos em que um homem e uma mulher, que viviam *more uxorio* e tinham filhos menores, romperam a união — é ou não inconstitucional.

Concretizando mais: o *assento sub iudicio* violará o princípio de que «os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação», consagrado no n.º 4 do artigo 36.º da Constituição?

O requerente entende que sim, uma vez que, não sendo — segundo o *assento* — o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil aplicável, por analogia, às uniões de facto que se rompem, quando haja filhos menores, ficam os «tribunais impedidos [...] de atender aos interesses de tais filhos», quando o certo é que, em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, havendo filhos menores, os interesses destes são, conjuntamente com a «situação patrimonial» dos cônjuges ou ex-cônjuges, os factores a que, em primeira linha, há que atender para determinar qual deles mais necessita da casa que foi a morada de família.

O requerente não se encontra, aliás, isolado neste entendimento das coisas.

Assim, Pereira Coelho, começando por dizer que o *assento* aqui *sub iudicio* «passa muito por alto» «a objecção tirada da *discriminação contra os filhos nascidos fora do casamento* que assim fica a existir», acrescenta:

Note-se que, se a solução que fez vencimento no Assento, se julgar contrária ao princípio do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República (como nos inclinamos a crer), ou seja, se se entender que é uma discriminação contrária àquele princípio o facto de o tribunal, tratando-se de filhos nascidos fora do casamento, não poder atribuir o direito ao arrendamento, no interesse dos filhos, ao progenitor a quem fiquem confiados se esse progenitor não for o arrendatário, não assumirá relevância o argumento [...] de que a extensão à união de facto do preceituado nos n.ºs 2 e 4 do artigo 1110.º implicaria a aplicação analógica de normas que fazem excepção à regra do artigo 424.º, n.º 1, do Código Civil, contra o disposto no artigo 11.º do mesmo Código [...].

[Cfr. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 120.º, p. 81, nota (6)].

Também J. J. Gomes Canotilho se inclina a pensar que o *assento* em causa é «uma decisão jurisdicional violadora do princípio constitucional da igualdade dos filhos» [cfr. «Constituição e Défice Procedimental» (*Estado e Direito*, n.º 2 (1988), p. 34)].

E a solução da inconstitucionalidade foi, como se disse, a que fez vencimento neste Tribunal.

2.1 — Pois bem: se a *casa* onde tinham a sua *residência principal* os pais, que, entretanto, se separaram, mesmo só de facto, *fosse atribuída* àquele a quem os filhos ficaram confiados, *sempre que — mas só quando — houvesse filhos menores*, então, a norma que excluísse do seu âmbito de aplicação apenas os filhos nascidos fora do casamento seria certamente inconstitucional, pois

o *único fundamento de diferença de tratamento* era — podia dizer-se — o facto de uns filhos serem do casamento e os outros não.

Não é, porém, disso que se trata. Desde logo, o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil, tal como não se aplica aos casos de ruptura de uniões de facto de que haja filhos menores, também não é aplicável aos casos em que os pais são casados, têm filhos menores do casamento e separaram-se um do outro, mas apenas de facto. Depois, em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, ainda que não haja filhos menores, se a morada de família se achar instalada em casa arrendada, há lugar à sua atribuição a um dos cônjuges, podendo vir a ser adjudicada ao não arrendatário. Finalmente, mesmo sendo os pais casados, divorciando-se ou separando-se judicialmente de pessoas e bens e havendo filhos menores, o direito ao arrendamento da casa de morada de família pode vir a ser atribuído ao progenitor a quem os filhos não ficaram confiados, designadamente porque aquele que ficou com os filhos tem outra casa onde pode instalar-se com eles — casa que, por exemplo, até fica mais perto do seu local de trabalho ou dos estabelecimentos de ensino frequentados pelos menores.

É que, o *artigo 1110.º do Código Civil* — e, consequentemente, o *assento sub iudicio*, que veio dizer não ser tal preceito aplicável às uniões de facto, mesmo havendo filhos menores — *não é norma que vise definir o estatuto dos filhos* ou, sequer, que com esse estatuto contenda directamente. O que ele *regula* é — recorda-se — um *efeito do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens* — concretamente: a sua projecção ou incidência sobre o contrato de arrendamento que tenha por objecto a casa onde os cônjuges instalaram a morada da família. Seu objectivo é, como se disse já, proteger os cônjuges ou ex-cônjuges em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, num aspecto fundamental como é o da habitação familiar. *Tal norma só indirecta e reflexamente contende com o estatuto dos filhos*. Fá-lo do modo seguinte: na atribuição da posição de arrendatário pode vir a «*pesar*» o *interesse dos filhos*, se seus pais eram casados e se divorciaram ou separaram judicialmente de pessoas e bens. O *interesse dos filhos*, porém, nenhum relevo já terá se os pais apenas se separaram de facto, e não judicialmente, ou se não eram casados um com o outro.

O que o *assento* faz é, repete-se, consagrar a doutrina de que o artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil que regula os efeitos do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens sobre o contrato de arrendamento da casa de morada de família — não é aplicável às situações de ruptura das uniões de facto, mesmo havendo destas filhos menores, tal como o não é ao caso em que um casal, que tem filhos menores, se separa apenas de facto.

Ora, não sendo essas normas aplicáveis às uniões de facto que se desfazam, é óbvio que a eventual existência de filhos menores não pode relevar para

o efeito de saber a quem deve ser atribuído o direito de arrendamento. E, justamente, porque não há lugar a essa atribuição.

A *irrelevância* do interesse dos filhos menores nascidos fora do casamento (ou melhor: a *insensibilidade* ou *indiferença* do legislador perante esse interesse) — em contraste com a *relevância* do interesse dos filhos menores de pais casados que, entretanto, se divorciaram ou separaram judicialmente — para o efeito de atribuição do direito ao arrendamento da habitação familiar, é, pois, uma *consequência mediata*, um mero *efeito reflexo*, da disciplina jurídica da transmissão do contrato de arrendamento — e não uma solução jurídica que o legislador assuma visando a definição do estatuto da filiação.

Do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil resulta, é certo, uma *diferença de tratamento* entre os *filhos nascidos do casamento* e os *filhos nascidos fora do casamento*. Tal *diferença de tratamento não assenta*, porém, no *diferente nascimento de uns e de outros*, mas antes no facto de, num caso, se ter posto termo à comunhão de vida dos pais por divórcio ou separação judicial e, no outro, tal ter acontecido por haver desaparecido o consenso em que essa vida em comum assentava. Quer dizer: as situações em confronto são a da *família conjugal* e a da *família natural*, que o mesmo é dizer da família assente no *casamento*, a que o divórcio pôs termo ou que a separação judicial interrompeu, e a família nascida de uma *união de facto*, que os parceiros decidiram terminar. Dizendo ainda de outro modo: o confronto é entre a ruptura da vida *conjugal* e a da *vida para-conjugal*, e não entre os *filhos nascidos do casamento* e os *filhos nascidos fora do casamento*.

Esta última não é, com efeito, a hipótese da norma a que o assento *sub iudicio* se reporta.

Orá, as leis prevêem para prover. Por isso, a sua *estatuição* ou *provisão* tem que ser avaliada em função da sua *hipótese* ou *previsão*, e não em função de uma *hipótese imaginária*.

2.2 — Para aferir da constitucionalidade da regra fixada pelo assento *sub iudicio* o parâmetro não pode, pois, ser a norma do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição.

O que interessa, de facto, é saber se a distinção estabelecida no domínio da relação locatícia, quanto ao destino da casa arrendada que seja habitação familiar, encontra suficiente fundamento na diferente natureza da *família conjugal* e de *família natural* ou se é arbitrária ou irrazoável, porque carecida de fundamento material.

A pergunta que, então, há que formular é a seguinte: não será que o assento *sub iudicio* viola o princípio da igualdade, na justa medida em que, no tocante à atribuição do direito ao arrendamento da habitação familiar, trata

diferentemente a família nascida do casamento (*a família conjugal*) e a família nascida de uniões concubinárias (*a família natural*)?

Também aqui a resposta é negativa.

O artigo 36.º, n.º 1, da Constituição dispõe que «todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade».

Por sua parte, o artigo 67.º preceitua, no n.º 1, que «a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros»; e, no n.º 2, enumera algumas das incumbências do Estado, com vista, justamente, à protecção da família.

Para o que aqui importa, desnecessário é tomar posição sobre a questão de saber se o artigo 36.º, n.º 1, da Constituição, contém (ou não) uma imposição no sentido de a *união de facto* dever ser colocada ao mesmo nível do *casamento* enquanto fonte de relações familiares [cfr., sobre isto, a declaração de voto de José Luís Nunes (*Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 39, de 29 de Agosto de 1975, p. 1083); Pereira Coelho, in *Temas*, cit., p. 9; Antunes Varela (*Direito de Família*, Lisboa, 1982, pp. 147 e segs.); J. de Castro Mendes («Anotações Diversas», in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º vol., Lisboa, 1977, pp. 371 e segs.); e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., Coimbra, 1984, p. 229)].

De todo o modo, sempre se dirá que, se o artigo 36.º, n.º 1, distingue (separa) a *família do casamento*, é porque a protecção constitucional da família não se dirige apenas à *família conjugal* ou *matrimonial*, mas também à *família natural* (ou seja, àquela que deriva apenas do facto biológico da geração) e à família adoptiva.

Isto, porém, não significa que a *família*, cuja protecção o Estado tem que organizar (cfr. artigo 67.º), haja de identificar-se com a *união de facto*, que, como diz Antunes Varela (*ob. cit.*, p. 150), assenta «na areia movediça do puro sentimento das pessoas, inteiramente solta das amarras da lei».

O artigo 67.º da Constituição *não proíbe*, porém, que o legislador dispense uma certa protecção à *união de facto*. Mas o que *não* lhe *impõe* é que o faça.

Não obstante o legislador ter vindo a aproximar a *união de facto* do *casamento*, atribuindo-lhe cada vez *mais efeitos* [cfr., para além do direito da segurança social, os artigos 1111.º (redacção da Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro); 1871.º, n.º 1, alínea c); 1911.º, n.º 3; e 2020.º, todos do Código Civil]; e não obstante também o casamento, pelo simples facto de poder ser dissolvido pelo divórcio, ter hoje *menos efeitos*; não obstante tudo isso, a *união de facto* continua a *não ser*, ao menos entre nós, o *elemento fundamental da sociedade*, anterior ao Estado e ao qual este deve protecção (cfr. artigo 67.º). Por essa razão, no plano legislativo, continuam a existir diferenças de tomo entre *união de facto* e *casamento*: desde logo, os parceiros de uma *união de facto*, nem

por viverem *more uxorio*, ficam sujeitos aos deveres conjugais de fidelidade, respeito, coabitação, cooperação e assistência (cfr. artigo 1671.º do Código Civil); depois, a *união de facto* não tem efeitos sucessórios, nem determina a aplicação de um «regime de bens»; finalmente, mesmo vivendo em situação para-conjugal, os parceiros põem termo quando quiserem a essa comunhão de vida.

O legislador — que, como se acentuou já, não quis estimular as uniões de facto — está, pois, muito longe de equiparar a união de facto ao casamento.

Para se compreender esta «prudência» do legislador, não será sequer necessário subscrever a afirmação de que o casamento é o esteio da família, por isso que, só defendendo-o com intransigência, será possível organizar, com um mínimo de eficácia, a defesa dessa mesma família, que é a base da sociedade, o *principium urbis*. Bastará, com efeito, atentar em que, por mais respeitável que seja o *princípio da tolerância*, nada justificaria que se aplicasse o *estatuto do casamento* a pessoas que, justamente, *não quiserem casar*. Desde logo, isso seria fazer *violência* a quem, colocado perante duas formas possíveis de organizar a vida familiar, optou pelo modelo descomprometido da união de facto.

Dizendo de outro modo: submeter ao estatuto do casamento quem, justamente, não quis assumir compromissos matrimoniais, sim e tão-só estabelecer uma comunhão de vida assente exclusivamente no *consenso* e destinada, por isso mesmo, a só durar enquanto esse consenso persistir, significaria violar a liberdade dos membros da comunidade natural assim constituída. Trata-se, com efeito, de uma comunidade que se baseia na liberdade dos seus fundadores e que, por isso mesmo, tem como características fundamentais a *espontaneidade*, a *desregulação* e uma *aversão radical* à ideia de «*jurisdicização*».

Por isso, ali onde o legislador não tenha intervindo para regular os direitos e deveres dos parceiros e os efeitos da união de facto, está-se, ao menos em princípio, perante um *espaço não regulado*, um espaço de *non droit*.

2.3 — Dir-se-á, no entanto, que não se está aqui em presença de um espaço de *non droit* — de uma matéria que o legislador propositadamente não tenha querido regular; que se está, antes, em face de uma *lacuna* que o Supremo Tribunal de Justiça devia ter preenchido, já que o *princípio da proibição de discriminar os filhos nascidos fora do casamento*, consagrado no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, tanto impunha.

Pois bem: se o *princípio da proibição de discriminar os filhos nascidos fora do casamento* levar ínsita uma obrigação de, quando houver filhos menores, regular os efeitos da ruptura da união de facto sobre a relação locatícia, essa obrigação impor-se-á *apenas* ao legislador, não ao juiz, pois é de *legislação* que o caso necessitará.

De facto, o juiz deve obediência à Constituição e à lei, devendo, em caso de conflito entre ambas, preferir aquela a esta; não deve, porém, obediên-

cia a um eventual dever de legislar — trate-se de uma obrigação geral de editar normas jurídicas para regular certa matéria, esteja em causa uma *concreta e específica* imposição constitucional legiferante. E mais: na sua actividade judicativa há-de o juiz — sob pena de invadir a área reservada à função legislativa e, desse modo, violar o *princípio da separação de poderes*, consagrado no artigo 114.º, n.º 1, da Constituição — mover-se sempre «dentro dos muros da cidadela da lei»; se o legislador, *propositadamente*, não quis regular uma determinada matéria, não pode o juiz criar uma norma para ela.

A este propósito, escreve Manuel de Andrade:

Só haverá lacuna a preencher, depois de estar averiguado, por interpretação da lei, que o caso omissa não deve ficar à margem da lei, sem disciplina jurídica apropriada.

(Cfr. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, p. 78).

E ainda:

Sempre os casos haverão que ser mais do que as leis [...]. Isto para não falar das situações que o legislador conheceu ou entreviu, mas propositadamente deixou em claro [...].

(Cfr. *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra, 1973, p. 29).

É ainda Andrade quem acentua que a função dos tribunais, mesmo quando tenham que «fazer acto de legislador», é uma função «ao serviço da lei», devendo, por isso, mover-se «sempre no quadro da lei» (cfr. Andrade, *Ensaio*, cit., p. 85, e *Sentido e Valor da Jurisprudência*, cit., p. 40).

Ora, no caso, é *manifesto* o propósito do legislador de deixar a matéria aqui em causa sem regulamentação. Decorre isso, desde logo, do facto de o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro — que veio dar cumprimento «ao imperativo constitucional dimanante do disposto no n.º 3 do artigo 293.º da Constituição», versão originária (isto é, que veio proceder à «adaptação das normas anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição») — não a ter regulado. Decorre, depois, da circunstância de a Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro — que deu nova redacção ao artigo 1111.º, n.º 2, do Código Civil — ter vindo *atribuir* àquele que, no momento da morte do arrendatário, com ele vivia, há mais de cinco anos, em condições análogas às dos cônjuges, o *direito* de, em certos casos, *sucedder no arrendamento para habitação*, sem, no entanto, estabelecer disciplina paralela para o caso da união de facto cessar não já pelo decesso de um dos parceiros, sim pela separação de ambos. E decorre, por último, do facto de,

numa altura em que já tinha sido tirado o assento do Supremo Tribunal de Justiça aqui *sub iudicio*, o Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro — que veio estabelecer o novo *Regime de Arrendamento Urbano* — ter continuado a deixar a matéria aqui em causa sem regulamentação e a regular a transmissão do arrendamento para a pessoa que vivia *more uxorio* com o arrendatário falecido, em termos semelhantes ao que antes fizera (cfr. artigos 83.º a 85.º, que correspondem aos artigos 1110.º e 1111.º do Código Civil, que foram revogados).

2.4 — Mas, se isto é assim, então, não pode ser havida como violadora do princípio da igualdade uma solução como aquela que o *assento sub iudicio* acolheu.

O que o *assento* veio dizer foi, repete-se, que a solução legal do artigo 1110.º, n.ºs 2, 3 e 4, do Código Civil — que visa proteger os cônjuges em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, mediante a possibilidade de o direito ao arrendamento da casa de morada de família se transferir para o cônjuge não arrendatário — não é aplicável aos casos de ruptura das uniões de facto, mesmo havendo filhos menores.

Ora, uma tal solução nada tem de *arbitrário* ou de *irrazoável*, antes se apresenta como inteiramente fundada, pois, se seria fazer violência aos parceiros, que vivem *more uxorio*, aplicar-lhes o estatuto legal das pessoas casadas — estatuto que inclui direitos, mas que comporta também deveres e ónus—, então, também não haverá de estranhar-se que se lhes não aplique esse estatuto *apenas* naquilo que ele contém de vantagens, ou seja, apenas as normas dele que conferem direitos ou benefícios. A *liberdade* que a união de facto consente aos parceiros há-de, naturalmente, ter um *preço* — o *preço* de uma protecção jurídica mais frouxa. Concretamente e para o que aqui importa: não estando os parceiros obrigados a cumprir qualquer dever de coabitação e não tendo, assim, que adoptar uma residência comum (*a residência de família*), não é irrazoável ou infundamentado que, quando se separarem, não beneficiem de um direito — o direito a poder suceder no arrendamento feito pelo outro parceiro —, pois que esse direito foi pensado para proteger a *estabilidade da habitação familiar* dos cônjuges, ou seja, de quem, por se unir em casamento, teve que adoptar uma *residência comum*, mas que, depois, quiçá sem culpa sua, se viu forçado a ver terminada a comunhão de vida em que empenhou as suas esperanças.

A regra é *ubi commoda, ibi incommoda*.

Sendo a *situação* dos cônjuges, que se divorciam ou separam judicialmente de pessoas e bens, quando à casa arrendada que habitem, *substancialmente diferente* da *situação* daqueles que, vivendo *more uxorio*, se separam um do outro, a solução jurídica constante do *assento* do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987, não merece censura do ponto de vista do prin-

cípio da igualdade, pois este apenas proíbe que se trate diferentemente o que for essencialmente igual.

E isso é assim ainda que, da união de facto desfeita, haja filhos menores, pois, como se viu atrás, não é só quando haja filhos menores — nem tão-pouco por os haver — que a questão da transmissão do arrendamento se coloca. — *Messias Bento*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Profunda é a minha discordância relativamente ao acórdão a que a presente declaração de voto se encontra apendiculada.

Impõe-se, pois, que, *brevitatis causa*, muito em síntese, indique as razões dessa minha discordância.

1 — É para mim nítido que o assento em causa se reporta às normas constantes dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil, que regem, e *tão somente*, para os casos de divórcio e de separação judicial de pessoas e bens.

Assim sendo, são as situações que em tais normas se encontram contempladas que devem unicamente ser tidas em conta, do respectivo âmbito estando, consequentemente, excluídos, quer os casos de mera separação de facto de matrimoniados, quer os casos de cessação de união de facto.

Daí que as normas e o assento em causa visem, e só, regular um efeito do *divórcio* ou da *separação judicial de pessoas e bens*, e relativamente a um particular reflexo de uma dessas situações no contrato de arrendamento para habitação incidente sobre a casa de morada de família.

Não é, assim, objectivo das normas em apreço regular directamente o estatuto dos filhos.

Poderá, quando muito, haver, *in casu*, um reflexo, *mas apenas indirecto*, naquele estatuto, no ponto em que se determina o atendimento ao interesse dos filhos — a par com muitos outros — de pais consorciados, para atribuição do «direito» ao arrendamento da casa de morada de família.

Porém, mesmo em situações em que — «descarnados» os demais factores a que se deve atendimento para atribuição do «direito» ao arrendamento, quer pela sua inexistência, quer pela sua equivalência valorativa tocantemente aos dois cônjuges — reste só o interesse dos filhos, ainda assim não vejo que as normas em questão e o assento em particular reflectam qualquer discriminação entre os filhos do matrimónio e os não provenientes do casamento.

Na verdade, em hipóteses em que os consorciados se uniram matrimonialmente — tendo um ou outro filhos não resultantes do contrato de casamento entre eles celebrado, vivendo ambos e aqueles filhos na mesma casa de

família — e o casamento veio a ser dissolvido por divórcio ou interrompido por separação judicial de pessoas e bens, certamente ninguém defenderá que as normas e o assento em questão impediriam que, para efeitos de atribuição do arrendamento, o juiz tivesse em conta, como um dos factores a atender, o interesse dos mencionados filhos (fossem ou não provenientes de casamento anterior) que, afinal, não foram gerados do casamento dissolvido ou interrompido.

Se assim é, não vejo, conseqüentemente, como se pode falar em qualquer discriminação que as normas em causa praticariam relativamente a filhos nascidos dentro e fora do casamento, e concernentemente às situações para a qual elas foram, e só, gizadas.

Se as ditas normas, ao regularem a atribuição do «direito» ao arrendamento da casa de morada de famílias não se aplicam, pois, às hipóteses de rompimento das uniões de facto (e nem, como se viu, às situações de separação de facto de cônjuges) e se, em exemplos como o acima indicado, elas permitem, como um dos factores a que dar atendimento, pesar o interesse de filhos não provenientes do casamento dissolvido ou interrompido, (sendo, como é óbvio, de exigir ou a dissolução ou a interrupção da sociedade conjugal), então há que concluir que aquelas hipóteses não foram queridas regular pelo legislador.

Trata-se, assim, de um caso não regulado voluntariamente, como tal tendo de ser perspectivado.

Daí que seja para mim incompreensível esgrimir-se com um argumento segundo o qual o assento *sub specie*, ao vedar a aplicação das normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil as situações de facto, estava a impedir a «operatividade imediata» do n.º 4 do artigo 36.º da Constituição.

Na realidade, as citadas normas têm somente campo de aplicação *quanto* aos casos de dissolução do casamento por divórcio e de interrupção da sociedade conjugal por separação judicial de pessoas e bens, não estando prevista, fora desses casos, a atribuição do «direito» ao arrendamento da casa de morada de família.

Em consequência, a norma extraível do assento *sub specie*, não padece, a meu ver, de qualquer inconstitucionalidade, designadamente por violação do n.º 4 do artigo 36.º da Lei Fundamental.

2 — Pelo que tange à segunda pretensão do requerente, justamente a de este Tribunal ter por verificada a inconstitucionalidade por omissão de uma medida legislativa que expressamente determine que as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil se aplicam, com as necessárias adaptações, às situações de uniões de facto nos casos em que haja filhos menores, muito embora concorde com a decisão ínsita no acórdão quando a este ponto, não anuo à argumentação acrescida que é carreada no aresto.

Esta não concordância resulta, como é desde logo evidente, do facto de não acompanhar a declaração de inconstitucionalidade que é feita no acórdão, declaração essa que, naquela argumentação acrescida, imporá que o princípio constitucional da não discriminação dos filhos haja de ser obrigatoriamente aplicado em termos de o interesse destes previsto nas normas civilísticas em questão, quando erigido em critério relevante da atribuição do «direito» ao arrendamento, haver de ser respeitado quer tratando-se de filhos fruto do matrimónio, quer de filhos nascidos de não consorciados entre si. — *Bravo Serra*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

No presente acórdão, o Tribunal Constitucional decide declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Abril de 1987 — que interpreta o artigo 1110.º do Código Civil — com fundamento na violação do princípio de não discriminação dos filhos, contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição. Votei vencida pelas seguintes razões:

1 — Considero correcta a doutrina constante do Assento do Supremo Tribunal de Justiça, segundo a qual *as normas dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil não são aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas haja filhos menores*. No meu entender, tais preceitos só podem ter essa interpretação.

Em boa verdade, a doutrina contida no presente acórdão nem sequer contraria frontalmente a doutrina do Assento, porquanto não sustenta a aplicabilidade de tais preceitos a uniões de facto de que haja filhos menores, antes requerendo que tenha *a questão de vir a ser decidida numa pura perspectiva constitucional*. E ser «a questão decidida numa pura perspectiva constitucional» significa tão-somente que a pauta de regulação que se convoca é o princípio de não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, expresso no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição — e não os referidos preceitos do Código Civil.

Em bom rigor, a ser assim, não se exclui a compatibilização da doutrina do Assento (de que a comunicabilidade da posição do arrendatário, nas hipóteses da união de facto, não se pode operar *ex vi* dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 1110.º do Código Civil) com a posição defendida neste acórdão (de que se não pode discriminar os filhos nascidos fora do casamento e que, portanto, nesse caso, haverá que estabelecer uma outra excepção à não comunicabilidade do arrendamento, por força não daqueles preceitos do Código Civil, mas no decurso da aplicabilidade directa e imediata do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição. *Quer dizer, a regulação do problema «passa ao lado» dos mencionados preceitos do Código Civil*).

E se não se entendesse assim, não vejo como poderia ser declarada a inconstitucionalidade do Assento (como norma interpretativa) sem coenvolver a suspeição de inconstitucionalidade das referidas normas do Código Civil (como normas interpretadas), já que o Assento faz uma interpretação absolutamente coincidente com o teor da letra da lei.

A questão não poderá, pois, configurar-se como uma contradição entre princípio (o do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição) e norma (as normas do Código Civil ou, então, a norma interpretativa constante do Assento), mas como o desenvolvimento de uma «função positiva» [como *starting point* de uma regulação (Esser)] de um princípio jurídico-constitucional, que é convocado ele — e não as normas do Código Civil — para regular a questão.

2 — Contudo, parece-me altamente temerário extrair, directamente e sem qualquer mediação normativa, do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição (como *starting point* de regulação) a estatuição da comunicabilidade do arrendamento, nos casos da união de facto em que haja filhos menores: não se distinguindo, como não se poderia distinguir se a comunicação pode operar-se por acordo dos pais não casados ou por decisão do tribunal. Não reque-rendo, como não poderia requerer, qualquer carácter de durabilidade à situação de coabitação de facto. Fazendo, com isso, tábua rasa de uma série de interesses relevantes, como os do locador a quem seria imposta uma cessão de posição contratual sem o seu assentimento, configurando, por essa via uma excepção ao n.º 1 do artigo 424.º do Código Civil. Extrair do artigo 36.º, n.º 4, da Constituição, como princípio normativo, directamente, a norma segundo a qual «se poderá operar a transmissão da posição do arrendatário em união de facto, quando haja filhos menores», apresentar-se-ia como um procedimento de configuração normativa não admissível, *de uma configuração normativa que não está já a coberto da força preceptiva do princípio*.

Não se trata, com isso, de pôr em causa o princípio da aplicabilidade directa das normas sobre direitos fundamentais (Constituição da República, artigo 18.º, n.º 3) mas de negar a possibilidade de inferir uma estatuição normativa que não está em directa relação com a força de injunção do princípio contido no artigo 36.º, n.º 4, da Constituição da República.

3 — Não considero que a posição em que me estribo seja de teor «formalista» ou indicie qualquer posição de desfavor quando à união de facto. Em boa verdade, não se trata aqui, directamente, de tutelar ou não tutelar situações de coabitação de facto, mas de atender a interesses dos filhos nascidos fora do casamento. E, aqui, estou de acordo que a não comunicação do arrendamento, em certos casos, possa conduzir a situações no plano da vida que afrontem sentimentos de justiça. Mas não pode, no meu entender, a juris-

prudência constitucional (pese embora a sua especial função de «integração») substituir-se ao legislador ou converter-se numa «jurisprudência de sentimento» (*Gefühlsjurisprudenz*) que subvertesse o essencial dos princípios conformadores do Estado de direito, nomeadamente o princípio da legalidade e o da divisão de poderes. — *Maria da Assunção Esteves*.

Anotação:

Acórdão publicado no *Diário da República*, I Série-A, de 15 de Outubro de 1991.

ACÓRDÃO N.º 63/85

DE 16 DE MARÇO DE 1985

Julga que a norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, interpretada como não presumindo que o director do periódico é autor dos escritos assinados por pessoa insusceptível de responsabilizar-se, não é, nessa medida, inconstitucional, determinando que assim a interprete o tribunal recorrido.

Processo: n.º 71/84.

Recorrente: Ministério Público.

Relator: Conselheiro Raul Mateus.

SUMÁRIO:

- I — Mesmo discordando da interpretação que o Tribunal recorrido faz da norma desaplicada, o Tribunal Constitucional deve apurar se tal interpretação é ou não conforme à Constituição. Se concluir pela positiva, não tem que levar mais longe a indagação; se concluir pela negativa, deverá apurar se a interpretação que lhe parece correcta é constitucional.
- II — O princípio da presunção de inocência do arguido é incompatível com a imposição, por via de lei, de uma ficção, ainda que condicional, da autoria de uma infracção penal. Por isso, é inconstitucional a interpretação que o Tribunal recorrido fez do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, ou seja, na medida em que entendeu que tal norma atribui ao director do periódico em certas condições, a autoria de escritos assinados por quem não pode ser criminalmente responsabilizado.

- III — A referida interpretação é ainda inconstitucional, enquanto responsabiliza o director do periódico por acção delituosa que lhe não pertence, e isso por infringir o princípio da pessoalidade da responsabilidade criminal, consignado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição.
- IV — Não é inconstitucional a interpretação da norma citada, que se tem por mais correcta, e segundo a qual ela não presume que o director do periódico é o autor de escritos assinados por quem não possa ser responsabilizado criminalmente.

Acordam no Tribunal Constitucional:

1. — Sob acusação do Ministério Público e do assistente Abílio Aleixo Curto, presidente da Câmara Municipal da Guarda, Maria Armada Pires Falcão, que jornalisticamente usa o pseudónimo de Vera Lagoa, foi julgada e condenada, no 3.º Juízo Correccional da Comarca do Porto, como autora de um crime de abuso de liberdade de imprensa, previsto e punido pelos artigos 25.º, n.ºs 1 e 2, e 26.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, e 164.º do Código Penal, por, como directora de *O Diabo*, não haver provado que não os conhecia ou que não lhe tinha sido possível impedir a publicação de três escritos ofensivos da honra e consideração do assistente, e de autoria indeterminável através dos nomes ou pseudónimos com que foram subscritos.

Interpôs a ré recurso da sentença condenatória para a Relação do Porto, que a absolveu por considerar — entre outras razões que não vêm ao caso — que a norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75 era inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência do arguido, explicitado no artigo 32.º, n.º 2, da Lei Fundamental, conformemente, aliás, ao preceituado no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Deste aresto interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, e limitado à questão de constitucionalidade, o Ministério Público que, através do Ex.º Procurador-Geral-Adjunto aqui sediado, produziu alegações — secundadas depois pelo assistente — nas quais conclui por pedir que se julgue concorde com a Constituição a norma desaplicada e se ordene, em consequência, a reforma do acórdão recorrido.

A ré não contralegou.

2 — Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir se a norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, na parte em que foi efectivamente desaplicada, é ou não inconstitucional.

3 — No acórdão recorrido, delimitou-se e justificou-se nos seguintes termos a inconstitucionalidade detectada:

... a nossa Lei Fundamental, no n.º 2 do seu artigo 32.º, determina que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, em consonância com o n.º 2 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em que se prescreve que toda a pessoa acusada duma infracção se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

É, assim, inquestionável que o n.º 3 do artigo 26.º da Lei de Imprensa, quando presume como autor dos escritos não assinados o director do periódico, *ou, como aqui acontece, subscritos por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se, por se ignorar quem sejam, e incriminando-o por essa suposta ou pressuposta autoria,* está em diametral oposição com aquelas leis, não podendo, por conseguinte, deixar de considerar-se manifestamente inconstitucional, consoante o disposto no n.º 1 do artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa, sendo como tal inaplicável pelos tribunais ... (itálico acrescentado).

Desta transcrição resulta evidente que a Relação do Porto, embora aluda genericamente à inconstitucionalidade da norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, só a desaplica, por contrária à Lei Fundamental, na parte em que — segundo a sua leitura — presume ser autor dos textos subscritos por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se, o director do periódico, determinando que então responda como autor do crime.

Por conseguinte, apenas sobre esse arco normativo tem o Tribunal Constitucional de se debruçar.

4 — A Relação do Porto, convém salientá-lo, faz uma interpretação do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, que parece inacei-

tável. Vê nesse dispositivo um segmento normativo que nele não existirá, precisamente o segmento normativo desaplicado, e que depois afasta por inconciliável com a Lei Básica.

Talvez essa leitura haja provindo do facto de se terem por coincidentes os campos de aplicação das normas do n.º 2, alínea *b*), e do n.º 3 do artigo 26.º. Apesar de existir uma íntima conexão entre o n.º 2, alínea *b*), e o n.º 3 do artigo 26.º, o certo é que o seu âmbito não é exactamente o mesmo.

Para se ver que assim é, basta cotejá-los e, para facilitar a comparação, impõe-se a transcrição dos lugares correspondentes do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85 -C/75:

.....
2 — Nas publicações periódicas são criminalmente responsáveis, sucessivamente:

- a)
- b) O director do periódico ou seu substituto legal, no caso de escritos ou imagens não assinados ou de o autor não ser susceptível de responsabilidade, se não se exonerar da responsabilidade na forma prevista na alínea anterior;
- c)

3 — Para os efeitos de responsabilidade criminal, o director do periódico presume-se autor de todos os escritos não assinados e responderá como autor do crime, se não se exonerar da sua responsabilidade, pela forma prevista no número anterior.

De um breve exame das normas em referência flui que no domínio dos crimes de imprensa, enquanto o n.º 2, alínea *b*), do artigo 26.º responsabiliza criminalmente o director do periódico — se não se exonerar nos termos ali previstos — no caso de escritos ou imagens não assinados ou de o autor não ser susceptível de responsabilidade, o n.º 3, do mesmo artigo 26.º, mais limitadamente, prescreve que, não se exonerando, o director do periódico se presume autor dos escritos não assinados, respondendo como autor do correspondente crime.

Desta forma, e o ponto merece particular realce, o n.º 3 do artigo 26.º não presume que o director do periódico, em situação de não exoneração de responsabilidade, seja autor de imagens não assinadas, nem autor de

escritos ou imagens assinadas por quem não possa ser responsabilizado. A presunção de autoria abrange apenas os escritos não assinados, e aí se detém.

5 — Nem se diga que esta interpretação é contrária à lógica que internamente liga o n.º 2, alínea *b*), ao n.º 3 do artigo 26.º

A propósito, impõe-se recordar o que se escreveu no Parecer da Câmara Corporativa n.º 27/X sobre o projecto de lei n.º 5/X e a proposta de lei n.º 13/X, projecto e proposta de lei de imprensa, in *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, edição revista e anotada pelo Prof. Antunes Varela, pp. 485 e 486, onde se dizem verdades, ainda hoje indiscutíveis:

... o jornal é o resultado da colaboração de muitas pessoas (autor do escrito, director, chefe de redacção, redactores, repórteres, colaboradores, fotógrafos, impressores, tipógrafos, distribuidores).

Determinar de entre estas pessoas quem é o responsável pelos delitos de imprensa, e em que grau, constitui problema complexo, ao qual têm sido dadas as soluções mais diversas.

Há quem entenda que, resultando o crime de convergência de duas acções — escrever e publicar —, quando os agentes são distintos são ambos criminosos.

Derivam, assim, os crimes de imprensa da actividade associada de diversas pessoas, actividade em que dominam duas componentes essenciais: a escrita e a publicação.

Sendo impossível ou, pelo menos, muito difícil definir, em cada caso, a responsabilidade dos participantes, tem-se optado por pôr a tónica, umas vezes, no acto de escrever, outras vezes, no acto de publicar, e outras vezes ainda, em ambos os actos, construindo em torno desses eixos os respectivos esquemas de responsabilidade penal.

Não tendo de ser só o acto de escrever a importar responsabilidade criminal, já se poderá compreender como substancialmente se articula o n.º 2, alínea *b*), com o n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75.

Esquemáticamente, e nesta perspectiva, notar-se-á que, se não fosse o n.º 3 do artigo 26.º, o n.º 2, alínea *b*), do mesmo artigo teria de ser interpretado como responsabilizando criminalmente, em todos os casos nele

contemplados, o director do periódico pelo seu papel na publicação [cf. artigo 19.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 85-C/85]. Face ao n.º 3 do artigo 26.º, esta interpretação sofre uma inflexão: em certo caso, caso de escrito não assinado, presume-se que o seu autor é o director do periódico, que, por isso, como tal responderá. Mas, nos demais casos, a interpretação inicialmente proposta em termos condicionados para o n.º 2, alínea *b*), do artigo 26.º, mantém-se: o director é demandado criminalmente apenas pela sua participação no acto de publicar.

Em termos lógicos, o n.º 3 do artigo 26.º não tem, assim, que complementar todo o n.º 2, alínea *b*), do mesmo artigo, que como se referiu, só em certa medida particulariza.

Tudo isto permite ver — agora mais claramente — porque se discorda da interpretação que a Relação do Porto deu à norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, interpretação que tanto mais parece injustificada quanto é indiscutível que a analogia — se houve o propósito de utilizar este recurso da técnica hermenêutica — é, em matéria penal incriminatória, expressamente proibida pelo artigo 1.º, n.º 1, do Código Penal e, um degrau acima, pelo artigo 29.º, n.º 1, da Constituição.

6 — Apesar desta discordância, não cabe ao Tribunal Constitucional, pela especificidade da sua competência, impor de imediato à Relação do Porto a interpretação que tem por correcta da norma em causa.

Antes, na óptica que lhe é peculiar, tem de considerar, quer a hermenêutica do Tribunal *a quo*, quer a sua própria hermenêutica, como interpretações possíveis da norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75. E arrancando desta posição, passar a confrontar com a Constituição a interpretação dada pela Relação do Porto àquela norma.

Se se inclinar para a constitucionalidade desta última leitura, não terá de ir mais longe na indagação. De pronto, e em consequência, haverá de determinar a reforma do acórdão recorrido para aplicação da parte da norma do n.º 3 do artigo 26.º que fora desutilizada.

Ao contrário, se propender para a inconstitucionalidade da interpretação da Relação do Porto, deverá o Tribunal Constitucional prosseguir a análise em ordem a apurar se a interpretação que lhe parece certa (mas agora considerada apenas como uma das interpretações possíveis) se harmoniza com a Constituição, hipótese em que necessariamente haverá de

fazer uso dos poderes que lhe são reconhecidos pelo artigo 80.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

Está-se assim a afirmar a faculdade que o Tribunal Constitucional tem, no domínio da fiscalização concreta, de fundar o juízo de constitucionalidade em determinada interpretação da norma a que a decisão recorrida recusou aplicação, caso em que a norma terá de ser aplicada pelo tribunal recorrido, dentro do processo, com tal interpretação. Consequentemente — e para citar Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3.ª ed., p. 249 — «o Tribunal Constitucional, além da alternativa constitucionalidade-inconstitucionalidade, poderá optar por uma terceira via que é a de tentar uma interpretação da norma conforme a Constituição», caso em que «considera a norma válida, mas apenas nos termos de uma interpretação conforme a Constituição».

A terceira via, que assim se abre ao Tribunal Constitucional — mais próxima do primeiro que do segundo termo da alternativa — é uma resultante da aplicação do princípio da conservação das normas que, neste caso, impõe que, entre várias interpretações possíveis, se escolha aquela que permite salvar a validade constitucional da disposição em exame.

De imediato, e seguindo a via de análise proposta, se passará a ajuizar da constitucionalidade da interpretação que a Relação do Porto deu à norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, exactamente no trecho em que a desutilizou.

7 — Viu a Relação do Porto, no trecho que destacou da norma do n.º 3 do artigo 26.º, clara infracção ao princípio da presunção de inocência do arguido, afirmado no artigo 32.º, n.º 2, da Lei Fundamental. Será assim?

Comanda aquele preceito constitucional, na sua primeira parte, que «todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação», o que não é mais que uma particular explicitação do princípio de defesa do arguido, genericamente consignado no n.º 1 do artigo 32.º

O princípio da presunção de inocência — tal como as demais garantias em que se desmultiplica o princípio da defesa — protege o arguido ao longo de todo o *iter* processual em que o estatuto se conserva (talvez vá ainda mais longe que as restantes garantias de defesa e comporte mesmo uma dimensão extra-processual: *v. g.*, o arguido, simplesmente absolvido

por falta de prova, não poderá continuar a invocar, em qualquer momento e em qualquer lugar, esta garantia? não será até, por isso, que o n.º 4 do artigo 164.º do Código Penal limita a prova da verdade da imputação difamatória, quando esta seja de facto que constitua crime, à resultante de condenação por sentença transitada em julgado?).

In specie, é de considerar, porém, o princípio da presunção de inocência apenas na sua actuação no interior do processo penal, e, em particular, na fase de julgamento, precisamente quando atinge o clímax a tensão existente, neste tipo de processo, entre autoridade e liberdade, entre Estado e indivíduo, recortando-se o que, em tal fase, nele existe de nuclear. Já no acórdão n.º 168 da Comissão Constitucional, de 24 de Julho de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, p. 341, se salientara «que o princípio da presunção de inocência, na sua desimplicação histórica, assume uma pluralidade de sentidos que exigem a sua concretização e o seu detalhamento progressivos perante as diversas situações processuais penais que para ele apelam; mas sentidos, também, que não podem ser arbitrária ou desrazoavelmente estendidos, atento o perigo de que, assim, possam vir a entrar em contradição com a razão de ser do princípio como um dos fundamentos do processo penal do Estado de Direito democrático».

O segmento normativo desaplicado pela Relação do Porto conflituará, de facto, com o princípio da presunção de inocência, considerado na dimensão que a tal garantia deve ser atribuída na fase final do processo penal?

8 — O artigo 11.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem — segundo a tradução oficial portuguesa, inserta no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 57, de 9 de Março de 1978 — dispõe que «toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público», dispositivo que, por força do preceituado no artigo 16.º, n.º 2, da Constituição, constitui elemento adjuvante de interpretação, e mesmo de integração, do princípio expresso no artigo 32.º, n.º 2, da Lei Básica.

Vista a esta luz, a presunção de inocência, que não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, mas antes uma garantia constitucional, exige designadamente que, em audiência pública, e dentro do esquema de reciprocidade dialética que caracteriza o processo penal, o arguido não seja

confrontado à partida com uma ficção de culpabilidade, ou seja, de uma ficção que lhe atribua, em globo, a autoria de uma infracção criminal. Uma tal situação desequilibraria irremediavelmente, em desfavor do arguido, esse esquema dialético, e contrariaria abertamente o princípio contido no artigo 32.º, n.º 2, enquanto reconhece ao arguido, até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, o direito de ser tratado como se estivesse inocente.

Ora, é precisamente isto que sucede com o segmento normativo desaplicado.

9 — É o seguinte o arco normativo, depois desutilizado, extraído pela Relação do Porto, por via interpretativa, do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75: «presume-se que o director do periódico é autor dos textos subscritos por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se, respondendo então como autor do crime».

Não obstante o uso, em conjugação pronominal reflexa, de uma forma do verbo «presumir», certo é que aquele trecho normativo não exprime qualquer presunção. Antes estabelece, pura e simplesmente, uma ficção jurídica.

Enquanto a presunção torna certo o que era ignorado pela ilação extraída de um outro facto, a base da presunção, já suficiente provado, e por isso verdadeiro (cf. artigo 349.º do Código Civil), a ficção é uma figura jurídica sem suporte na realidade, que altera e deturpa, erigindo o resultado dessa deformação, e artificialmente, em realidade jurídica. É assim evidente o que separa a presunção da ficção: na presunção, avança-se para uma realidade incerta; na ficção, o real é sempre certo e o legislador conscientemente contradi-lo.

Tendo em conta a distinção feita dos conceitos de presunção e de ficção, é fácil agora perceber, porque, logo à partida, se afirmou que o segmento normativo desaplicado encerrava uma ficção jurídica e não uma presunção. De facto, atribuindo-se ao director do periódico a autoria dos escritos assinados por quem não pode ser responsabilizado, está-se a torná-lo penalmente responsável, através dessa ficção, por um acto que não praticou.

O princípio da presunção de inocência, se já suporta mal a existência de presunções legais no domínio da prova dos elementos constitutivos do acto delituoso, muito mais incompatível é ainda com a imposição, por

via de lei, de uma ficção de autoria de uma infracção penal. Esta ficção, base de uma responsabilização criminal por inteiro, proposta *ab initio* ao julgador do processo, é nitidamente inconciliável com o princípio expresso no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, que reclama que até ao último momento o arguido seja havido como um ser humano cuja inocência ou culpabilidade se desconhece.

Nem se diga que esta ficção é simplesmente condicional, e, por isso, irrelevante. É certo que ao arguido é consentido o aniquilamento de tal ficção, bastando-lhe provar, para isso, que não conhecia os escritos ou que, conhecendo-os, não lhe havia sido possível impedir a sua publicação (parte final do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75). E, sendo assim, esta ficção não é absoluta. A prova que a anulará não é, todavia, a prova do contrário (própria das presunções *juris tantum*), mas apenas a prova de uma condição resolutiva de tipo alternativo.

O carácter condicional da ficção não impede, porém, que a posição do arguido seja gravemente distorcida. Contra o que é norma num processo penal de tipo democrático, ele terá de lutar, desde o primeiro momento, em campo fechado, contra uma falsa imputação de autoria, o que não se pode deixar de ter por contrário ao princípio da presunção de inocência.

E nem se contra-argumente que, pertencendo as normas criadoras de ficções jurídicas à categoria das normas sobre normas, nenhuma modificação directa, e de fundo, introduzem na ordem jurídica, carecendo, por isso, de real valor substantivo imediato a falsa atribuição de autoria que, relativamente ao director do periódico, é feita pelo segmento normativo desaplicado.

É exacto que a regra que envolve uma ficção jurídica se situa no género das «preleggi». De facto, por meio da figura da ficção logra-se obter o mesmo resultado que o conseguido pelo recurso a uma regra de devolução, regra esta «que não regula directamente determinada matéria, antes remete para outra regra que contém a regulamentação aplicável» (José de Oliveira Ascensão. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, p. 199).

A ficção jurídica surge assim como um instrumento da técnica do direito, um processo a que o legislador recorre para impor em determinada área uma regulamentação criada particularmente para área diversa. No entanto, a regra remissiva que suporta esta figura, pela sua própria especificidade, não é nunca tão neutra e anódina como a simples regra

de devolução. Em maior ou menor grau, há sempre uma alteração de base. Nomeadamente, no campo do direito criminal, a norma que estabelece uma ficção de autoria, para lá da componente devolutiva, tem uma dimensão material, cria, ao fim e ao cabo, uma nova *fattispecie* penal.

E é essa culpabilidade fictícia, por essa forma elevada a realidade jurídica, que se configura como inaceitável por parte do princípio constitucional em causa.

O segmento normativo desaplicado viola, deste modo, e, irremissivelmente, o princípio contido no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição.

10 — A esta inconstitucionalidade, outra se soma, todavia. Na verdade, o trecho de lei em análise, na medida em que faz responder o director do periódico, embora em quadro condicional, por uma acção delituosa que lhe não pertence, por um acto de escrever que não é dele, infringe o princípio da pessoalidade da responsabilidade criminal, que o artigo 27.º, n.º 2, da Constituição reconhece, pelo menos para os casos em que a infracção penal é sancionada com pena privativa de liberdade (o crime de imprensa em questão é efectivamente punido com pena de prisão).

É verdade que tal princípio não é explicitamente declarado naquele preceito constitucional (cf. o artigo 27.º da Constituição Italiana, de que se destaca o inciso: *La responsabilità penale è personale*). No entanto, simples interpretação, de tipo enunciativo, do n.º 2 do artigo 27.º da Lei Básica permitirá detectar o princípio, segundo o qual — e citando Clarus — *unus pro alio puniri non debet*. Com efeito, quando aí, de forma expressa, se determina que «ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão», implicitamente se pressupõe, por evidente necessidade lógica, que o acto tem de ser praticado por quem é condenado, e em consequência despojado de liberdade.

Como assim, tem de se entender que o segmento normativo desaplicado, resultante da interpretação que a Relação do Porto deu ao n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, e enquanto prescinde de qualquer coeficiente de subjectividade na definição do acto criminoso, infringe ainda o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal, consignado no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição.

11 — Mas, se a interpretação proposta pela Relação do Porto para a norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, na parte em que dela destacou o acto normativo desutilizado, é — como se acaba de ver — duplamente inconstitucional, não será outra a sorte da interpretação que o Tribunal Constitucional propõe para o mesmo preceito?

A resposta, adianta-se já, tem necessariamente de ser positiva. É que a hermenêutica, que se entende ser exacta, do n.º 3 do artigo 26.º (*supra*, n.ºs 4 e 5) não vislumbra nesse preceito o segmento normativo desaplicado, não descortina, em suma, que aí se pressuponha que o director do periódico, em situação de não exoneração de responsabilidade, é autor dos escritos assinados por quem não possa ser responsabilizado. Ora, se esta interpretação consequencia a inexistência, dentro da norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de tal segmento, é patente, por imperativo lógico, que aquela norma, nessa parte, não pode contrariar a Constituição.

Como esta segunda interpretação, entre as duas possíveis, do preceito em exame não ofende a Lei Fundamental, terá ela de ser imposta, na moldura do artigo 80.º, n.º 3, da Lei n.º 28/82, e de acordo com o princípio da conservação das normas, à Relação do Porto.

12 — Pelos motivos expostos:

- a) Julga-se que a norma do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, interpretada como não presumindo que o director do periódico é autor dos escritos assinados por pessoa insusceptível de responsabilizar-se, não é, nessa medida, inconstitucional;
- b) E determina-se que a Relação do Porto, interpretando-a e aplicando-a em conformidade, proceda à reforma do acórdão recorrido.

Sem custas.

Lisboa, 16 de Abril de 1985. — *Raul Mateus* — *Jorge Campinos* — *António Luís Correia da Costa Mesquita* — *Antero Alves Monteiro Diniz* — *Vital Moreira* (vencido quanto à fundamentação, nos termos da declaração de voto junta) — *José Magalhães Godinho*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 — O acórdão considera incompatível com a Constituição uma eventual norma que imputasse ao director de uma publicação a autoria de textos assinados *por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se*, entendendo que foi este o sentido atribuído (melhor se dirá: acrescentado) pelo tribunal recorrido ao preceito do n.º 3 do artigo 26.º da Lei de Imprensa.

Só que o que a decisão implicitamente atribui ao artigo 26.º, n.º 3, é imputar ao director a autoria de textos sem indicação do autor, bem como dos subscritos por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se, *por se ignorar quem sejam*.

Há aqui portanto três situações:

- I) Aquela em que os textos não têm qualquer indicação do autor;
- II) Os textos que têm indicação do autor, sendo, porém, essa autoria fictícia, desconhecendo-se a quem pertencem;
- III) Os textos assinados por pessoas reais e identificáveis, mas que, por qualquer motivo, não são criminalmente responsáveis (menores, inimputáveis, etc.).

Tenho por seguro que o preceito do artigo 26.º, n.º 3, da Lei de Imprensa, se imputasse ao director de uma publicação a autoria dos textos subscritos por outrem, seria *nessa parte*, inconstitucional (mas é evidente que o preceito não comporta tal extensão). Considero igualmente que ele não é inconstitucional na medida em que presume serem do director os textos sem indicação do autor.

Foram estas as duas hipóteses consideradas no acórdão. Resta porém saber se aquele preceito seria ou não inconstitucional, se ele fosse lido de modo a presumir serem do director os textos subscritos por nome indetectável, ou seja, cuja indicação fosse fictícia, não sendo o autor conhecido. Esta hipótese é tanto mais relevante quanto é certo que a situação dos autos poderia eventualmente ser a ela reconduzida, sendo ela que, aparentemente, foi tida em conta na decisão recorrida.

2 — A decisão recorrida desaplica expressamente apenas o artigo 26.º, n.º 3, da Lei de Imprensa (com a extensão que lhe atribui) considerando-o,

globalmente, inconstitucional (e não apenas na parte desaplicada), tirando dessa desaplicação a consequência da impossibilidade de incriminar o director de uma publicação por textos que lhe não pertençam (e por isso absolveu a ré do crime por que havia sido condenada na 1.ª instância). Todavia, se, expressamente, a decisão desaplica apenas essa norma, a verdade é que, implicitamente, ela desaplicou *todas as restantes normas* da Lei de Imprensa *que definem a responsabilidade criminal do director da publicação, por textos não subscritos por ele*, designadamente o artigo 26.º, n.º 2, alínea *b*), que o incrimina expressamente na qualidade específica de director — ou seja, enquanto responsável pela *publicação* de textos não assinados ou assinados por quem não seja responsável criminalmente —, e não enquanto responsável pela sua *autoria*, real ou presumida (ao abrigo do questionado artigo 26.º, n.º 3).

A revogação da decisão, na parte em que considera globalmente inconstitucional o artigo 26.º, n.º 3, implica certamente também a revogação da implícita desaplicação das restantes normas que definem a responsabilidade criminal do director da publicação [designadamente, do artigo 26.º, n.º 2, alínea *b*)], pelo que elas deverão vir a ser consideradas na reforma da decisão recorrida.

Entendo, porém, que tudo teria ficado mais claro se o presente acórdão tivesse precisado exactamente o âmbito das normas desaplicadas por inconstitucionalidade, de modo a, no caso de ele ser mais amplo do que o âmbito explícito, alargar também consonantemente o seu juízo de censura da decisão recorrida. — *Vital Moreira*.

Anotação:

Acórdão publicado em *Diário da República*, 2.ª série, de 12 de Junho de 1985.

ACÓRDÃO N.º 340/87

DE 10 DE JULHO DE 1987

Não julga inconstitucional a norma do artigo 108º do Código Penal — que se refere à perda de objectos que sirvam para a prática de um crime — na interpretação dada pelo Tribunal.

Processo: n.º 122/86.

Recorrente: Ministério Público.

Relator: Conselheiro Mário Afonso.

SUMÁRIO:

- I — O Tribunal Constitucional não tem de aceitar a interpretação da norma aplicada e arguida de inconstitucionalidade ou desaplicada por inconstitucionalidade, feita no tribunal recorrido e que subjaz ao juízo de constitucionalidade emitido na decisão recorrida.
- II — O artigo 108º do Código Penal apenas prevê a perda a favor do Estado de objectos de terceiro que sirvam ou estejam destinados a servir para a prática de um crime, quando se verifique algum dos pressupostos de periculosidade definidos na segunda parte do artigo 107º, nº 1 do mesmo Código. E assim interpretada, essa norma não viola qualquer disposição da Lei Fundamental, nomeadamente o seu artigo 62º.
- III — Na verdade, o direito de propriedade privada, embora seja um direito fundamental, tem limites imanentes, entre os quais os impostos pela garantia dos valores de segurança das pessoas, da moral ou da ordem pública, e a norma impugnada mostra-se adequada ao desempenho da sua função garantística dos referidos valores, não é desproporcionada para a obtenção desse escopo, nem se considera arbitrária, pela sua formulação comedida.

Acordam no Tribunal Constitucional:

1 — O Magistrado do Ministério Público na comarca de Setúbal interpôs recurso do acórdão do Tribunal Colectivo na mesma comarca que, no julgamento em processo de querela de José Luís Espadinha da Silva Guerreiro, Vasco Manuel Vieira Cardoso Fernandes e Manuel António Bento de Mira, desaplicou o artigo 108º do Código Penal, por inconstitucionalidade consistente na violação ao artigo 62º da Constituição.

2 — O Procurador-Geral Adjunto neste Tribunal Constitucional, nas suas alegações, concluiu que não se devia tomar conhecimento do recurso ou, no caso de se conhecer dele, devia conceder-se-lhe provimento, revogando-se o acórdão recorrido quando à questão de inconstitucionalidade, para ser substituído por outro que julgue conforme à Constituição o mencionado artigo 108.º

A questão prévia foi desatendida pelo antecedente acórdão de fls 219.

Relativamente à questão de fundo, o mesmo magistrado afirmou que, na interpretação que, em seu entender, deve ser dada ao citado artigo 108.º, esta norma não viola a garantia constitucional do direito de propriedade constante do artigo 62.º da Lei Fundamental, norma que o acórdão recorrido pressupõe afrontada por aquela norma penal.

Assim, quanto ao aspecto hermenêutico, sustenta-se nessas alegações que «o citado artigo 108º não deveria ter sido objecto de interpretação, nem de aplicação, pelo juízo *a quo*», porque este normativo «está intimamente ligado com o anterior artigo 107.º, reportando-se ambos à perda de coisas ou objectos relacionados com o crime — ‘objectos que sirvam ou estavam destinados a servir para a prática de um crime’ — e a perda é declarada quando eles, ‘pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral e a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para o cometimento de novos crimes’».

No caso em apreço, porém, trata-se de um veículo automóvel furtado pelos réus, o qual foi devolvido ao respectivo dono, não pertencendo, assim, aos mesmos réus.

De resto, o acórdão recorrido nem sequer revela que o mencionado artigo 108.º fosse invocado por se verificar «a perigosidade ou o sério

risco exigidos pelo artigo 107.º, para poder ser declarada a perda do objecto».

Atinentemente à questão de inconstitucionalidade, diz-se nas mesmas alegações que, na referida interpretação, não se vê como se possa considerar violada a garantia constitucional do direito de propriedade, com assento no artigo 62.º — e esta é a tese defendida pelo Acórdão recorrido —, quando estão em jogo valores («a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública») revestidos também de coloração constitucional e subjacentes ao Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º

A prevalência de tais valores sobre o direito de não ser privado da propriedade (e apenas está constitucionalmente garantido um direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade e de ser indemnizado no caso de desapropriação) é afirmação que não necessita de desenvolvimento, tão evidente parecer ser (v. por exemplo, as considerações do acórdão deste Tribunal constitucional n.º 14/84, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 108, de 10 de Maio de 1984, acerca do citado artigo 62.º).

3 — Corridos os vistos, cumpre decidir.

3.1 — Os factos.

Do processo constam os seguintes factos com interesse para a decisão:

- a) No dia 19 de Agosto de 1985, os réus José Luís e Manuel António, em Sesimbra, apoderaram-se do veículo automóvel de matrícula FB-25-88, pertencente a Mário da Silva Porto Carita;
- b) Na posse do veículo, dirigiram-se para Setúbal já na companhia do R. Vasco;
- c) Nesta cidade, combinaram apoderar-se da carteira de Maria Celeste Veríssimo, que se dirigia para o seu local de trabalho;
- d) Conforme o acordado, o réu Manuel António passou para o banco traseiro do veículo e o José Luís tomou conta do volante;
- e) Entretanto, o réu Vasco saiu do veículo e, aproximando-se por detrás da ofendida Celeste, deu um forte esticão na mala que ela usava na mão direita, tentando arrancar-lha;

- f) Como o não conseguisse, empurrou violentamente a Celeste para a frente, fazendo-a cair;
- g) Então, agarrou na mala e entrou no veículo que se pôs, de imediato, em marcha;
- h) Dirigiram-se depois para o Forte Regueiras e aí deitaram fora a mala e dividiram entre si os documentos e valores que ela continha;
- i) Os réus actuaram em execução de plano previamente concertado entre si e em união de esforços e agiram livre e conscientemente no intuito de, por meio de força física e da violência, colocar a ofendida na impossibilidade de resistir a que lhe fossem retirados os objectos, documentos e dinheiro;
- j) Os réus queriam fazer coisa sua os objectos, documentos e dinheiro, sabendo que lhes não pertenciam e que agiam contra a vontade da dona;
- l) Os réus foram julgados co-autores materiais de um crime de roubo previsto e punível pelas disposições combinadas dos artigos 306.º, n.ºs 2, alínea *a*), e 5 e 297.º, n.º 2, alínea *b*), do Código Penal;
- m) No acórdão, diz-se que não se declara perdido a favor do Estado o referido automóvel, não obstante o artigo 108.º do Código Penal prescrever a perda a favor do Estado dos objectos de terceiros que tenham servido para a prática do crime, por entender que essa norma viola o artigo 62.º da Constituição, julgando-a, assim, inconstitucional.

3.2 — O direito.

3.2.1 — Em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade, o recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais nos termos dos artigos 280.º, n.ºs 1, alíneas *a*) e *b*), e 5, da Constituição e 70.º, n.ºs 1, alíneas *a*), *b*) e *g*), da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, assenta num dos seguintes pressupostos:

- a) Recusa de aplicação de norma com fundamento em inconstitucionalidade;
- b) Aplicação de norma cuja inconstitucionalidade se tenha suscitado no processo;

- c) Aplicação de norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional ou pela Comissão Constitucional.

3.2.2 — No caso concreto, houve recusa de aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Porém, para se poder decidir do mérito da decisão, em sede de inconstitucionalidade, uma outra questão se suscita que consiste em saber se este Tribunal tem de aceitar a interpretação da norma aplicada e arguida de inconstitucional ou desaplicada por inconstitucionalidade, feita no tribunal *a quo* e que subjaz ao juízo de constitucionalidade emitido na decisão recorrida.

Entendemos que o Tribunal Constitucional não se encontra sujeito à interpretação da norma feita na decisão recorrida. Tal como se disse no Acórdão n.º 2/84, publicado no *Diário da República*, 2.ª série de 26 de Abril de 1984, proferido nesta Secção:

[...] o Tribunal Constitucional, funcionando como última instância de recurso da constitucionalidade das leis (artigos 213.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa), não pode, de modo algum, ser cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado proferida no processo a que o recurso respeita. Isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição em sede de fiscalização concreta, que precisamente, se traduz em decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas cuja aplicação, ou recusa de aplicação, ocorreu em qualquer outro tribunal com base na sua ressonância constitucional e de que se interpôs o competente recurso. Ora, para se decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade necessariamente se imporá ao Tribunal Constitucional proceder à interpretação da norma cuja constitucionalidade se pretende atribuir ou arrear, por forma a poder atingir o seu objectivo orgânico.

Face a esta definição dos poderes cognitivos do Tribunal Constitucional, entendemos que se pode, e deve, fazer, previamente, a interpretação do artigo 108.º do Código Penal, na medida em que a mesma pode constituir um postulado necessário à prolação do juízo decisório de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — cf. o antecedente Acórdão n.º 12/87.

3.2.3 — Reza assim o artigo 108.º do Código Penal.

Artigo 108.º

(Objectos de terceiros)

1 — Se os objectos a que se refere o artigo anterior não pertencem, na data do crime, a nenhum dos agentes do facto criminoso ou seus beneficiários ou já não lhes pertencem no momento em que a perda foi decretada, será atribuída ao respectivo titular uma indemnização igual ao valor dos objectos perdidos, por cujo pagamento os agentes do crime respondem solidariamente. No caso de insolvabilidade destes, será devolvida ao Estado a responsabilidade pela indemnização.

2 — Não há lugar a indemnização quando os titulares dos objectos tenham concorrido censuravelmente para a sua utilização ou produção, ou quando de modo igualmente reprovável os tenham adquirido, ou do crime hajam tirado vantagens.

Do transcrito n.º 1 do artigo 108.º, considerando as suas expressões iniciais — «Se os objectos a que se refere o artigo anterior» — logo decorre que este normativo há-de ser interpretado à luz do antecedente artigo 107.º, n.º 1, cujo teor é o seguinte:

Artigo 107.º

(Perda)

1 — Serão declarados perdidos a favor do Estado os objectos que sirvam ou estavam destinados a servir para a prática de um crime, ou que por este foram produzidos, quando pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para o cometimento de novos crimes.

Resulta deste artigo que somente serão declarados perdidos os referidos objectos quando se verifique algum dos pressupostos de periculosidade definidos na segunda parte da mesma norma.

Do mesmo modo se deverá considerar, pois, a incidência do artigo 108.º Por isso, neste normativo apenas se compreende a perda a favor do Estado de objectos de terceiro que sirvam ou estejam destinados a servir à prática de um crime quando concomitantemente se verifique qualquer dos requisitos de perigosidade estabelecidos no citado artigo 107.º, n.º 1.º

Nem se poderia interpretar de outro modo aquele preceito, sob pena de se desembocar no absurdo de se entender que o legislador penal foi mais exigente no estabelecimento dos pressupostos da perda dos referidos objectos no caso de os mesmos serem propriedade dos agentes do crime do que na hipótese de pertencerem a terceiros.

3.2.4 — Na decisão em causa, verifica-se que o automóvel, eventual instrumento do crime, não foi dado como perdido a favor do Estado, em virtude de o colectivo não ter aplicado o citado artigo 108.º, n.º 1, por haver julgado essa norma inconstitucional.

É óbvio que, subjacente a esse entendimento, está a interpretação da norma com plena independência do antecedente artigo 107.º, n.º 1, uma vez que nenhum facto foi dado como provado, nem invocado, que consubstanciasse os pressupostos de perigosidade inerentes aos objectos apreendidos, cuja verificação a segunda parte do n.º 1 do artigo 107.º exige para se decidir a perda dos mesmos a favor do Estado.

3.2.5 — Interpretando a norma do citado artigo 108.º nos termos por que antecedentemente se fez, conclui-se que ela não viola qualquer disposição da Lei Fundamental, nomeadamente o seu artigo 62.º, que o acórdão recorrido pressupõe afrontado.

Estatui o mencionado artigo 62.º:

1 — A todos é garantido o direito à propriedade privada [...], nos termos da Constituição.

2 — A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e, fora dos casos previstos na Constituição, mediante pagamento de justa indemnização.

O direito de propriedade privada tem sido visto como um direito fundamental, de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias — cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., 1.º vol., p. 129; A. L. Sousa Franco, «A revisão da Constituição económica», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, Setembro-Dezembro, p. 643; Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*,

p. 84, nota 2; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/86, *Diário da República*, 2.ª série, de 12 de Novembro de 1986.

Entendemos que a norma do artigo 108.º do Código Penal, na interpretação que lhe demos, não viola o referido direito fundamental de propriedade privada.

Na verdade, segundo a norma do citado artigo 108.º, referido ao artigo 107.º, só podem ser declarados perdidos a favor do Estado os instrumentos do crime que, «pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, ou ofereçam sérios riscos de serem utilizados para cometimento de novos crimes».

Isto significa que o direito constitucional de propriedade privada é sacrificado em homenagem aos valores de segurança das pessoas, da moral, ou da ordem pública que constituem o alicerce de um Estado de direito democrático. O direito de propriedade privada, embora seja um direito fundamental, não é um direito absoluto (citado Acórdão n.º 236/86). Tem limites imanentes entre os quais se podem alinhar os impostos pela garantia dos mencionados valores.

Ora, a norma do citado artigo 108.º mostra-se adequada ao desempenho da sua função garantística dos sobreditos valores de segurança; não se reputa desproporcionada para a obtenção desse escopo; e não se considera arbitrária, pela sua formulação comedida, uma vez que «será atribuída ao respectivo titular uma indemnização igual ao valor dos objectos perdidos [...]».

3.2.6 — Nos termos expostos, decide-se:

- a) Não julgar inconstitucional a norma do referido artigo 108.º do Código Penal, na interpretação dada por este Tribunal;
- b) Determinar a reforma do acórdão de harmonia com o decidido quanto ao problema da inconstitucionalidade;
- c) Conceder, assim, provimento ao recurso.

Lisboa, 10 de Julho de 1987. — *Mário Afonso — Messias Bento — Mário de Brito — Luís Nunes de Almeida — José Magalhães Godinho — José Manuel Cardoso da Costa — Armando Manuel Marques Guedes.*

Anotação:

Acórdão publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 24 de Setembro de 1987.

ACÓRDÃO N.º 163/95

DE 29 DE MARÇO DE 1995

Não julga inconstitucional a norma constante do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, e decide que o acórdão recorrido deve ser reformulado por forma a aplicar no julgamento essa norma com o sentido de que a expressão «tribunais comuns» constante do preceito deve, após a Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, e quando estejam em causa créditos oriundos de relações laborais, entender-se como referindo-se aos tribunais do trabalho.

Processo: n.º 62/94.

Recorrente: Ministério Público.

Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida.

SUMÁRIO:

- I — A aplicação pelo tribunal recorrido de outra norma para regular a questão, que não aquela que o Tribunal Constitucional decidiu em processos anteriores ser susceptível de uma interpretação plenamente conforme à Constituição, corresponde à recusa de aplicação desta última norma em qualquer das suas interpretações possíveis e na sua globalidade, de qualquer modo, numa dimensão mais ampla do que a decorrente das decisões anteriores do Tribunal Constitucional.
- II — Tal decisão do tribunal recorrido desaplica, por forma iniludível, expressamente, com fundamento em inconstitucionalidade, a questionada norma em interpretação declarada inconstitucional com força obrigatória geral (pelo Acórdão n.º 151/94), e recusa a aplicação da mesma norma, com o mesmo fundamento mas de forma implícita, na dimensão considerada conforme à Constituição.

- III — A norma desaplicada é inconstitucional, por violação da alínea *q*) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição, na versão de 1982, mas apenas quando interpretada no sentido de que os tribunais comuns a que se faz referência nessa norma são os tribunais cíveis e estejam em causa créditos oriundos de relações laborais, não já quando interpretada no sentido de que os tribunais comuns nela referidos são, a partir da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, os tribunais do trabalho.
- IV — Quando uma norma legal seja susceptível de duas interpretações — uma compatível e outra incompatível com a Constituição — os tribunais devem preferir a interpretação que for compatível com a Constituição.
- V — O Tribunal Constitucional pode proferir sentenças interpretativas, determinando aos outros tribunais, nos recursos que sobem até ele, que certa norma seja interpretada, e aplicada, no julgamento do caso, com o sentido que ele definir como sendo conforme à Constituição.

Acordam, em plenário, no Tribunal Constitucional:

I — Relatório

1 — O Ministério Público junto do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) interpôs recurso do acórdão de 12 de Janeiro de 1994, pelo qual se decidiu que o tribunal competente para conhecer da causa era o tribunal cível da comarca de Lisboa, sendo fundamento do recurso a recusa de aplicação por aquele tribunal da norma do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, devido a inconstitucionalidade.

Este juízo de inconstitucionalidade constante do referido acórdão, segundo o recorrente, «apoiou-se na jurisprudência constante dos Acórdãos n.ºs 271/92 e 410/93, cuja fotocópia se mostra junta a fls. 112 a 114 e 151 a 153 destes autos, onde foi julgada inconstitucional — por violação da alínea *q*) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição da República, na versão de 1982 — a norma do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, interpretada no sentido de que os *tribunais comuns* de que aí se fala são os *tribunais cíveis*, quando estejam em causa créditos oriundos de relações laborais».

2 — Neste Tribunal Constitucional, o relator elaborou uma exposição preliminar no sentido de que o recurso deveria ser provido e aplicada ao caso a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, constante do Acórdão n.º 151/94, entretanto publicado no *Diário da República*, de 30 de Março de 1994.

Neste Acórdão decidiu o Tribunal «declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, quando interpretada no sentido de que os tribunais comuns a que se faz referência nessa norma são os tribunais cíveis e estejam em causa créditos oriundos de relações laborais».

3 — O representante do Procurador-Geral da República em exercício neste Tribunal apresentou uma resposta na qual formulou as seguintes conclusões:

- 1.º Os Acórdãos n.ºs 271/92, 164/93, 410/93, 519/93 e 151/94, ao julgarem inconstitucional a norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, quando interpretada no sentido de que os tribunais comuns de que aí se fala são os tribunais cíveis, quando estejam em causa créditos oriundos de relações laborais, não decretaram a inconstitucionalidade *in totum* de tal preceito legal, mas apenas de certa e determinada interpretação do mesmo.
- 2.º Deverá, pois, tal norma ser interpretada e aplicada pela ordem dos tribunais judiciais em conformidade com o sentido, constitucionalmente conforme à Constituição da República Portuguesa, e implícito naquelas decisões, de que os tribunais comuns aí referidos são os que se configuram como competentes, atenta a matéria da causa e a repartição da competência entre os tribunais de competência especializada existentes face à Lei Orgânica de Tribunais Judiciais — ou seja, os tribunais do trabalho.
- 3.º Nestes termos, deverá ser julgado procedente o presente recurso, determinando-se a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de constitucionalidade da norma desaplicada, com o sentido atrás atribuído.

Também o trabalhador, José Augusto Correia Galinhos recorrido, respondeu à exposição no sentido de que nada tem a opor ao nela propugnado, referindo apenas a publicação do Acórdão n.º 151/94, no *Diário Oficial*.

Corridos que foram os vistos dos Ex.^{mos} Conselheiros da 1.ª Secção, por despacho do Ex.^{mo} Presidente do Tribunal, foi determinado que a questão fosse resolvida em Plenário do Tribunal, pelo que procedeu à recolha dos vistos dos Ex.^{mos} Conselheiros da 2.ª Secção.

Colhidos que foram estes vistos, cumpre agora apreciar e decidir a questão suscitada.

II — Fundamentos

4 — A presente acção emergente de uma relação de direito do trabalho foi proposta pelo trabalhador, ora recorrido, José Augusto Correia Galinhos, no Tribunal do Trabalho de Lisboa.

Neste Tribunal, veio a ser julgada procedente a excepção de incompetência absoluta do tribunal do trabalho, em razão da matéria, tendo havido recurso de tal decisão para o Tribunal da Relação de Lisboa, que veio a confirmar a decisão recorrida, negando provimento ao recurso.

Interposto recurso deste acórdão para o STJ, veio este tribunal a confirmar também o acórdão da Relação, considerando competente para os termos da acção o Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, negando provimento ao agravo.

Como se referiu, foi deste acórdão que o Ministério Público interpôs este recurso de constitucionalidade, ao abrigo do preceituado na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional.

Este tipo de recurso pressupõe, para ser admissível, que na decisão recorrida se tenha recusado a aplicação de uma norma jurídica, com fundamento na sua inconstitucionalidade, bastando que essa recusa seja meramente implícita.

5 — No caso, o acórdão do STJ assenta a decisão quanto à questão de competência dos tribunais cíveis no n.º 4 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, norma atinente à verificação do passivo das empresas públicas e que dispõe que os «credores cujos créditos não hajam sido reconhecidos pelos liquidatários e incluídos na relação referida no número anterior, ou que não hajam sido graduados em conformidade com a lei, podem recorrer aos tribunais comuns para fazer valer os seus direitos».

A decisão recorrida, ainda que sem o dizer expressamente, não pode ter deixado de considerar a norma do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, como inconstitucional *na sua globalidade* — isto é, em termos que não só abrangem a dimensão que este Tribunal julgou violadora da Constituição no Acórdão n.º 151/94 (referida aos tribunais cíveis), como não resguardam outra sua possível dimensão ou interpretação, em que ela já não seria inconstitucional, a saber, a interpretação segundo a qual os «tribunais comuns» nela referidos serão os tribunais do trabalho.

Na verdade, só afastando, assim, a aplicabilidade de *toda* a norma do n.º 1 do artigo 8.º, alargando ao seu conteúdo preceptivo, sem mais, o juízo de inconstitucionalidade produzido apenas, limitadamente, para uma sua certa dimensão, faz sentido recorrer à norma do n.º 4 do artigo 43.º do diploma de 1976, que consagra, no dizer do próprio acórdão recorrido «uma total

identidade de regimes, de modo a poder concluir-se ter havido uma simples transposição para o primeiro (*n.º 1 do artigo 8.º*) dos princípios consagrados, em termos genéricos, no segundo (*n.º 4 do artigo 43.º*)».

A decisão recorrida, depois de fazer apelo ao artigo 7.º do Código Civil para procurar demonstrar que não ocorreu qualquer revogação da norma que se considera aplicável ao caso, qualifica esta (*n.º 4 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 260/76*) como norma especial em relação às Leis n.ºs 82/77, de 6 de Dezembro, e 38/87, de 23 de Dezembro, que conformaram a organização judiciária com a Constituição de 1976.

Porém, o certo é que existindo uma norma posterior — a do *n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio* — cujo conteúdo a decisão recorrida admite como totalmente idêntico ao da norma que se considera aplicável — e tendo já sido decidido por este tribunal que esta norma é susceptível de ser interpretada com um sentido que é plenamente conforme à Constituição, o fundamento para a sua não aplicação ao caso dos autos só pode ser o de que a norma é inconstitucional não apenas na referida interpretação conforme mas é inconstitucional em si mesma e na sua globalidade.

Efectivamente, a argumentação do acórdão recorrido assenta na identidade terminológica das normas do artigo 8.º, *n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio*, e do *n.º 4 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril*, recorrendo a esta norma para sustentar que competentes para acções como a dos autos são os tribunais cíveis, por interpretação da expressão «tribunais comuns» nela contida, porque, tendo sido editada quando os tribunais do trabalho eram tribunais pertencentes a uma «ordem judiciária especial» fora da ordem judiciária dita «comum», não podia aquela expressão ter outro sentido que não fosse de «tribunais cíveis».

Ora, existindo uma norma muito posterior e editada especialmente para resolver tal questão de competência, na qual se contém a mesma expressão «tribunais comuns», a qual foi julgada inconstitucional quando interpretada com o sentido de que a expressão «tribunais comuns» correspondia aos tribunais cíveis, mas considerada plenamente válida quando, estando em causa créditos laborais, se considere corresponder aos «tribunais do trabalho» — agora já inseridos na jurisdição comum — só é possível o recurso àquela outra norma pré-constitucional do diploma de 1976, se a norma do diploma de 1985, editada expressamente para resolver a referida questão de competência, for considerada violadora da Constituição em tais termos que se exclua inclusivamente a sua aplicabilidade naquela dimensão em que este Tribunal a julgou não desconforme com a Lei Fundamental.

Assim, a procura no ordenamento de outra norma similar que possa regular tal matéria de repartição de competência material apenas se justifica

se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça for entendida como tendo recusado, afinal, a aplicação da norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, em qualquer das suas interpretações possíveis e, de qualquer modo, numa dimensão mais ampla do que a decorrente das diversas decisões deste Tribunal, abrangendo a globalidade da norma.

Não pode ter outro sentido o que se escreveu no acórdão recorrido, após ter referido qual a interpretação dada pelo STJ ao n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85 e que se passa a transcrever:

... Acontece, porém, que o Tribunal Constitucional, em vários acórdãos, julgou inconstitucional — por violação da alínea q) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição da República, na versão de 1982 — a norma do n.º 1, do artigo 8.º, do citado Decreto-Lei n.º 138/85, interpretada no sentido de que os «Tribunais comuns», de que aí se fala, são os Tribunais cíveis, quando estejam em causa créditos oriundos de relações laborais.

... Face a tal jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, prescindir-se-á da aplicação daquele normativo na resolução do objecto do recurso.

E mais adiante, escreve-se:

No caso vertente, não se aplica o n.º 1 do referido artigo 8.º, como já se frisou, pelo que a questão de competência *ratione materiae* tem de dirimir-se segundo o estatuído no n.º 4 do artigo 43.º, daquele Decreto-Lei n.º 260/76.

Finalmente escreve-se ainda no acórdão recorrido:

Assim, pode concluir-se que a competência para preparar e julgar as causas, como aquela a que os autos se reportam, pertence actualmente ao tribunal de competência genérica ou ao tribunal cível, onde este existe.

Em sentido contrário, não é legítimo afirmar que a norma do n.º 1, do mencionado artigo 8.º, não é inconstitucional, quando interpretada no sentido de que os tribunais comuns aí referidos são os tribunais do trabalho, estando em causa créditos emergentes de relações laborais, devendo, por isso, tal norma aplicar-se com esse alcance, daí resultando, no caso concreto, a competência do tribunal do trabalho.

De facto, os aludidos Acórdãos do Tribunal Constitucional *somente* consideram inconstitucional aquela norma, interpretada no sentido de que os tribunais comuns, de que nela se fala, são os tribunais cíveis;

apenas nesse âmbito tais Acórdãos fazem caso julgado quanto à questão da inconstitucionalidade (cfr. artigo 80.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro).

Todavia, daí não pode inferir-se, sem mais, que *a interpretação da norma em causa, com o sentido de que os tribunais comuns nela referidos são os tribunais do trabalho*, corresponde à correcta interpretação dos textos legais, conforme resulta do exposto e este Supremo Tribunal tem procurado demonstrar nos diversos Acórdãos proferidos sobre questões idênticas às dos presentes autos. Nesses Acórdãos atendeu-se, na interpretação do n.º 1, do artigo 8.º, do mencionado Decreto-Lei n.º 138/85, a outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que ele se integra, bem como ao lugar sistemático que lhe compete no ordenamento global e a sua consonância com a unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico, concluindo-se não poder deixar de se atender ao preceito que esteve na sua génese e que ele se limitou a reproduzir, pelo que lhe deve ser atribuído o mesmo sentido e alcance (itálicos acrescentados).

Ora, tendo em atenção o contexto processual em que decorre toda esta questão e face aos excertos transcritos, não pode deixar de se concluir que o acórdão recorrido entendeu o normativo do n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, como inconstitucional sem reservas, assim lhe recusando implicitamente aplicação, mesmo na interpretação de que *os tribunais comuns* a que ele se refere são os tribunais de trabalho e não os tribunais cíveis, pois só se compreende como se referiu atrás, o recurso ao artigo 43.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 260/76, em caso de desaplicação de todo aquele artigo 8.º

Tem, pois, de se concluir *por forma iniludível*, que a decisão recorrida, desaplicou, de forma expressa, com fundamento em inconstitucionalidade, o artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, na interpretação que este Tribunal já julgou inconstitucional, com força obrigatória geral, no Acórdão n.º 151/94, já citado, tendo ainda de entender-se, face a tudo quanto fica exposto, que aquela decisão *recusa a aplicação da referida norma, com o mesmo fundamento, mas agora de forma implícita, na dimensão considerada conforme à Constituição*, isto é, *na interpretação de que os «tribunais comuns» referidos no preceito, após a Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, são os tribunais do trabalho, sempre que estejam em causa créditos oriundos de relações laborais*.

6 — Importa, assim, apurar se tal norma, nesta dimensão ou segmento, está ou não afectada de qualquer inconstitucionalidade.

A norma em causa tem o seguinte teor:

Os credores cujos créditos não hajam sido reconhecidos pela comissão liquidatária e incluídos no inapa referido no artigo anterior, ou que não hajam sido graduados em conformidade com a lei podem recorrer ao tribunal comum para fazer valer os seus direitos.

Este Tribunal continua a entender — pelos fundamentos do Acórdão n.º 151/94 (*Diário da República*, I Série-A, de 30 de Março de 1994) e daqueles que lhe serviram de fundamento [Acórdãos n.ºs 271/92 (*Diário da República*, II Série, de 23 de Novembro de 1992), 164/93 (*Diário da República*, II Série, de 10 de Abril 1993), 410/93 e 519/93 ainda não publicados], para os quais aqui se remete — que a norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, é inconstitucional, por violação da alínea q) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição, na versão de 1982, mas apenas quando «interpretada no sentido de que os tribunais comuns a que se faz referência nessa norma são os tribunais cíveis e estejam em causa créditos oriundos de relações laborais».

Tal norma já não é, porém, inconstitucional, quando interpretada no sentido de que, estando em causa créditos oriundos de relações laborais, os *tribunais comuns* aí referidos são, a partir da publicação da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro, os *tribunais do trabalho*, os quais foram, por esta lei enquadrados no ordenamento judiciário geral, como tribunais judiciais de primeira instância de competência especializada.

Ora, quando uma norma legal seja susceptível de mais do que uma interpretação — uma, compatível com a Constituição; outra, incompatível com ela —, os tribunais devem preferir a interpretação que for conforme à Constituição.

Por isso, no caso, o artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, deve ser interpretado — e aplicado — com o sentido que se indicou por último, em virtude de, entre os dois que se apontaram, ser o *único* compatível com a Constituição.

De facto, quando o juízo de constitucionalidade, formulado pelo Tribunal Constitucional, sobre determinada norma, a que a decisão recorrida tiver recusado aplicação, «se fundar em determinada interpretação dessa mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa» — dispõe o n.º 3 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional.

Ou seja: o Tribunal Constitucional pode proferir *sentenças interpretativas*, determinando aos outros tribunais, nos recursos que sobem até ele, que certa norma seja interpretada — e aplicada — no julgamento do caso com o sentido que ele definir como sendo conforme à Constituição.

No caso e atento o exposto, a norma que vem questionada (artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio) tem, como única interpretação conforme à Constituição, a que fica acima referida, ou seja, a de que a expressão «tribunais comuns» corresponde, depois da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 82/77) e sempre que estejam em causa créditos emergentes de relações laborais, a tribunais do trabalho e não a tribunais cíveis.

III — Decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide conceder provimento ao recurso e, em consequência, revogar o acórdão recorrido, que deve ser reformulado por forma a aplicar no julgamento do recurso a norma do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 138/85, de 3 de Maio, com o sentido de que, a expressão «tribunais comuns» constante de tal preceito deve, após a Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro e quando estejam em causa créditos oriundos de relações laborais, entender-se como correspondendo aos tribunais do trabalho.

Lisboa, 29 de Março de 1995. — *Vitor Nunes de Almeida — Armindo Ribeiro Mendes — Antero Alves Monteiro Diniz — Maria Fernanda dos Santos Martins da Palma Pereira — Maria da Assunção Esteves — Messias Bento — José de Sousa e Brito — Fernando Alves Correia — Alberto Tavares da Costa — Bravo Serra — Luís Nunes de Almeida — Guilherme da Fonseca — José Manuel Cardoso da Costa.*

Anotação:

- 1 — Acórdão publicado no *Diário da República*, II Série, de 8 de Junho de 1995.
- 2 — O Acórdão n.º 151/94 está publicado em *Acórdãos*, 27.º Vol.

